

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 87,00 € (más gastos de envío)

Precio del fascículo suelto: 27,00 € (más gastos de envío)

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: (91) 902 365 303

Fax: (91) 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVIII, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2005

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2006

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

NIPO (BOE): 007-06-001-4
NIPO (M. de Justicia): 051-06-002-4
ISSN: 0210-301-X
Depósito legal: M-125-1958

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

La prueba del ADN en los procesos de filiación *

MARÍA CORONA QUESADA GONZÁLEZ

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

«Ahora demostramos que otra variante (core)ⁿ de las pruebas puede detectar grupos adicionales de minisatélites hipervariables para producir “huellas” de ADN somáticamente estables que son totalmente específicas para un individuo (o para su idéntico gemelo o gemela) y pueden ser aplicadas directamente a problemas de identificación humana, incluyendo la prueba de la paternidad»¹ (JEFFREYS, A. J.; WILSON, V.; THEIN, S. L., «Individual-specific “fingerprints” of human DNA», *Nature*, 4 July 1985, vol. 316, p. 76).

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Las pruebas biológicas*. 3. *La prueba del análisis del ADN*: 3.1 Probabilidad de exclusión *a priori* de la paternidad. 3.2 Probabilidad de la paternidad. 4. *Problemática jurídica que plantea el análisis del ADN*. 5. *Proposición y práctica del análisis del ADN*. 6. *Personas que deben consentir la práctica del análisis del ADN*: 6.1 Mayor de edad o emancipado. 6.2 Menor de edad. 6.3 Incapacitado. 6.4 Realización del análisis del ADN *post mortem*. 7. *La negativa a someterse al análisis del ADN*: 7.1 Negativa del actor a someterse al análisis del ADN. 7.2 Negativa del demandado a

* Agradezco a doña Mercedes Caso Señal (Magistrada del Juzgado de familia núm. 19 de Barcelona), a don Juan Antonio Luque (Técnico Facultativo del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses del Departamento de Barcelona) y a mi compañero don Lluís Caballol (Profesor Titular de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona) toda la información que me han proporcionado y la ayuda que me han prestado para realizar este trabajo.

¹ Texto original: «We now show that other variant (core)ⁿ probes can detect additional sets of hypervariable minisatellites to produce somatically stable DNA “fingerprints” which are completely specific to an individual (or to his or her identical twin) and can be applied directly to problems of human identification, including parenthood testing». Sobre los términos técnicos *core* y *minisatellites* que utilizan en esta cita Jeffreys y sus colaboradores puede consultarse ROUGER, *Les empreintes génétiques*, Paris, 2000, pp. 34 ss.

someterse al análisis del ADN. 7.3 Negativa de un tercero a someterse al análisis del ADN. 7.4 Negativa del acusado por un delito contra la libertad sexual a someterse al análisis del ADN. 8. *Medidas para hacer efectiva la práctica del análisis del ADN*: 8.1 Imposición de multas. 8.2 Comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial. 8.3 Obtención de muestras para analizar el ADN de una persona sin su consentimiento y sin emplear *vis física*. 8.4 Valoración final de la imposición forzosa del análisis del ADN. 9. Bibliografía utilizada. Abreviaturas.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que James D. Watson y Francis Crick descubrieron en 1953 la estructura del ácido desoxirribonucleico (ADN)², una serie de acontecimientos³, relacionados con este elemento esencial de la vida, se han sucedido. De todos ellos, aquí interesa la verificación por Alec Jeffreys y sus colaboradores de la posibilidad de determinar la relación biológica de filiación existente entre dos personas analizando su ADN⁴.

Un caso célebre (*test case*) sobre la determinación de la filiación biológica resuelto por Jeffreys con ayuda del análisis del ADN tuvo como protagonista a una familia de Ghana. Uno de los hijos (X), nacido en Gran Bretaña, se fue a Ghana con su padre.

² James D. WATSON y Francis CRICK dieron a conocer su descubrimiento en 1953 en la prestigiosa revista *Nature* («Molecular Structure of Nucleic Acids-A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid», *Nature*, 25 april 1953, vol. 171, pp. 737 ss.; y «Genetical Implications of the Structure of Deoxyribonucleic Acid», *Nature*, 30 may 1953, vol. 171, pp. 964 ss.).

En 1962 fue concedido el Premio Nobel a Maurice Wilkins, James D. Watson y Francis Crick por su contribución al descubrimiento de la estructura del ADN.

En la obra de James D. WATSON, *The Double Helix*, publicada en 1968 (puede leerse la versión traducida al castellano por M.^a Luisa Rodríguez Tapia, *La doble hélice*, Alianza Editorial, Madrid, 2000), que llegó a ser un *best seller*, se encuentra un ameno relato personal del descubrimiento de la estructura del ADN. También es interesante de este mismo autor *Pasión por el ADN. Genes, genomas y sociedad*, Introducción, Epílogo y notas de WALTER GRATZER, traducción castellana de Joandomènec Ros, Editorial Crítica, Barcelona, 2002; y WATSON with BERRY, *DNA: the secret of life*, New York, 2003.

³ Se hace una acertada síntesis de los más importantes acontecimientos sobre el ADN que han tenido lugar desde 1951 hasta el año 2003, en el artículo de LEMONICK, «The DNA Revolution. A Twist Of Fate», publicado en la revista *Time*, march 3, 2003, pp. 45 ss.

⁴ Véase, JEFFREYS, A. J.; WILSON, V.; THEIN, S. L., «Individual-specific "fingerprints" of human DNA», *loc. cit.*, pp. 76 ss.; JEFFREYS, A. J.; WILSON, V.; y THEIN, S. L., «Hipervariable minisatellite regions in human DNA», *Nature*, 7 march 1985, vol. 314, pp. 67 ss.; y JEFFREYS, A. J.; BROOKFIELD, J. F. Y.; SEMEONOFF, R., «Positive identification of an immigration test-case using human DNA fingerprints», *Nature*, 31 october 1985, vol. 317, p. 818.

Cuando regresó al Reino Unido para reunirse con su madre (M), su hermano (B) y sus dos hermanas (S1 y S2), las autoridades británicas no le concedieron el permiso de residencia por temor a que una sustitución por otro chico (no pariente o hijo de una hermana de M) tuviera lugar.

El análisis de marcadores genéticos tradicionales mostró que la mujer (M) y el chico X eran parientes, pero no pudo determinar si M era realmente la madre de X o una tía, por eso el abogado de la familia pidió a Jeffreys y sus colaboradores la realización de un análisis de ADN para determinar la filiación materna de X.

Complicó este asunto que ni el padre ni ninguna de las hermanas de M estuvieran disponibles para el análisis. Además, mientras la madre tenía la certeza de que X era su hijo no estaba segura sobre su paternidad.

Del análisis del ADN de los miembros disponibles de la familia (X, M, B, S1 y S2) resultó que X tenía el mismo padre que B, S1 y S2, que M era la madre de X y, por tanto, que X, B, S1 y S2 eran verdaderos hermanos. Esta prueba, junto con los resultados del análisis de los marcadores convencionales, fue proporcionada a las autoridades de inmigración, que abandonaron el caso contra X y le concedieron el permiso de residencia en el Reino Unido para que permaneciera con su familia⁵.

El *test case* recién descrito es un claro exponente de lo importante que puede llegar a ser la práctica de la prueba del ADN en los procesos de filiación⁶.

En la actualidad el principal problema que se plantea en dichos procesos no es, como en otros tiempos no lejanos sucedía, la imposibilidad de probar con una certeza lindante en seguridad la existencia o no del vínculo biológico de filiación discutido, por ser posible ahora demostrar esto con un ínfimo porcentaje de error, sino conseguir que efectivamente se realice el análisis del ADN a los sujetos implicados en el concreto asunto de filiación, pues basta con que alguno no lo consienta o no se preste a ello para que esa prueba no se pueda practicar.

⁵ Vid. JEFFREYS, A. J.; BROOKFIELD, J. F. Y.; SEMEONOFF, R., «Positive identification of an immigration test-case using human DNA fingerprints», *loc. cit.*, p. 818; y WATSON with BERRY, *DNA: the secret of life*, *cit.*, p. 264.

⁶ Como observan Jeffreys y sus colaboradores, refiriéndose al *test case* expuesto en el texto principal, este caso difícil demuestra como el *DNA fingerprints* puede dar una inequívoca prueba positiva de relación (familiar) incluso en algunos casos en los cuales miembros importantes de la familia estaban ausentes (JEFFREYS, A. J.; BROOKFIELD, J. F. Y.; SEMEONOFF, R., «Positive identification of an immigration test-case using human DNA fingerprints», *loc. cit.*, p. 819).

Dice con acierto Seidel que el análisis de ADN es indispensable en casos problemáticos no aclarados por la prueba de grupos sanguíneos o del HLA (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 8, 4. Auflage, München, 2002, p. 239).

Esta cuestión no es baladí porque en los procesos de filiación no sólo se pretenden satisfacer los intereses meramente privados de las partes, sino también el interés social en que la filiación se determine siempre que sea posible por las importantes consecuencias que de ella derivan (derecho a alimentos, derechos sucesorios, apellidos, etc.).

Por la innegable importancia del análisis de ADN para probar la paternidad o la maternidad sería deseable que en la legislación sobre el uso de los análisis de ADN no sólo se regulara su empleo en el ámbito de la investigación criminal, sino también en los procesos de filiación, con el fin de superar y solucionar los problemas que en la actualidad suscita en este ámbito la necesidad de practicar prueba tan fundamental.

Si bien es cierto que merecía elogios la iniciativa normativa representada por un borrador de anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN, con el que se pretendía delimitar el uso del análisis del ADN, no dejaba de ser criticable que en ese borrador se acometiera una regulación tan sólo parcial de los análisis del ADN circunscrita a la investigación criminal, olvidando el ámbito de la investigación de la paternidad y de la maternidad, cuando precisamente en los procesos de filiación el análisis del ADN es la prueba más importante, cuya práctica en la actualidad tropieza con serias dificultades⁷.

⁷ La recomendación R(92) 1 del Consejo de Europa, adoptada por el Consejo de Ministros de 10 febrero 1992 «sobre el uso del análisis del ácido desoxirribonucleico, dentro de la estructura del Derecho Penal», recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que adapten su legislación a los principios contenidos en la misma.

El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, tomando en consideración dicha recomendación, presentó primero, el 21 de febrero de 1995, una Proposición de Ley sobre el «uso y práctica de prueba del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro de la estructura del sistema del Derecho penal y en la investigación de la paternidad» (BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie B, 3 de marzo de 1995, núm. 112-1, pp. 1-3), que no prosperó. Con posterioridad, el 5 de mayo de 1998, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentó la siguiente Proposición no de Ley: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que introduzca en nuestro ordenamiento jurídico la regulación sobre el uso del análisis del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), dentro de la estructura del Derecho Penal y en la investigación de la paternidad» (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie D, 19 mayo 1998, núm. 282, p. 4).

Esta Proposición no de Ley se sometió a debate en la sesión de 23 junio 1998, en la que se aprobó con las modificaciones propuestas en la enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). La redacción acordada fue la siguiente: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que introduzca en nuestro ordenamiento jurídico la regulación sobre la admisibilidad, práctica y efectos del análisis del Ácido Desoxirribonucleico (ADN) en el proceso penal, así como en la investigación de la paternidad en el proceso civil. La Ley deberá garantizar el derecho a la intimidad genética, así como limitar el uso abusivo de la información genética en las relaciones jurídico-privadas y públicas, respetando, en todo caso, las competencias de las Comunidades Autónomas» (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie D, 30 junio 1998, núm. 302, pp. 4 y 5).

Como se puede comprobar en el Congreso se mantuvo la conveniencia de regular la admisibilidad, práctica y efectos del análisis de ADN en la investigación de la paternidad

Finalmente el legislador ha reducido sus esfuerzos en la disposición final primera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre (por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal) a dar soporte legal a la utilización del análisis del ADN en el proceso penal, limitándose a reformar dos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a añadir una nueva disposición adicional tercera a esta misma ley, lo que significa que se ha renunciado por el momento a regular el uso de la prueba del ADN en los procesos de filiación.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal se contemplan ahora dos aspectos diferentes sobre el perfil de ADN. Un primer aspecto es la recogida de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado. Se prevé que el Juez ordenará a la policía Judicial o al Médico Forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras (es decir, lo que se conoce como la cadena de custodia) se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad (art. 326.3 LECrim). Para este objetivo se encomienda al Gobierno (a propuesta de los Ministerios de Justicia y de Interior) la regulación por Real Decreto de la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN, a la que se asignan importantes funciones de acreditación y coordinación de laboratorios, de elaboración de protocolos, condiciones de seguridad en la custodia de las muestras, confidencialidad, etc. (d.a. 3.^a LECrim). Un segundo aspecto regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la obtención de muestras biológicas de un sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN, cuando sea necesario

en el proceso civil. Sin embargo, en la exposición de motivos del borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN (segunda versión), la regulación se circunscribe a la investigación criminal, aduciendo que «el coste económico, la falta de experiencia y, ante todo, los recelos que previsiblemente despertaría en la opinión pública el hecho de que los datos genéticos de cualquier individuo figuren en bases de datos, han aconsejado comenzar la regulación de la materia por el campo de la investigación criminal» (*BIMJ*, 2000, núm. 1867, p. 1536). Como observó ETXEBERRÍA GURIDI: «La falta de experiencia no encuentra sentido en la situación normativa actual, pues es predicable de todas las materias, tanto las que se regulan efectivamente como las excluidas. En cuanto al coste económico y a los recelos que suscita la creación de bases de datos, conviene añadir que los ficheros o bases de datos de ADN sólo tienen sentido (desde la perspectiva del sector público) referidos al ámbito de la investigación penal y no a los que, precisamente, han quedado excluido (salvo los que tienen una finalidad médica, que requerirían una normativa específica de esta naturaleza)» («Reflexiones acerca del Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las Bases de ADN», *Rev. Der. Gen. H.*, 2001, núm. 14, p. 61, nota 16).

También se puede consultar sobre estos antecedentes MORA SÁNCHEZ, «La prova de l'ADN en el procés penal», *Bioètica i Dret*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, p. 235.

como elemento de prueba. El Juez, en resolución motivada, podrá acordar los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad (art. 363.2 LECrim). Es en este punto donde la brevedad de la regulación resulta muy criticable porque no siempre se resolverán fácilmente todos los vacíos legales con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, pues nada se dice sobre si se podrá acudir a la coerción, incluso física, en el caso de negativa a someterse a las intervenciones corporales, ni qué consecuencias jurídicas podrán derivarse de tal negativa, ni qué destino se dará a los perfiles de ADN y, en su caso, a la muestra biológica utilizada.

El objeto de este trabajo es poner de relieve el gran valor probatorio del análisis del ADN, explicar cómo se puede hacer valer esta prueba en los procesos de filiación, exponer e intentar resolver problemas que plantea la realización del análisis del ADN en dichos procesos y defender que la Ley debería regular y facilitar la práctica de la prueba del ADN con el fin de investigar la filiación por tratarse de la prueba más idónea en ese ámbito, permitiendo incluso su imposición forzosa si el Juez lo considera necesario para decidir el pleito.

2. LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

Frente a restricciones pasadas existentes sobre todo en el ámbito del Derecho común (CC) la paternidad y la maternidad, o la inexactitud de su determinación, pueden probarse ahora en los tres ordenamientos jurídicos hispanos que tienen regulación propia sobre la filiación, con toda clase de pruebas, incluso –como se dice expresamente en el artículo 767.2 LEC– mediante las biológicas⁸.

Así las cosas, es posible en la actualidad probar la paternidad no sólo con los medios de prueba que podríamos llamar tradicionales

⁸ En Cataluña no hizo falta introducir una disposición en su Compilación en la que expresamente se admitieran las pruebas biológicas, porque las mismas ya habían sido aceptadas antes de buen grado por la jurisprudencia. Significativas en este sentido son la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1937, de la que fue ponente el insigne jurista Roca Sastre, en la que se afirmaba: «... para probar la paternidad de los hijos nacidos extramatrimonialmente podrán ser empleadas en Cataluña toda clase de pruebas, incluso la indiciaria, y, sin duda, la pericial biológica»; y la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 13 de febrero de 1964, que basaba su fallo en la siguiente consideración: «... ese informe y rumor público se hallan totalmente desvirtuados por la prueba pericial médica (ya que) del examen de los grupos sanguíneos del demandado, la actora y el niño J. L. S., es científicamente imposible que el hijo de la actora lo sea del demandado» (véase, GARCÍA SÁNCHEZ, «La jurisprudencia ante los medios de prueba en la investigación de la paternidad en el Derecho Civil catalán», *RJC*, 1982, 1, p. 49).

—entre los que destacan en los procesos de filiación la prueba testifical y la de presunciones—, sino también mediante las pruebas biológicas, hasta hace poco casi ignoradas por nuestro TS en el proceso civil (no así en el penal) al ser aplicable el Código⁹. Quizás, por esto, con el objeto de desvanecer cualquier duda sobre la admisibilidad de las pruebas biológicas en los procesos de filiación, al legislador le pareció oportuno mencionarlas expresamente en el derogado artículo 127 CC, tal como hace ahora el vigente artículo 767.2 LEC.

No me voy a ocupar aquí de los medios de prueba tradicionales porque su uso habitual en todo tipo de procesos y, en consecuencia, el estudio que de los mismos se hace en cualquier obra de carácter general, dispensa de comentarlos en este trabajo. En cambio, por ser hoy el análisis del ADN una prueba biológica fundamental (casi imprescindible, diría yo) en los procesos de filiación, dado su alto valor probatorio en ese ámbito, y por suscitar su puesta en práctica numerosos problemas, la examinaré aquí con cierto detenimiento.

Mi pretensión, como ya he dicho, es poner de relieve la importancia que tiene la prueba del ADN, la problemática jurídica que plantea, y cómo debe ser utilizada en los procesos de filiación, pero sin profundizar en sus aspectos técnicos y científicos, porque el

⁹ Antes de promulgarse el Código había mostrado ya el TS su posición contraria a este medio probatorio. La sentencia de 23 junio 1886 había dicho que «el parecido o semejanza de señales en el cuerpo entre el hijo y el supuesto padre no es signo de paternidad, ni es pertinente una prueba de reconocimiento que tienda a verificar esos puntos». Según RIVERO HERNÁNDEZ: «no tenía nada de extraño esa solución, pues aquella prueba no podía tener gran seguridad ni las garantías de las modernas pruebas biológicas, fundadas en leyes científicas seguras». Sin embargo, para este autor, más grave fue la actitud mostrada por nuestro más Alto Tribunal en su sentencia de 3 marzo 1931 [en la que denegó por impertinentes la práctica de las pruebas de reconocimiento judicial heredobiológico y la de análisis de grupos sanguíneos], época en la que estaba suficientemente acreditado el valor probatorio y solvencia científica de la prueba de grupos sanguíneos y se practicaba ya en varios países (*La presunción de paternidad legítima*, Madrid, 1971, p. 542). Con posterioridad, la muy importante y decisiva sentencia de 24 de enero de 1947 concluía que las pruebas biológicas eran «contrarias al criterio que preside la fijación de las presunciones adoptadas por el legislador». Sobre esta afirmación del TS dijo Rivero en sentido crítico: «más bien pienso yo que en lugar de contrarias al criterio del legislador, son ajenas al mismo. En la época de nuestra Codificación —y habría que pensar más en 1851 que en 1889— esas pruebas (las científicas que hoy se manejan: la de grupos sanguíneos, la heredobiológica...) eran inexistentes, imprevisibles. El legislador no pudo manifestarse ni en pro ni en contra: no pensó siquiera en ellas» (*ibidem*, p. 543).

Como dijo GARCÍA SÁNCHEZ: «esa postura del TS contraria a la utilización de la prueba pericial biológica era incongruente, dados los ejemplos de sentencias penales en las que se había admitido su empleo. Baste recordar la sentencia de 15 de febrero de 1963: "... sin negar la pertinencia de cotejar grupos sanguíneos como posible medio de descartar en procedimiento penal una paternidad en litigio...". Y la sentencia de 9 noviembre 1976: "resulta indudable haberse incurrido en quebrantamiento de forma (...) por ser conveniente cuenten los Tribunales con la mayor cantidad de medios de prueba a fin de evitar posibles errores y llegar a formar conciencia del punto debatido con pleno conocimiento" (por lo que devuelve los autos a la Audiencia para que dicte resolución en orden a la práctica de la prueba pericial de grupos sanguíneos)» (*op. loc. cit.*, p. 50).

estudio de las pruebas biológicas desde esa perspectiva, dada su gran complejidad, corresponde a los especialistas en la materia.

Con todo, me parece indispensable hacer previamente alguna alusión a las posibilidades que ofrece en orden a la exclusión y a la afirmación de la paternidad o de la maternidad el análisis del ADN, por ser ésta la prueba biológica que en la actualidad habitualmente se practica en los centros de más solvencia y prestigio profesional, como el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el fin de demostrar que es la prueba más fiable en los procesos de filiación y que, por tanto, debe admitirse sin reservas ¹⁰.

3. LA PRUEBA DEL ANÁLISIS DEL ADN

Gracias a los espectaculares progresos biológicos y técnicos que se han producido durante los últimos años en el ámbito de la genética, el análisis del ADN tiene hoy un gran valor probatorio y un indiscutible protagonismo en los procesos de filiación, por lo que se ha convertido en el medio de prueba estándar en dichos procesos.

Para comprender la importancia de esta prueba es esencial saber que cada ser humano tiene su origen en la unión de dos células (gametos), una procede de la madre (óvulo), la otra del padre (espermatozoide). El resultado de esta unión es la formación de una única célula, a partir de la cual se desarrollarán todas las células que componen el organismo humano. Este complejo proceso acontece y los miles de millones de células del cuerpo humano funcionan de manera coordinada siguiendo las instrucciones del ADN. En consecuencia, cada persona hereda biológicamente su configuración genética de sus progenitores (la mitad del ADN procede del padre, la otra mitad de la madre) y toda la información sobre sus características genéticas se encuentra en el ADN o ácido desoxirribonucleico del núcleo de sus células ¹¹, por lo que para obtener tal información habrá que descifrar el código genético trazado a lo largo del ADN ¹²

¹⁰ Pues como observaron Andre y Rigo hace ya más de dos décadas refiriéndose a la prueba serológica o de grupos sanguíneos: «la connaissance que l'on a actuellement de la transmission héréditaire des caractères de groupes sanguins apportent des possibilités insoupçonnées jusqu'ici et permettent d'approcher la réalité biologique dans la relation père-mère-enfant. Il est impensable d'imaginer qu'à notre époque les juristes restent étrangers à ces progrès et à ces possibilités en maintenant des législations qui n'en tiendraient pas compte» («Le Code Napoléon et la réalité biologique en matière de filiation», *Bio-mathematical Evidence of Paternity*, Berlín, 1981, p. 46).

¹¹ El ADN se encuentra en todas las células humanas, excepto en los glóbulos rojos (véase, WALL, *Genetics and DNA technology: legal aspects*, London, 2002, p. 24).

¹² El ADN es una larga molécula compuesta por dos hileras paralelas formadas de cuatro sustancias distintas (llamadas nucleótidos): adenina, citosina, guamina y timina

(específico de cada persona ¹³ y por eso llamado *huella genética* ¹⁴).

De ahí que en la prueba del ADN el procedimiento para determinar, por ejemplo, la paternidad ¹⁵ biológica consiste en analizar el patrimonio genético que un sujeto recibió de su madre y de su padre, y contrastar estos datos con el ADN de la madre y con el ADN del presunto padre. En primer lugar se contrastará con el ADN de la madre, para averiguar la parte de la dotación genética que el hijo ha heredado de aquélla. El resto de la información genética del hijo será contrastada con el ADN del supuesto padre. Si el presunto padre posee características heredadas por el hijo, que éste no ha recibido de su madre, existe una probabilidad de paternidad, en el caso contrario, si el supuesto padre no tiene esas características queda excluido como padre biológico.

(que respectivamente se abrevian con las letras: A, C, G y T). Estas sustancias se aparejan a lo largo de las dos hileras que tienen una forma helicoidal (de espiral), la característica forma de doble hélice del ADN que Watson y Crick descubrieron hace ya más de cincuenta años (sobre esto véase el principio de este trabajo). La regla de apareamiento es simple, A es la pareja de T y C la de G. De esta forma una secuencia del perfil del ADN puede ser, por ejemplo:

ATATCTGATGCATACGTA
TATAGACTACGATGTCATGACATCCGTAGCAGTTGCAT

Con tan simple alfabeto, de la combinación de esas cuatro sustancias (o letras del alfabeto de la vida), que pueden estar dispuestas a lo largo de la molécula del ADN en secuencias cuya variedad es prácticamente infinita, resulta el código genético de cada persona, que los expertos han de descifrar cuando se realiza la prueba del ADN (puede consultarse WALL, *op. cit.*, p. 24; BRINKMANN, *Das neue Vaterschaftsgutachten*, Münster, 1997, p. 11; y BÄR/KRATZER, «Die Leistungsfähigkeit des DNA-Gutachtens in der Vaterschaftsbegutachtung», *AJP*, 1992, p. 358).

Como destaca LORENTE, refiriéndose a los nucleótidos (A, C, G y T): «El orden en que se unen unos a otros, denominado “secuencia”, tiene una gran importancia, pues de la misma depende el tipo de aminoácidos y proteínas que se van a sintetizar o, lo que es lo mismo, el tipo y características de los tejidos y de las diversas estructuras que conforman a una persona» (*Un detective llamado ADN*, Madrid, 2004, p. 25; véase también GOÑI URCELAY, «DNA i herència. El genoma humà», *Bioètica i Dret*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, pp. 33 ss.).

El perfil del ADN de cada persona gráficamente se expresa con un «código de barras» parecido al que llevan ciertos productos comerciales para ser identificados. Cada banda presente en el «código de barras» del hijo ha de aparecer en el «código de barras» de la madre o en el del padre (véase sobre esto ROUGER, *op. cit.*, pp. 38 y 39; y OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina*, Granada, 1993, p. 195).

¹³ Como observa Wall el poder discriminatorio del análisis del ADN hace que sea ideal para resolver casos de paternidad, pues sólo los gemelos idénticos comparten el mismo ADN (*op. cit.*, p. 22).

¹⁴ Según WATSON y BERRY (*op. cit.*, p. 263) la elección por Jeffreys —genetista británico que descubrió que podía identificarse a las personas analizando su ADN (véanse las referencias que a él se hacen al principio de este trabajo)— del término *DNA fingerprint* fue deliberada, porque con el ADN es posible identificar individuos como con la tradicional huella dactilar (*fingerprint*). Por eso en la actualidad para referirse al ADN se suele utilizar la expresión «huella genética».

¹⁵ A partir de ahora me referiré sobre todo a la paternidad porque su prueba siempre ha tropezado con más dificultades que la prueba de la maternidad.

El fundamento en la prueba del ADN es el mismo de la prueba hematológica o de grupos sanguíneos hasta hace poco habitualmente practicada, con la diferencia de que en la primera se examina directamente el material biológico portador de la herencia genética de la persona, en vez de los productos sintetizados (encimas, proteínas, ...) según el código de aquel material, que es lo examinado en la segunda¹⁶.

El resultado de la pericia es más fiable y seguro en la prueba del ADN. Además, resulta más fácil obtener muestras para realizar la prueba del ADN que la hematológica, porque la primera se puede practicar no sólo con sangre (como sucede en la hematológica), sino también con restos óseos, saliva, cabellos, etc., lo que ha permitido superar obstáculos hasta hace poco infranqueables, como investigar la paternidad de una persona fallecida¹⁷. A lo que se debe añadir que así se evita la «lesión o agresión» que para algunas personas puede suponer la extracción de sangre mediante un pinchazo¹⁸.

A pesar de la diversidad de muestras sobre las que se puede realizar la prueba del ADN, se suele utilizar sangre, pero sin que sea necesario extraer tanta cantidad como para realizar la prueba hematológica¹⁹. Sorprende que no se utilicen más otras muestras que se pueden obtener empleando técnicas menos invasivas²⁰.

¹⁶ Véase sobre esto VALLEJO DE TORRES/ALONSO ALONSO/GASCO ALBERICH/ITURRALDE PARDO/MONTESINO SEMPER/SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA/SANCHO RUIZ, «Prueba médico-legal en las acciones de filiación», *Act. Civ.*, 1986, núm. 43, p. 3008; SCHNEDL, «Der Polymorphismus des menschlichen Chromosomensatzes-eine Möglichkeit für den Vaterschaftsnachweis», *Zs. f. Rechtsmedizin*, 1974, pp. 17 ss.; y BOLUND, «Recent Research on Human DNA-poly-morphism», *Advances in Forensic Haemogenetics 1*, Berlin, Heidelberg, New York, Tokio, 1986, p. 195.

¹⁷ Véase, LORENTE/LORENTE, *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Granada, 1995, pp. 236 y 237.

¹⁸ Sobre las ventajas que ofrece el análisis del ADN puede consultarse REICHELDT, «Anwendung der ADN-Analyse (genetischer Fingerabdruck) im Vaterschaftsfeststellungsverfahren», *FamRZ*, 1991, 11, p. 1267; BARTEL, «Diskussion: Die humangenetische Abstammungsbegutachtung. II. Stellungnahme», *FamRZ*, 1992, 3, p. 276; BÄR/KRATZER, *op. loc. cit.*, pp. 357 ss.; y HOPPE/KRAMER/PAHL/BASSY, «Neue Wege im Abstammungsgutachten», *DAVorm*, 1997, p. 495; .

¹⁹ Observa Romeo Casabona: «La utilización del ADN para realizar análisis en el ámbito de la administración de justicia ha adquirido en escasísimos años una importancia de primera magnitud en algunos procesos civiles (demandas de paternidad) y penales... Ciertamente no es una novedad el recurso a las pruebas biológicas en estos supuestos procesales (sobre todo, partiendo de muestras de sangre y de algunos de sus componentes o de sus características: grupo ABO, HLA), pero las pruebas del ADN, gracias al polimorfismo del ADN no codificante, ofrecen la ventaja de su gran precisión (de ahí que se la haya denominado «huella genética») y, gracias también a una técnica replicante del ADN de la muestra disponible –la reacción en cadena de la polimerasa–, permite que aunque ésta sea mínima, puedan realizarse cuantos análisis sean necesarios, incluso cuando los restos biológicos sean muy antiguos» (*Del Gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, 1996, p. 120).

²⁰ Así, WALL, *op. cit.*, p. 26.

Sobre la preferencia en la recogida de muestras decía el artículo 8 del Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN (segunda versión): «Las

Cuando se habla del ADN normalmente se está haciendo referencia al llamado ADN nuclear situado en el núcleo de las células, que es el que se suele analizar para investigar la paternidad.

Sin embargo, también existe otro tipo de ADN, el llamado ADN mitocondrial (a partir de ahora ADNmt), que se halla fuera del núcleo de las células y es más estable frente a elementos que provocan su degradación²¹. Solo excepcionalmente se investiga la paternidad analizando el ADNmt. Así sucede cuando por tratarse de muestras antiguas el ADN nuclear se halla muy degradado o se encuentra poco. También se puede emplear para hacer una investigación de la filiación siguiendo la línea materna de herencia, porque su característica más significativa es que se transmite de madres a hijos sin combinarse con el del padre, ya que se transmite con el óvulo. De este modo, conociendo nuestro ADNmt sabemos cuál es el de nuestra madre, abuela, bisabuela, tatarabuela, etc.²². Por eso, en un proceso de

muestras biológicas que preferentemente deben tomarse para análisis del ADN consistirán en aquellas que, atendidas las circunstancias, supongan un menor grado de intervención corporal» (*BIMJ*, 2000, núm. 1867, p. 1542).

²¹ Véase, WALL, *op. cit.*, pp. 33 y 77.

²² Véase, LORENTE/LORENTE, *op. cit.*, p. 246. Dicen estos autores que se ha estudiado con profundidad el ADNmt dando lugar a la «Teoría de Eva», formulada por Rebecca L. Cann, Mark Stoneking y Alan C. Wilson, científicos de la Universidad de California en Berkeley. Según esta teoría todos descendemos de la misma mujer originaria de África (*ibidem*, p. 246; se puede consultar también LORENTE, *Un detective llamado ADN*, *cit.*, pp. 43 ss.).

La aplicación práctica del análisis del ADNmt en nuestros días ha permitido establecer relaciones familiares en diversos casos cuyas circunstancias hacían imposible o muy difícil la aplicación de las otras técnicas. Concretamente ha tenido un éxito relevante en el caso de las «Abuelas de la Plaza de Mayo» en Argentina (véase, FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1999, p. 4, nota 2 y p. 21; y CHIERI/ZANNONI, *Prueba del ADN*, Buenos Aires, 2001).

También se examinó el ADNmt para establecer los lazos de filiación entre miembros de la familia imperial rusa Romanov asesinados por los bolcheviques (véase, GILL/IVANOV/KIMPTON/PIERCY/BENSON/TULLY/EVETT/HAGELBERG/SULLIVAN, «Identification of the remains of the Romanov family by DNA analysis», *Nature Genetics*, vol. 6, february 1994, pp. 130 ss.; IVANOV/WADHAMS/ROBY/HOLLAND/WEEDN/PARSONS, «Mitochondrial DNA sequence heteroplasmy in the Grand Duke of Russia Georgij Romanov establishes the authenticity of the remains of Tsar Nicholas II», *Nature Genetics*, vol. 12, april 1996, pp. 417 ss.; QUEVEDO, *Genes en tela de juicio. Pruebas de identificación por ADN: de los laboratorios a los tribunales*, Madrid, 1997, p. 201; ROUGER, *op. cit.*, pp. 114 ss.); LORENTE, *Un detective llamado ADN*, *cit.*, pp. 241 ss.

El ADNmt ha hecho posible resolver un interesante misterio de la historia de Francia, al permitir determinar que Luis XVII no era Karl Wilhelm Naundorff, como éste pretendía, sino un niño de diez años muerto en 1795 en la *prison du Temple*, gracias a la comparación del corazón del niño (conservado en una urna de cristal en la real basílica de Saint-Denis) y cabellos de María Antonieta, madre de Luis XVII y esposa de Luis XVI (véase, ROUGER, *op. cit.*, p. 119; LE GAC-PECH, «De Louis XVII à Z...», *D.*, 2001, núm. 5, chr., p. 404; y varios artículos publicados en el diario *La vanguardia*, como son «ADN para buscar un rey» [de 10 diciembre 1999], «Resuelto el enigma del hijo de Luis XVI» [de 20 abril 2000], «El ADN acaba con una leyenda de dos siglos» [de 22 abril 2000], «Luis Alfonso y el delfín» [de 25 abril 2000], y «El análisis de ADN del hijo de Luis XVI no zanja el pleito dinástico» [de 28 julio 2000]).

reclamación o de impugnación de la maternidad el análisis del ADNmt es el ideal ²³.

Cuando se tiene que investigar la paternidad de un hombre fallecido, se puede practicar la prueba del ADN con muestras procedentes de sus más próximos parientes (padres, hermanos, etcétera). Si se trata de los progenitores, existirá una gran certeza acerca del resultado de la prueba del ADN y si, por ejemplo, se practica con tres hermanos la certeza será mayor que si se practica con uno. Depende del grado de parentesco y del número de parientes examinados que los resultados de la prueba sean más o menos seguros.

Si los resultados de la prueba del ADN con parientes del fallecido son inseguros e insuficientes para considerar demostrada su paternidad y no se puede llegar a conclusiones definitivas, entonces habrá que proceder a la exhumación del cadáver para extraer restos biológicos con el fin de realizar el estudio del ADN del fallecido. En estos casos el buen o mal estado del ADN nuclear, a efectos de investigar la paternidad, depende de varios factores, fundamentalmente, de la humedad y de la temperatura ²⁴. En condiciones normales de degradación, a partir de los dos o tres meses sólo quedan restos óseos como posible material a examinar, suficiente para realizar la prueba del ADN nuclear hasta que transcurran dos años. Después de dos años normalmente sólo es posible averiguar la paternidad analizando el ADNmt.

No obstante, en algunas ocasiones el análisis del ADN de una persona fallecida puede realizarse con muestras (de sangre, semen, tejidos corporales, etc.) obtenidas cuando estaba viva que se hallan en un hospital o centro sanitario, o con muestras que se encuentran en objetos personales del fallecido (cepillos del pelo, pipas de tabaco, sellos pegados con saliva, etc.).

También se está tratando de averiguar con ayuda del análisis del ADN el origen del almirante Cristóbal Colón, en concreto, entre otras posibilidades, si fue hijo del príncipe de Viana (hermano de Fernando el Católico). Sobre esto se puede consultar LORENTE, *Un detective llamado ADN*, cit., pp. 237 ss.

²³ Vid., WALL, *op. cit.*, p. 88.

²⁴ En la sentencia de 1 de abril de 2002 (RJ 2002/2431) el TS consideró que no se podía dar valor al resultado de la prueba del ADN, ni como excluyente ni como parcialmente favorable a la paternidad, porque los restos óseos procedentes de la exhumación del cadáver del presunto padre estaban en mal estado («las impurezas y otras circunstancias debidas a la putrefacción, impidió obtener el suficiente DNA para llegar a resultados fiables», expuso el perito). Con todo, el TS casó y anuló la sentencia de primera instancia y declaró la paternidad con fundamento en otras pruebas.

Advierte LORENTE en su obra *Un detective llamado ADN* (cit., pp. 94 ss.) de las ventajas y los inconvenientes que pueden plantear las exhumaciones realizadas con el fin de obtener muestras para estudiar el ADN.

También es posible realizar la prueba del ADN con anterioridad al nacimiento del hijo mediante una biopsia coriónica o la amniocentesis²⁵.

3.1 PROBABILIDAD DE EXCLUSIÓN A *PRIORI* DE LA PATERNIDAD

En la actualidad, para realizar la prueba del ADN nuclear, se suelen manejar como mínimo unos 16 marcadores de ADN, porque con ellos ya se consigue una probabilidad de exclusión *a priori* de la paternidad del 99,9 por 100, esto significa que de cada 1.000 falsos padres se excluyen directamente 999, y sólo uno no puede ser excluido *a priori* por resultar compatible con el hijo por azar, aun no siendo el padre²⁶.

Cuando se efectúa la prueba del ADN, lo primero que se trata de averiguar es, pues, si el hombre cuya paternidad se cuestiona puede o no ser el progenitor, es decir, si se excluye *a priori* su paternidad o si hay que considerarla posible. Si la paternidad es posible entonces se indaga qué probabilidad hay de que sea realmente el padre, mediante una prueba bioestadística.

Conocido es el principio biológico que ya indiqué, según el cual todo lo que se hereda genéticamente procede del padre y de la madre, de manera que lo que el hijo no haya heredado de ésta tiene que haberlo recibido de aquél. Por esta razón, y me parece oportuno recordar, que en la prueba del ADN una vez conocido el material genético de madre, hijo y supuesto padre se resta al del hijo el que comparte con su madre (indubitada) y se comprueba si el supuesto padre posee el restante material genético del hijo (que éste ha de haber heredado forzosamente de su progenitor biológico)²⁷. De ahí que la paternidad puede ser excluida o resultar posible.

Se puede incurrir en una serie de errores (entendiendo por error cualquier cosa que altere el resultado del análisis del ADN²⁸) que

²⁵ Consúltese sobre esto CHERI/ZANONI, *op. cit.*, pp. 108 ss.

²⁶ Según LORENTE/LORENTE: «Este porcentaje de probabilidad de exclusión *a priori* (99,9 por 100) es el recomendado por la Sociedad Internacional de Hemogenética Forense como mínimo aceptable por el laboratorio a realizar los análisis para que el informe emitido por él pueda ser utilizado con validez, no obstante es deseable que esta probabilidad sea lo más alta posible» (*op. cit.*, p. 238). Véase también FÁBREGA RUIZ, «Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas», *ADC*, 1998, p. 642.

²⁷ Véanse, HUGUET/GENE/ERCILLA/CORBELLA, «Estado actual de la investigación de la paternidad en Barcelona», *Mesa redonda en el Colegio de abogados de Barcelona*, Barcelona, 1986, p. 2

²⁸ Así, WALL, *op. cit.*, p. 27.

juegan (casi) siempre a favor de una incorrecta exclusión (o incompatibilidad) de la paternidad²⁹.

Los errores pueden ser deliberados o accidentales. Se ocasionan deliberadamente, por ejemplo, cuando una persona distinta a la que ha de someterse al análisis del ADN proporciona la muestra o cuando hay una sustitución de muestras. Los errores accidentales normalmente se producen por la contaminación de la muestra con un ADN extraño. Además, la mayor parte de los errores suelen ser de tipo técnico (confundir tubos, emplear reactivos en mal estado, etc.). Para evitar estos errores, los expertos adoptan especiales precauciones en cuanto a la toma de muestras y su tratamiento (véase, por ejemplo, la Orden de 8 de noviembre de 1996 por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología³⁰) y suelen repetir algunos o todos los pasos del proceso al menos dos veces³¹.

Conociendo que se puede cometer cualquiera de estos errores, si se adoptan todo tipo de precauciones tendentes a evitarlos³², se puede afirmar que los resultados de la peritación serán de alta fiabilidad.

3.2 PROBABILIDAD DE LA PATERNIDAD

Si con el análisis del ADN la paternidad no es excluida, entonces se examina si la coincidencia de caracteres genéticos del hijo y del supuesto padre (su compatibilidad) se debe o no al azar. Con tal fin se calcula la probabilidad de paternidad, es decir, la probabilidad que tiene el supuesto padre de serlo en realidad teniendo en cuenta la frecuencia de los caracteres que comparte con el hijo en la población general de referencia, ya que puede suceder que el hecho de que el hijo y el supuesto padre compartan determinados caracteres sea debido al azar al estar presentes no sólo en el verdadero progenitor sino también en otros individuos de la población³³. De ahí que tenga cierta importancia escoger la población de referencia³⁴.

²⁹ Véase, LORENTE/LORENTE, *op. cit.*, p. 243.

³⁰ Publicada en el *BOE* núm. 308, de 23 de diciembre de 1996.

³¹ Véase, LORENTE/LORENTE, *op. cit.*, p. 243, y HUGUET/GENE/ERCILLA/CORBELLA, *op. loc. cit.*, p. 7.

³² Indica WALL una serie de medidas para evitar errores en *op. cit.*, pp. 28 ss.

³³ Como observan LORENTE/LORENTE: «Evidentemente, cuanto más alta sea la probabilidad de paternidad, nos indicará que en realidad es el padre biológico con una probabilidad más elevada y que, por tanto, la compatibilidad genética tiene menos visos de ser debida a la casualidad» (*op. cit.*, p. 238).

³⁴ Véase, sobre esto CARRACEDO/BARROS, «El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de la paternidad», *Rev. Der. Gen. H.*, 1995, núm. 3, p. 205.

Para calcular la probabilidad de paternidad hay diferentes planteamientos bioestadísticos. En la actualidad, el más extendido en la comunidad científica internacional se basa en el cálculo de la probabilidad positiva de la paternidad, trabajando con el trío madre-hijo-supuesto padre. En concreto, el método más utilizado es el de Essen-Möller, así llamado en honor de Erik Essen-Möller que en el año 1938 fue el primero en aplicar estos cálculos a cuestiones de paternidad. Este método está basado en el teorema de Bayes, conocido a través de una obra póstuma publicada en 1763 que define el cálculo de probabilidades condicionadas ³⁵.

La fórmula de Essen-Möller es conocida y aplicada en la actualidad en los países desarrollados (Alemania, EEUU, Japón, Méjico, Italia...) ³⁶ y también en España ³⁷.

El cálculo de la probabilidad de la paternidad (*w*), según la fórmula de Essen-Möller se obtiene sobre la base de dos variantes (*X, Y*):

$$W = \frac{X}{X + Y} * 100 \text{ }^{38}$$

siendo:

X = la frecuencia con que un determinado marcador genético que posee el hijo se encuentra en el verdadero padre

³⁵ Consultese, LORENTE/LORENTE, *op. cit.*, p. 239; WALL, *op. cit.*, p. 84

³⁶ Vid., HUMMEL, «Mathematisches zur "Vaterschaftswahrscheinlichkeit"», *DAVorm*, 1983, p. 830. Según HUMMEL con el paso del tiempo el procedimiento de Essen-Möller ha ganado tal fuerza de convicción que en 1976 las US-american «Guide-Lines», publicadas por la «American Bar Association» y la «American Medical Association», sólo nombraban al Essen-Möller como método matemático para el cálculo biostático a realizar en casos de filiación discutida («Das Essen-Möller-Prinzip als logische Grundlage serostatistischer Bilanzierung», *MedR*, 1985, 4, p. 154).

³⁷ Véanse, HUGUET/GENE/ERCILLA/CORBELLA, *op. cit.*, p. 5, y HUGUET/ERCILLA/GENE/PUIG/CASTILLO/CORBELLA, «Rapport de notre expérience dans la recherche de la paternité. Etude de 100 cas», *XXXVIII Congrès Internationale de Langue Française de Médecine Légale et de Médecine Sociale*, Strasbourg, 1986, p. 3.

³⁸ La fórmula:

$$W = \frac{X}{X + Y} * 100 \quad \text{se divide por X, resultando } W = \frac{1}{1 + \frac{Y}{X}}$$

con el fin de poder incluir varios marcadores genéticos en el cálculo biostático

$$W = \frac{I}{1 + \frac{Y_1}{X_1} + \frac{Y_2}{X_2} + \dots + \frac{Y_n}{X_n}}$$

Y = la frecuencia con que ese mismo marcador genético se halla en los restantes hombres (no padres) que forman parte de la población general³⁹.

Es, pues, imprescindible en el procedimiento biostático conocer la frecuencia con que cada marcador genético se encuentra en la específica raza o población a la que pertenece el supuesto padre⁴⁰.

La fracción $\frac{Y}{X}$ es el llamado «Likelihood-Quotient». $W = \frac{1}{1+L} * 100$.

(Consúltese SCHEMUTH, *Über die praktische Bedeutung der Biostatistik und der Erb-biologie im Vaterschaftsprozß*, Berlin, 1983, p. 18; y MUTSCHLER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 5, Familienrecht, 2. Halbband, München, 1987, p. 130.)

³⁹ Puede resultar ilustrativo y esclarecedor, para comprender la lógica del procedimiento de Essen-Möller, reproducir el ejemplo numérico que él mismo puso en 1938, y que repiten muchos autores (téngase en cuenta, para una mejor comprensión del ejemplo, lo dicho en el texto y en la nota anterior).

Si de 100 verdaderos padres de 100 hijos portadores de un determinado marcador genético, poseen este carácter 17 padres,

$$\text{entonces } X = \frac{17}{100} = 0'17.$$

Si ese marcador genético se encuentra en la población general en tres hombres de cada 100 no verdaderos padres,

$$\text{entonces } Y = \frac{3}{100} = 0,03.$$

Así, de 200 hombres (100 verdaderos padres, 100 falsos padres), son portadores de ese concreto marcador genético $17+3=20$, de donde se sigue que:

$$\text{para los verdaderos padres } W = \frac{17}{20} * 100 = 85 \text{ por } 100$$

y para los no padres

$$W = \frac{3}{20} * 100 = 15 \text{ por } 100.$$

O lo que es lo mismo para los verdaderos padres,

$$W = \frac{0,17}{0,17 + 0,03} * 100 = \frac{1}{1 + \frac{0,03}{0,17}} * 100 = 0,85 * 100 = 85 \text{ por } 100$$

(Véase, SEIDEL, *op. loc. cit.*, p. 244; RAUSCHER, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Viertes Buch, Familienrecht, Berlin, 2000, p. 122.; SCHEMUTH, *op. cit.*, p. 17; MUTSCHLER, *op. loc. cit.*, p. 130; BESTETTI/ROSSI, «Essen-Möllers numerisches Beispiel für seine Formel», *Biometrical Evidence of Paternity*, Berlin, 1981, p. 69; ZIMMERMANN, «Positiver Vaterschaftshinweis durch biostatistische Methoden», *NJW*, 1973, 13, p. 546, y *Forensische Blutgruppenkunde*, Berlin, 1975, p. 42.) Pone otros ejemplos BRINKMANN, *op. cit.*, p. 19.

En las nuevas *Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten* del año 2002 (*FamRZ*, 2002, Heft 17, p. 1160), se menciona expresamente el método de Essen-Möller.

⁴⁰ En Alemania sostiene parte de la doctrina que, por regla general, una misma frecuencia de marcadores genéticos (la de la población alemana) puede ser utilizada para

El valor obtenido expresado en porcentaje tras multiplicarlo por 100, nos indica la probabilidad de que el varón que se supone es el padre, lo sea realmente ⁴¹.

Hay que tener presente que para calcular la probabilidad de la paternidad se ha de partir de una probabilidad *a priori* de la paternidad, que a falta de datos concretos se suele fijar en 0,5, lo que equivale a considerar que el presunto padre tiene tantas probabilidades de ser el verdadero padre como de no serlo. Cuanto más alta es la probabilidad *a priori* de la paternidad más alta será la probabilidad final de la paternidad ⁴². Además, como la probabilidad de la paternidad se obtiene mediante cálculos bioestadísticos nunca puede ser el 100 por 100, porque para obtener este resultado tendría que ser $Y = 0$, esto es, no tendría que existir en el mundo ninguna persona con marcadores genéticos del padre que coinciden con los del hijo y esto no es posible ⁴³.

A la probabilidad de la paternidad resultante expresada en números (w), se asocian los llamados «predicados verbales» que al

todas las personas pertenecientes a la raza caucásica. Parece que así lo vienen haciendo los Tribunales alemanes, aunque si el presunto padre –extranjero y de raza caucásica– pide que se le aplique la frecuencia adecuada (que le corresponde) suelen acceder a ello (véase HUMMEL, «Abstammungs Begutachtung-Verständigungs-Schwierigkeiten zwischen Juristen und Gutachtern», *Johannsen/Hummel, Vaterschaftsfeststellung bei nichtehelicher Abstammung*, Heidelberg, 1978, p. 47; «Nutzen ausschlußschwacher Systeme, Beweiswert von Ausschlüssen und biostatistische Probleme bei der blutgruppenserologischen Abstammungsbegutachtung», *Zs. f. Rechtsmedizin*, 1975, p. 50; «Nochmals: Biostatistische Vaterschaftswahrscheinlichkeit und Essen-Möller-Verfahren», *NJW*, 1980, 24, p. 1322; y «Das Blutgruppengutachten: seine Bedeutung vor Gericht», *NJW*, 12, 1981, p. 609).

⁴¹ Como explica RAUSCHER, un valor de probabilidad de la paternidad (W) de 99 por 100 no significa que el demandado en un 99 por 100 es con certeza el padre, sino que el Juez, de cada 100 casos similares en que admite la paternidad, en uno declara a un no padre como padre (*op. loc. cit.*, p. 123).

Además de la probabilidad de la paternidad (W) los informes periciales suelen determinar el llamado Índice de Paternidad, ($IP = \frac{X}{Y}$), que es un valor que indica

cuántas veces es mayor la probabilidad de la paternidad del presunto padre con respecto a un hombre tomado al azar.

⁴² Para comprender cómo opera la llamada probabilidad *a priori* de la paternidad en la fórmula de Essen-Möller consúltese CARRACEDO/BARROS, «El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de la paternidad», *loc. cit.*, pp. 197 a 203; HUGUET/CARRACEDO, «Investigación biológica de la paternidad», Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología*, Barcelona, 2000, p. 1174; CHIERI/ZANONI, *op. cit.*, pp. 66 ss., y SEIDEL, *op. loc. cit.*, p. 245.

RAUSCHER (*op. loc. cit.*, p. 125) expresa la fórmula de Essen-Möller, incluyendo la probabilidad *a priori* de la paternidad así: $p \times X / (p \times X + q \times Y)$; « p » es la probabilidad *a priori* de la paternidad del supuesto padre y « q » es $1 - p$. Explica este autor que en los procesos de impugnación de la paternidad del marido en realidad sólo aproximadamente el 20 por 100 de los demandantes son verdaderos padres del hijo, la probabilidad de la paternidad *a priori* real es, pues, de 0,2 (*ibidem*, p. 125).

⁴³ Puede consultarse sobre esto CARRACEDO/BARROS, «El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de la paternidad», *loc. cit.*, p. 199, y FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación*, *cit.*, p. 18.

ser la traducción en palabras de aquellos valores numéricos, revelan la mayor o menor verosimilitud de la paternidad y sirven de ayuda al Juez a la hora de tomar su decisión ⁴⁴. En la actualidad se suele tomar en consideración la siguiente tabla o similar:

$W > 99,73$	por 100 paternidad prácticamente probada
$W = 99... < 99,73$	por 100 elevada probabilidad de la paternidad
$W = 95... < 99$	por 100 paternidad muy probable
$W = 90... < 95$	por 100 paternidad probable
$W = 80... < 90$	por 100 indicios positivos de la paternidad
$W = 10... < 80$	por 100 la paternidad es dudosa
$W > 5... 10$	por 100 paternidad improbable
$W > 1... 5$	por 100 paternidad muy improbable
$W > 0,27... 1$	por 100 elevada improbabilidad de la paternidad
$W < 0,27$	paternidad prácticamente excluida ⁴⁵ .

La fórmula de Essen-Möller ha sido adecuada para ser correctamente aplicada a casos especiales y particularmente problemáticos, mediante fórmulas y programas de ordenador complementarios.

Entre estos casos especiales cabe destacar los llamados por la doctrina alemana *Fremdstämmigenfälle*, en los cuales el Perito se ve obligado a operar con frecuencias de caracteres genéticos de una determinada raza con las que no está acostumbrado a trabajar ⁴⁶.

Otros supuestos problemáticos que requieren un cálculo de probabilidad de paternidad específico mediante ordenador son, entre otros, los llamados *Brüder-Fälle* (si se duda sobre cuál de dos o más hermanos es el padre) ⁴⁷, *Inzest-Fälle* (casos en que existe parentesco entre el presunto padre y la madre) ⁴⁸, y *Mehr-*

⁴⁴ Como observa ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, no debemos olvidar que la decisión última la debe tomar el Juez, y no el Perito. El informe pericial debe facilitar al Juez un medio objetivo para la adopción de la decisión. El Perito ha de poner en conocimiento del Juez las conclusiones genéticas y estadísticas objetivamente obtenidas, dejando que el Juez valore globalmente con el resto de la prueba y determine la decisión final («Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial», *La Ley*, 1995-2, p. 995).

⁴⁵ Reproducen esta tabla, SEIDEL, *op. loc. cit.*, p. 244, y RAUSCHER, *op. cit.*, pp. 128 y 129.

En las nuevas *Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten* del año 2002 (*FamRZ*, 2002, Heft 17, p. 1160) se dice expresamente que a un valor de probabilidad de 99,9 por 100 corresponde el predicado verbal «paternidad prácticamente probada».

⁴⁶ Vid. HUMMEL, «Das Blutgruppengutachten; seine Bedeutung vor Gericht», *loc. cit.*, p. 609, y «Abstammungsbegutachtung...», *loc. cit.*, p. 38.

⁴⁷ Si se trata de gemelos idénticos habrá que recurrir a otras pruebas distintas del análisis del ADN para determinar la paternidad. Así lo entiende HEGNAUER, aunque en el Derecho suizo en general se da preferencia al análisis del ADN respecto de las declaraciones de las partes y de los testigos (*Grundriss des Kindesrechts*, Bern, 1999, pp. 108 y 109).

⁴⁸ HUMMEL, «Das Blutgruppengutachten; seine Bedeutung vor Gericht», *loc. cit.*, p. 609.

mannfälle (cuando son varios los hombres cuya paternidad está en liza)⁴⁹.

Especialmente interesante me parece la posibilidad de que en los denominados *Defizienzfälle*, en los que el supuesto progenitor o la madre han muerto o son ilocalizables, pueda calcularse la probabilidad de la paternidad practicando las pruebas biológicas a sus próximos parientes (padres, hijos, hermanos)⁵⁰.

Como ya he dicho, la prueba de la paternidad no se alcanza con un 100 por 100 de seguridad matemática. Sin embargo comparto la opinión de Hummel cuando diferencia la que él llama certeza lógica de la que denomina certeza empírica. Según este autor sería irrazonable exigir que la sentencia judicial proporcionase una certeza lógica, pues se tendría que declarar (o no) la paternidad únicamente cuando se tuviese la completa seguridad de que el presunto padre lo es (o no). Por ello, conforme a principios de experiencia, para considerar probada la paternidad sólo debe exigirse la certeza empírica, apreciable en cada caso particular, que existe cuando la verosimilitud de la paternidad es muy elevada (lindante en seguridad)⁵¹.

En nuestro país estima el TS que la paternidad es prácticamente segura y procede declararla con una $W \geq 99,9$ por 100. También ha considerado, en ocasiones, que es admisible su declaración con un porcentaje de verosimilitud de la paternidad inferior si existen otras pruebas que apuntan en el mismo sentido (véase, por ejemplo, las SSTs de 30 de junio de 1989 [RJ 1989/4798], 20 de diciembre de 1991 [RJ 1991/9473], 7 de febrero de 1996 [RJ 1996/1245] y 26 de septiembre de 1997 [RJ 1997/6863]).

¿Ante tan altos porcentajes de probabilidad de la paternidad quién se atrevería hoy a seguir poniendo reparos a la prueba biológica positiva? ¿Es acaso cualquier otra prueba (la testifical, la de presunciones...) fiable en un 100 por 100, o siquiera en un 90 por 100?

⁴⁹ Según HUMMEL, la fórmula de Essen-Möller está pensada para los casos en que se cuestiona la paternidad de un solo hombre. En «Zweimannfällen» (casos en que se discute sobre la paternidad de dos varones) se aplica la fórmula de Essen-Möller y Quensel, cuando se sabe que el padre ha de ser uno de dos hombres. En los supuestos de «Drei- und Mehrmannfälle» (al estar en juego la paternidad de tres o más varones) son aplicables las fórmulas de Essen Möller y Quensel, así como la de Schulte-Möntig y Hummel (según los casos) (HUMMEL, «Nochmals: Vaterschaftsfeststellung nach dem neuen Nichtehelichenrecht», *NJW*, 1971, 24, p. 1073; «Mathematisches...», *loc. cit.*, p. 832; «Abstammungsbegutachtung...», *loc. cit.*, p. 38, y «Zur serostatistischen “Vaterschaftswahrscheinlichkeit”», *NJW*, 24, 1979, p. 1240).

⁵⁰ Véase HUMMEL, «Das Blutgruppengutachten; seine Bedeutung vor Gericht» *loc. cit.*, p. 609; «Abstammungsbegutachtung...», *loc. cit.*, p. 38; «Vaterschaftsfeststellung nach dem Tode; § 1600 n BGB», *DAVorm*, 1977, p. 5, y «Zur “Beweislagè in Fällen strittiger Abstammung aus der Sicht des Blutgruppengutachters», *Zs. f. Rechtsmedizin*, 1983, pp. 214 y 215, sobre todo.

⁵¹ HUMMEL, «Mathematisches zur...», *loc. cit.*, p. 832.

En cualquier caso, cuando el órgano judicial siga albergando dudas sobre los resultados de la prueba biológica propuesta por las partes y practicada, siempre podrá solicitar una investigación complementaria (véase la STS de 11 de julio de 1991 [RJ 1991/5377]).

4. PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE PLANTEA EL ANÁLISIS DEL ADN

Las pruebas biológicas de la paternidad son pruebas periciales pese a su especialidad (STS de 21 de diciembre de 1989 [RJ 1989/8858]), por lo que les son aplicables las normas que regulan este medio de prueba (sobre nombramiento de peritos, juramento y aceptación del cargo, recusación de los mismos, etc...).

Al ser aplicable a las pruebas biológicas la disciplina de la prueba pericial, el Juez tendrá que valorarlas según las reglas de la sana crítica sin estar obligado a sujetarse al dictamen de los peritos (art. 348 LEC). De donde se sigue que la valoración de la prueba pericial es libre por parte del Juez que tomará en consideración (o no) las máximas técnicas que aporten los peritos según le convenzan (o no) conforme a sus máximas de experiencia jurídica común⁵². En consecuencia, en teoría, la prueba del ADN no gozan de ninguna preeminencia sobre las demás, por lo que puede declararse la paternidad sobre la base de otras pruebas prescindiendo del análisis del ADN, o con fundamento en la apreciación conjunta de unas y otra⁵³ (véanse, SSTS de 12 de noviembre de 1987 [RJ 1987/8396] y 6 de mayo de 1997 [RJ 1997/3676]). Ha dicho, además, el TS que no es absolutamente precisa la prueba biológica (STS de 17 junio 1998 [RJ 1998/4131]) y que no ha de acudir necesariamente en primer lugar a las pruebas biológicas y después, cuando éstas no sean posibles, a las demás (STS de 8 julio 1986 [RJ 1986/4423]). No obstante, en la práctica, lo recomendable es que siempre que sea posible se realice el análisis del ADN y que el Juez lo valore teniendo en cuenta su acreditada eficacia probatoria, superior con mucho al de las restantes pruebas.

⁵² En este sentido, en la Sentencia de 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8229) el TS afirma: «Los tribunales no están obligados a someterse a las decisiones de los dictámenes periciales y de concurrir varios pueden atender al que se presente más completo, definidor y más objetivo para resolver la contienda».

⁵³ Como se dice expresamente en la sentencia del TS de 12 noviembre 1987: «puede declararse la paternidad con base en otras pruebas sin necesidad de acudir a las biológicas, o con base en la apreciación conjunta de unas y otras, como permite el citado artículo 127 del CC».

Lo dicho me lleva a tratar la cuestión de si puede prosperar el recurso de casación fundado en error en la apreciación del dictamen pericial.

El TS, bajo la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil sostuvo que la apreciación y valoración de la prueba pericial es función privativa del Tribunal *a quo*, a cuyo criterio debe estar-se, ya que sujeto su proceso valorativo sólo a las reglas de la sana crítica y no constatadas éstas en normas legales preestablecidas, tal criterio no puede ser sometido a revisión si el mismo es razonable y lógico, máxime cuando el recurso de casación no es una tercera instancia (SSTS de 17 de marzo de 1988 [RJ 1988/2211]; 5 de mayo de 1989 [RJ 1989/3661]; 17 de junio de 1992 [RJ 1992/5319]; 7 de marzo de 1998 [RJ 1998/1040], 15 de diciembre de 1999 [RJ 1999/8229]; y 11 de diciembre de 2001 [RJ 2001/9995]). Sin embargo, también sostuvo que en casos de error notorio en la valoración de la prueba pericial hay posibilidad de casar dicha valoración cuando el juzgador *a quo* tergiverse ostensiblemente las conclusiones periciales, o falsee de forma arbitraria sus dictados, o extraiga deducciones absurdas o ilógicas (SSTS de 20 de febrero de 1992 [RJ 1992/1329], 13 de octubre de 1994 [RJ 1994/7547] y 5 de octubre de 1998 [RJ 1998/7557])

El TS ha abordado recientemente esta cuestión en sentencia de 14 de julio de 2004 (RJ 2004/4673). En este caso el hueso fémur del supuesto padre fallecido, como resto óseo que presentaba más garantía para obtener ADN de cierta calidad, estaba fuertemente degradado y por eso se consideró que no era útil para un estudio de la filiación. En la sentencia de primera instancia –confirmada luego por la de segunda instancia– se estimó íntegramente la demanda y se declaró con fundamento en otras pruebas que los actores eran hijos extramatrimoniales del varón cuya paternidad se reclamaba. En el recurso de casación interpuesto por los demandados se alegó efectivo error de derecho por haber sido valorada la prueba pericial con irracionalidad manifiesta por el tribunal de instancia, ya que si hubiera sido objeto de análisis y debida valoración probatoria se habría llegado a la conclusión de que el resultado de la misma no determinaba la paternidad reclamada. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. Razonó así su decisión: «la apreciación de la prueba biológica por la Sala *a quo* es del todo correcta, pues básicamente no atendió a la misma por no ser posible para decidir y estimar la paternidad reclamada y tuvo en cuenta fundamentalmente las otras pruebas obrantes en las actuaciones, que sí resultan las determinantes, por lo que no procede la infracción denunciada del artículo 1.253 del Código Civil, ya que de este

modo se ataca el *factum* que se sienta probado, es decir, básicamente la convivencia efectiva de los padres en el momento de la concepción de los demandantes, convivencia que fue prolongada en el tiempo, lo que resultó hecho público en la localidad donde tenían su residencia. Esta Sala en casos parecidos de reclamación de paternidad no matrimonial atribuida a padre fallecido (Sentencias de 23 de septiembre de 1996 y 15 de diciembre de 1999) declaró que ha de tenerse muy en cuenta las pruebas suministradas influyentes, aparte de las biológicas, cuando se presentan contundentes, como sucede en el caso que nos ocupa».

En la actualidad, aunque las reglas de la sana crítica tampoco se regulan en precepto alguno de la Ley Rituaria, su infracción debería admitirse como fundamento del recurso de casación *ex* artículo 477.1 –en el que se establece como único motivo de tal recurso: «la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso»– en los casos extremos en que la apreciación de la prueba del ADN por la sentencia contraría la más elemental lógica humana. En consecuencia, si la valoración de dicha prueba incurre en error notorio, porque el juzgador *a quo* tergiversa ostensiblemente las conclusiones periciales o extrae de la pericia deducciones absurdas o ilógicas, dicha valoración debe ser susceptible de ser revisada en casación⁵⁴.

La prueba del ADN, como prueba pericial, posee ciertas peculiaridades o características propias que la diferencian de las otras pruebas de esa clase, debido fundamentalmente a que el objeto sobre el que recae la pericia es la persona humana, o lo que es (casi) lo mismo, ciertas cualidades físicas suyas. Esto hace que la normativa que regula la prueba pericial, no pensada para este tipo de pericia, resulte insuficiente, e incluso a veces inadecuada para solventar muchas de las dificultades que se plantean.

Así, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil da primacía a la pericia de parte y un tratamiento secundario a la tradicional pericia judicial, en los procedimientos de filiación lo usual es que no se aporte ningún dictamen pericial con los escritos iniciales de demanda y contestación a la demanda⁵⁵, porque para realizarlo

⁵⁴ En sentido parecido, pero, refiriéndose a la prueba pericial en general, se pronuncian SERRA DOMÍNGUEZ, «La prueba pericial», *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Coordinador Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol, vol. II, Barcelona, 2000, pp. 325 y 326, y MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II (arts. 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000, p. 2258.

⁵⁵ Sobre la práctica extrajudicial de pruebas biológicas, véase MANDOFIA BERNEY, «L'expertise en paternité sur demande privée», *ZVW*, 1998, p. 137, y REICHELTL/SCHMIDT/SCHMIDTKE, «Zulässigkeit und gerichtliche Verwertbarkeit privat veranlaßter Abstammungsgutachten», *FamRZ*, 1995, 13, pp. 777 ss.

deberían cooperar los directamente implicados, lo que difícilmente se conseguirá cuando entre las partes existe contienda sobre la filiación⁵⁶.

No obstante, como la vida es rica en acontecimientos y situaciones, no hay que descartar la posibilidad de que a pesar de haberse practicado extrajudicialmente, con el consentimiento de ambas partes, una prueba de ADN que demuestra la paternidad, los presuntos padre e hijo prefieran acudir a un procedimiento contencioso para que se determine la filiación paterna con más seguridad y firmeza que mediante un reconocimiento. En este caso, una o ambas partes podrán aportar el dictamen pericial con los escritos iniciales.

Si se medita un poco se llega a la conclusión de que la posibilidad de que el supuesto padre y el hijo se pongan de acuerdo para determinar su relación paterno-filial judicialmente no debe ser ignorada o rechazada sin más, porque solo así la filiación deviene inamovible (dejando al margen el llamado recurso de revisión). A lo que se debe añadir que un centro de reconocido prestigio, como el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, no atiende las peticiones extrajudiciales de práctica de pruebas biológicas provenientes de sujetos privados.

En el supuesto resuelto por la sentencia del TS de 13 de mayo de 2000 (RJ 2000/3411) el pleito fue suspendido a petición de los litigantes. Cuando la actora solicitó la reanudación del proceso presentó pruebas biológicas extraprocesales acreditativas de la paternidad reclamada. El demandado aportó expediente gubernativo de reconocimiento de paternidad tramitado en el Registro Civil. El Magistrado que debía resolver el asunto dictó Auto –que fue confirmado por la Audiencia Provincial– decretando el archivo de las actuaciones por considerar que el objeto litigioso desapareció y era innecesario dictar sentencia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo por entender que «no resulta satisfactoria y de recibo la conclusión decisoria alcanzada por los juzgadores de instancia de que el pleito quedó desprovisto por completo de objeto litigioso y la sentencia que cerraría el mismo resultaba innecesaria, al tratarse de decisión desprovista de todo apoyo legal como queda ya dicho, pues la resolución judicial ostenta condición de título de determinación

⁵⁶ Además, la pericia judicial siempre será preferible por sus mayores ventajas (superior credibilidad del perito judicial, al haber sido designado imparcialmente, sin haber sido elegido por una sola parte; mayor posibilidad de contradicción en trámite de aclaraciones; inclusión en la tasación de costas de las devengadas por el perito judicial). Así, SERRA DOMÍNGUEZ, «La prueba pericial», *loc. cit.*, pp. 283, 307 y 310.

legal de la filiación reclamada, dando así protección y cobertura a los intereses del menor directamente interesado y no lo obstaculiza las pruebas biológicas extraprocesales que se aportaron, que actuarían, en todo caso, como pruebas anticipadas, sin perjuicio del derecho de las partes a pedir su ratificación o práctica en lo que estimasen conveniente».

En la hipótesis de práctica extrajudicial de la prueba del ADN que se aporta con alguno de los escritos iniciales, si alguno de los sujetos implicados no consintió su realización, tanto cuando se practique con muestras suyas obtenidas sin su colaboración (por ejemplo, un cabello, saliva impregnada en un chicle, etc.), como con muestras tomadas de parientes próximos que han prestado su consentimiento, la cuestión de su ilicitud por violación del derecho a la intimidad y del derecho a la libertad personal del afectado (ya que la obtención de determinadas muestras aptas para el análisis del ADN, como las descritas, no atenta propiamente contra la integridad corporal) puede suscitarse de oficio por el propio tribunal o por la otra parte planteando un incidente, con el fin de determinar si dicha prueba es lícita o no, conforme al artículo 287 LEC⁵⁷.

Sobre la trascendencia de un informe pericial realizado a petición de parte que se limita a hacer una valoración crítica del dictamen emitido en autos, ha dicho el TS, en Sentencia de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998/1040): «lo único que hacen los suscriptores del mismo es una crítica o valoración de la prueba pericial biológica practicada en el proceso, con plena y total ignorancia de que la valoración de toda prueba pericial es de la única y exclusiva competencia del órgano judicial correspondiente». En otro caso más reciente resuelto por la sentencia del TS de 2 de julio de 2004 (RJ 2004/5453) no se valoró la prueba biológica practicada sólo a instancia del demandado como éste pretendía por considerar que en esta prueba se incumplieron los requisitos procesales fundamentales que garantizan su correcta obtención, de intervención judicial, contradicción y publicidad entre las partes. Por esto apreció el TS que los juzgadores de instancia entendieron correctamente que no era válida dicha prueba e insistieron con acierto en que se practicase en la forma procesal debida, a lo que el deman-

⁵⁷ Sobre la ilicitud de las pruebas obtenidas, dice OCAÑA RODRÍGUEZ, que se alega y juzga al comienzo de la vista de los juicios verbales (art. 287) y siempre antes de comenzar la prueba como cuestión previa (art. 433.1 para el juicio ordinario). Contra las resoluciones del Juez sobre inadmisión o admisión de pruebas ilícitas sólo cabe la protesta inmediata y la posterior apelación (art. 446) («El juicio verbal y de estado civil en la nueva LEC. Ausencia de verdadero procedimiento y problemas derivados», *La Ley*, 2001-4, D-136, pp. 1620 ss.).

dato se negó, siendo valorada su negativa como correspondía (esto es, como indicio a favor de la paternidad).

En el supuesto de que la investigación de la filiación recaiga sobre una persona fallecida, como ya expuse, puede practicarse el análisis del ADN a partir de muestras de tejidos y sustancias corporales (por ejemplo biopsias fijadas que pudieran existir en algún centro hospitalario, restos de saliva en sobres y sellos de cartas enviadas por el fallecido...), a partir de restos óseos y piezas dentales procedentes de la exhumación del cadáver del presunto progenitor biológico, o analizando el material genético de parientes próximos del mismo.

La fiabilidad de los resultados de las pruebas biológicas depende mucho del Centro donde se practique la pericia, pues dichas pruebas tienen que realizarse en laboratorios bien equipados, con personal muy acreditado y con técnicas rigurosas. Son pruebas de larga elaboración y carestía en su realización. De ahí que el TS haya apreciado que el hecho de que el informe lo emita un centro distinto del inicialmente designado no puede producir indefensión a la parte que no ha pedido la práctica de pruebas biológicas, cuando la razón del cambio es la sustitución en favor de un organismo de plena solvencia, si además esa sustitución fue oportunamente notificada a las partes, recurrida y resuelta ya en segunda instancia (STS de 5 de abril de 1990 [RJ 1990/2701]).

En atención a la gran complejidad de la prueba del ADN está plenamente justificado solicitar el dictamen pericial a instituciones o centros de alto nivel científico y tecnológico conforme al artículo 340.2 LEC, porque disponen de importantes medios y cualificados profesionales. En estos casos se exigirá juramento o promesa de decir verdad y actuar con la mayor objetividad posible a la persona que se encargará de realizarlo (art. 340.3 LEC)⁵⁸.

En España se cuenta con centros especializados y con competentes profesionales (en algunas sentencias del TS como en las de 20 de mayo de 1991 [RJ 1991/3717]; 6 de junio de 1991 [RJ 1991/4423]; 27 de enero de 1993 [RJ 1993/506]; y 29 de septiembre de 1998 [RJ 1998/7320], se menciona como centro de indudable garantía a estos efectos al Instituto Nacional de Toxicología, dependiente del Ministerio de Justicia, aunque existen también muchos otros de reconocida solvencia profesional⁵⁹), por lo que no cabe objetar que

⁵⁸ Consúltense, RIFÁ SOLER, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II (arts. 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000, p. 1603.

⁵⁹ Véase, FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación*, cit., p. 25.

la infraestructura de nuestro país no permite la práctica de la prueba del ADN⁶⁰.

Ha dicho el TS que «no resulta procedente efectuar descalificaciones de organismos o personas cuando sus razonadas opiniones no son todo lo favorables que uno desearía; ni cabe hablar de indefensión, aduciendo la problemática posibilidad de que otro informe pericial pudiera ser más beneficioso para los intereses que se defienden» (cfr. SSTS de 18 de febrero de 1992 [RJ 1992/1316] y de 4 de mayo de 1999 [RJ 1999/2881]).

No obstante sería recomendable que se establecieran unos requisitos mínimos de calidad de trabajo de los laboratorios y de cualificación profesional de los peritos que realizan el análisis del ADN, además de otras medidas sobre la toma y custodia de las muestras necesarias para dicho análisis, de modo similar a como se hace en Alemania en las *Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten* del año 2002⁶¹. En la actualidad contamos con la Orden de 8 de noviembre de 1996 por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología⁶², que está desfasada y cuya modificación o sustitución por otra es inminente.

Aunque es muy elogiable que en la disposición adicional tercera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se prevea literalmente: «El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Interior, y previos los informes legalmente procedentes, regulará mediante Real Decreto la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión nacional sobre el uso forense del

⁶⁰ Según FÁBREGA RUIZ, un indicador importante de la solvencia científica del equipo que ha realizado la prueba y de la metodología usada para la misma es que el laboratorio cumpla las normas elaboradas por la Sociedad Internacional de Hemogenética Forense –ISFH en siglas inglesas– y que los especialistas que practiquen las pruebas formen parte de esta asociación y posean la formación científica, teórica y práctica en Biología Forense –al menos tres años de formación– suficiente (*Biología y filiación, cit.*, pp. 24 y 25).

Según CARRACEDO/BARROS, «La prueba de paternidad exige hoy un alto nivel de especialización y sólo los laboratorios que cumplen las recomendaciones de la ISFH y sus grupos de trabajo están en disposición de realizar la prueba con las garantías y el nivel de eficacia exigible en la actualidad» («El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de la paternidad», *loc. cit.*, p. 195).

Se ha creado por la ISFH una Comisión con el fin de que se establezcan unos criterios uniformes a nivel internacional sobre el análisis del ADN para resolver problemas de paternidad.

⁶¹ *FamRZ*, 2002, 17, pp. 1159 ss. Véanse, también, las complementarias *Leitlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten* del año 2002 (*FamRZ*, 2003, 2, pp. 81 y 82).

Comentan las *Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten* del año 2002: *ORGIS*, «*Neue Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten und die Konsequenzen für den Kindschaftsprozeß*», *FamRZ*, 2002, 17, pp. 1157 ss.; y MARTÍN/MUCHE/ZANG, «*Kritische Stellungnahme zu den neuen Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten*», *FamRZ*, 2003, 2, pp. 76 ss.

⁶² *BOE* núm. 308, de 23 diciembre 1996.

ADN, a la que corresponderá la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las Leyes»; lo que me parece criticable es que todo eso sólo se refiera a los procedimientos de investigación criminal.

Al reparo que puede hacerse sobre el elevado coste de dichas pruebas⁶³, cabe oponer que no es de ningún modo comparable con el que habrá de soportar un hombre declarado padre por error al tener que pagar alimentos al que legalmente figure como su hijo. A lo que se debe añadir que en atención al elevado valor probatorio de las pruebas biológicas, su coste no puede considerarse desproporcionado respecto de los resultados (altamente fiables) obtenidos con las mismas.

Además de las cuestiones problemáticas recién apuntadas que suscita la realización del análisis del ADN y su articulación en el proceso merecen ser abordadas en particular por su importancia y trascendencia las siguientes: proposición y práctica de dicha prueba; quienes deben consentir su realización, y cómo solventar la espionosa situación que se origina cuando alguno de los sujetos que debe someterse al análisis del ADN se niega a ello.

5. PROPOSICION Y PRÁCTICA DEL ANÁLISIS DEL ADN

En los procesos de filiación, el análisis del ADN se puede practicar a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes (*cf.* art. 752.1.2.º pfo.).

Por sustanciarse los procesos de filiación por los trámites del juicio verbal, con demanda y contestación a la demanda por escrito (arts. 753 y 405 LEC), las partes han de solicitar la práctica de

⁶³ El coste actual de las pruebas biológicas ha de considerarse módico, en atención a los precios que se establecen en la Orden de 24 de febrero de 1999 por la que se fija la cuantía de los precios públicos de los servicios prestados por el Instituto de Toxicología (*BOE* núm. 77, del miércoles 31 de marzo de 1999). De esta Orden resulta que los estudios de ADN para determinar la paternidad cuestan, por individuo, 50.000 pesetas, precio que hay que convertir a euros conforme a la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre la introducción del euro (*cf.* arts. 2, 7 y 11). Observa, no obstante, don Juan Antonio Luque, Técnico Facultativo del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses del Departamento de Barcelona, que este precio no cubre el gasto real.

pruebas biológicas y la designación judicial de perito en esos escritos iniciales en los que deberá justificarse la pertinencia y utilidad del dictamen pericial solicitado (art. 339.2 y 3 LEC)⁶⁴.

Si ninguna de las partes solicita la práctica del análisis del ADN dicha prueba normalmente se realizará a petición del Fiscal⁶⁵.

En el acto de la vista podrá cualquiera de las partes solicitar la práctica de alguna prueba biológica y la designación judicial de perito cuando las alegaciones o pretensiones complementarias o aclaratorias que se hubieran formulado en la vista suscitasen a las partes la necesidad de pedir un dictamen pericial⁶⁶ (por ejemplo, a otro perito de distinto centro para contrastar resultados, o al mismo perito un estudio más exhaustivo mediante el análisis de más marcadores de ADN o con la inclusión de más parientes del supuesto padre fallecido). La consecuencia derivada de la admisión de esta petición será la interrupción de la vista (cfr. art. 193.1.2.º LEC)⁶⁷.

La designación judicial de perito no se produce de forma automática una vez solicitada. El tribunal debe valorar la petición y sólo accederá a designar perito si considera que la prueba biológica solicitada es útil y pertinente (art. 339.2 LEC). La solicitud de designación judicial de perito por el tribunal podrá ser denegada por éste cuando entienda que la prueba biológica solicitada es

⁶⁴ Sobre lo inusual que resulta la aportación de pruebas biológicas con los escritos iniciales de demanda y contestación a la demanda consúltese el apartado anterior.

⁶⁵ En la circular núm. 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, se afirma sobre la proposición de prueba biológica por el Ministerio Fiscal en los procesos de filiación: «el propio artículo 767.4 parece abonar la idea de la improcedencia de la prueba biológica cuando la determinación de la paternidad o maternidad se logra por otros medios probatorios. No obstante, al no ser posible conocer, en el trámite de proposición de prueba, si los medios distintos de la prueba biológica tendrán éxito, la misma deberá ser, en todo caso, admitida. En particular, en aquellos casos en los que concurra el reconocimiento expreso de ambas partes, en la medida en que ello puede equivaler a una transacción, prohibida en este tipo de procesos, el Fiscal habrá de promover la práctica de la misma. Es, por ello, que el Fiscal propondrá la práctica de la prueba biológica, con carácter general, cuando, en atención a los criterios expuestos, la considere necesaria para acreditar la paternidad o maternidad discutidas» (*BIMJ*, suplemento al núm. 1912, de 1 de marzo de 2002, p. 947).

⁶⁶ En este caso, para que se acuerde la designación judicial de perito se exige en el artículo 339.3 LEC: 1.º) que el dictamen se considere pertinente y útil; 2.º) que ambas partes se muestren conformes con el objeto de la pericia, y 3.º) que ambas partes estén conformes en aceptar el dictamen del Perito que el Tribunal nombre. Véase el comentario que sobre estos requisitos hace RIFÁ SOLER, *op. loc. cit.*, pp. 1599 y 1600. En particular interesa destacar que cuando concurren dichos requisitos, el Tribunal parece obligado a acordar la prueba biológica solicitada, en cambio, cuando solicite la designación judicial de Perito en la vista una sola de las partes, el Tribunal puede decidir libremente sobre su admisión o no teniendo en cuenta su utilidad y pertinencia.

⁶⁷ Seguramente se ajusta más a la realidad en la mayor parte de los casos la posibilidad de celebrar nueva vista (cfr. art. 193.1.2.º LEC), haciendo el señalamiento para la fecha más inmediata posible, porque resultará realmente difícil, por no decir imposible, proceder a la designación del Perito y a la realización de la prueba biológica antes de los veinte días que establece como plazo máximo de interrupción el artículo 193.3 LEC.

impertinente por no guardar relación con el objeto del proceso, o bien inútil por no contribuir al esclarecimiento de los hechos controvertidos (art. 283 LEC). No obstante, pienso que difícilmente puede ser declarada impertinente o inútil una prueba de ADN cuando se solicita por primera vez en un proceso de filiación, al ser necesaria, decisiva y la más idónea para resolver de modo concluyente la mayoría de los litigios sobre filiación⁶⁸. En este sentido se afirma en la STS de 16 de julio de 2004 (RJ 2004/5178): «la realización de esa prueba pericial no sólo adquiere la condición de pertinente, sino también de necesaria, hasta tal punto que la nueva legislación procesal la desvincula del principios de aportación de parte (art. 752.1, párrafo segundo LECiv)». En otras sentencias el TS considera a las pruebas biológicas como un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación (*sic*, entre otras, la STS de 16 junio 2004 [RJ 2004/3855]). En la sentencia de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004/1718) el TS afirmó que en los supuestos que pudiéramos calificar de intermedios (es decir, en aquellos en que existen indicios a favor de la filiación pero insuficientes para que se declare la paternidad con fundamento sólo en ellos) resulta esencial la prueba biológica, cuya fiabilidad roza el 100 por 100.

Tras analizar la solicitud de práctica del análisis del ADN y de designación judicial de perito hecha por una parte o por ambas, el tribunal dictará auto, pronunciándose sobre la admisión o no de la prueba biológica propuesta⁶⁹ y, si ha lugar a ello, designará al perito (arts. 285, 206.2.2.^a y 339.2.pfo. 3.^o).

Dicho Auto deberá dictarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda⁷⁰, con independencia

⁶⁸ Como observa OCAÑA RODRÍGUEZ, «La prueba biológica desde luego casi nunca será impertinente (pues se refiere a los hechos alegados y controvertidos: no es aquella *quae ad obiectum non pertineat*). Tampoco puede ser inútil por definición pues es apta *per se* para lograr el resultado apetecido. Todo lo más puede ser superflua o *ad abundantiam*, motivo nunca suficiente para excluirla» («La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 sobre filiación, desde una perspectiva procesal», *PJ*, diciembre 1994, núm. 36, p. 129).

⁶⁹ Si el Juez no acuerda la prueba del ADN, su resolución puede ser objeto de recurso de reposición (art. 285 LEC).

⁷⁰ Parece que la voluntad del legislador es conseguir el acuerdo de las partes sobre la designación judicial de Perito. Como observa SERRA, la nueva LEC ha olvidado pronunciarse en torno al procedimiento necesario para obtener dicho acuerdo. Entiende este autor que cuando la petición de designación judicial de Perito se haya efectuado en los escritos de demanda o contestación será indispensable una citación de las partes dentro de los cinco días previstos para la designación judicial de perito (art. 339.2.3). Cuando se disfrute del derecho de asistencia jurídica gratuita, la designación de Perito recaerá en el personal técnico adscrito al órgano jurisdiccional o, en su defecto, en funcionarios técnicos dependientes de la Administración pública, y en defecto de ellos serán designados por insaculación (art. 339.1, en relación con el art. 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita). En los restantes supuestos, cuando no se haya conseguido el acuerdo de las partes, el procedimiento normal de designación judicial será a través del sistema llamado de «listas corridas» regulado en el

de quien haya solicitado la designación judicial de perito (art. 339.2, pfo. 3.º LEC)⁷¹. Contra este Auto cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto. Si se desestimare este recurso la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia (art. 285 LEC). Parece que si se pide la práctica de nuevas pruebas biológicas y la designación judicial de perito en la propia vista, el Auto que admita o rechace tal petición deberá dictarse oralmente en la propia vista y documentarse en el acta (*cf.* arts. 285 y 210 LEC)⁷².

Conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, dictado el Auto designando al perito judicial, deberá comunicarse la designación al perito en el plazo de cinco días. Se le otorgará, a su vez, a éste un plazo de otros cinco días para que manifieste si acepta el cargo. Si el perito acepta el cargo se efectuará su nombramiento (art. 342.1 LEC)⁷³ y, en teoría, se le señalará un plazo dentro del cual hará llegar su dictamen (que ha de emitir por escrito) al tribunal⁷⁴, con el fin de poder disponer del informe pericial antes de la vista⁷⁵. Del

artículo 341 LEC, partiendo de unas listas remitidas en el mes enero cada año por los Colegios Profesionales, Academias e Instituciones culturales y científicas, efectuándose la primera designación por sorteo en presencia del Secretario Judicial, y las siguientes por orden correlativo (consúltese SERRA DOMÍNGUEZ, «La prueba pericial», *loc. cit.*, p. 300).

⁷¹ En cuanto a las costas es suficiente decir aquí que cada parte debe abonar el dictamen que haya solicitado. Cuando se haya solicitado de mutuo acuerdo se abonarán los honorarios a partes iguales, sin perjuicio en ambos supuestos de lo que pudiera acordarse en materia de costas (art. 339.2 LEC).

De la asistencia pericial gratuita se ocupan el artículo 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y los artículos 45 y 46 del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, que aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

⁷² *Vid.*, FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II (artículos 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000, p. 1324.

⁷³ Conforme al artículo 342.1 LEC: «En el plazo de cinco días desde la designación, se comunicará ésta al Perito titular, requiriéndole para que, dentro de otros cinco días, manifieste si acepta el cargo. En caso afirmativo, se efectuará el nombramiento y el Perito hará, en la forma en que se disponga, la manifestación bajo juramento o promesa que ordena el apartado 2 del artículo 335». Según el artículo 335.2 LEC: «Al emitir el dictamen, todo Perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como Perito».

⁷⁴ Cuando utilizo el término «tribunal» lo hago en sentido amplio, refiriéndome indistintamente tanto a los órganos judiciales unipersonales como a los colegiados, tal como hace la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, en cuya Exposición de Motivos se indica que «se opta por referirse al órgano jurisdiccional con el término “tribunal”, que, propiamente hablando, nada dice del carácter unipersonal o colegiado del órgano. Con esta opción, además de evitar una constante reiteración, en no pocos artículos, de la expresión “Juzgados y Tribunales”, se tiene en cuenta que, según la legislación orgánica, cabe que se siga ante tribunales colegiados la primera instancia de ciertos procesos civiles».

⁷⁵ En sentido diferente se pronuncia GARCÍA POVEDA en cuanto dice: «la prueba pericial biológica en los procesos de filiación no se regirá por los principios de toda prueba pericial habida cuenta de que el Juez únicamente tendrá conocimiento sobre la admisión o no de la prueba una vez celebrada la vista prevista en este tipo de procedimientos, ya que a

dictamen se dará traslado a las partes por si consideran necesario que el perito concurra a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la presencia del perito en la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado (art. 346 LEC).

Como no es posible llevar a cabo la prueba del ADN en la vista, ha de ser objeto del oportuno señalamiento (día y hora, que el centro donde haya de practicarse la pericia habrá fijado previamente), con el fin de que se practique antes de la vista. La Ley ordena efectuar el señalamiento «mediante providencia, con al menos cinco días de antelación» (art. 290 LEC)⁷⁶.

Efectuado el señalamiento, será en todo caso precisa la citación de las partes, con al menos cuarenta y ocho horas de antelación, para la práctica de las pruebas biológicas, ya que son pruebas que han de practicarse fuera de la vista (art. 291).

En cuanto al lugar, como la toma de muestras para el análisis del ADN no se suele verificar en la sede del tribunal, conforme al artículo 290 LEC, con el señalamiento del día y hora en que ha de realizarse, el tribunal determinará y notificará el lugar de que se trate (*v. gr.* el centro donde el perito realizará la extracción de sangre o de otras muestras).

Sobre la intervención de las partes y de sus Abogados en las actuaciones de prueba hay que destacar que las partes pueden acudir al lugar señalado para la extracción de sangre o de otras muestras a analizar con su respectivo Letrado (*cf.* art. 345 LEC)⁷⁷. Y si el tribunal accede a la intervención del perito en la vista, las partes a través de su Abogado pueden formularle preguntas y objeciones, pedirle explicaciones y aclaraciones, solicitar la ampliación del dictamen a puntos conexos, criticar el dictamen de que se trate a través del perito propio y formular las tachas que pudieran afectar al perito (art. 347 LEC).

la vista de la prueba practicada en la misma será el momento en que el Juez tendrá elementos de juicio para decidir sobre la admisión o no de las mismas. Así lo había manifestado entre otras la Sentencia de casación de 24 de mayo de 1989. Por lo que debemos deducir que estas pruebas serán admitidas, en su caso, una vez se hayan practicado la totalidad de las pruebas propuestas por las partes en el acto del juicio» («Las pruebas biológicas en los procesos de filiación. Cómo se soluciona la negativa del sujeto a la práctica de las pruebas de ADN», *NJBosch*, octubre-noviembre 2003, p. 2).

⁷⁶ Según FERNÁNDEZ URZAINQUI, este lapso de tiempo de cinco días se computa desde la fecha de la providencia de señalamiento, no desde su notificación, que ha de producirse preceptivamente en el plazo máximo de tres días desde su fecha o publicación (art. 151.1) (*op. loc. cit.*, p. 1361).

⁷⁷ La toma de muestras es una de las varias operaciones que se llevan a cabo al practicar pruebas biológicas. Otras, como el análisis de las muestras, valoración de los resultados, conclusiones y redacción del dictamen, debe realizarlas el Perito de forma individual sin que haya lugar a la intervención de las partes ni del Tribunal.

Con todo, el perito no suele acudir a la vista por la habitual claridad del resultado del informe pericial. Solo en contadas ocasiones se estima pertinente que asista, por ejemplo, cuando el presunto padre falleció y la prueba del ADN se practica con muestras tomadas de familiares. Por otra parte cuando se requiera la presencia del perito en la vista no hay que descartar la posibilidad de que intervenga por videoconferencia, porque así se evitan los gastos de desplazamiento del perito y que éste pierda tiempo innecesariamente⁷⁸.

Sin perjuicio de las pruebas biológicas que se practiquen a instancia de las partes y/o del Ministerio Fiscal, el Juez podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes, de acuerdo con lo que disponen los artículos 282, 339.5 y 752.1.2.º, pfo. LEC. Sobre este aspecto destaca el TS en sentencia de 31 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9007): «tal planteamiento desconoce el importante componente de orden público presente en los procesos de filiación que debilita correlativamente los principios dispositivo y de aportación de parte, según resultaba del hoy derogado artículo 127 del Código Civil en relación con el artículo 39.2 de la Constitución y con la doctrina del Tribunal Constitucional en sus sentencias 7/94 y 95/99 en cuanto imponen al juzgador una especial atención para el logro de la prueba biológica; según resulta ahora, con más claridad si cabe, de los artículos 751 y 752 LECiv/2000, y, en fin, según ha declarado esta Sala, específicamente sobre la obligación de los tribunales de procurar la práctica de la prueba biológica y sobre pruebas de esta clase no practicadas dentro del período probatorio y acordadas para mejor proveer, en sus sentencias de 6 de octubre de 1993, 1 de julio de 1996, 20 de febrero y 26 de septiembre de 1997, 18 de febrero y 7 marzo de 1998 y 27 de noviembre de 2001».

En concreto, pensando sin duda en la prueba pericial biológica, el artículo 339.5 expresamente prevé: «El tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad...».

⁷⁸ En este sentido, en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2002, de 1 de marzo, sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia, se dice: «Podrá resultar especialmente idónea la videoconferencia cuando, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o Perito o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial. De esta manera, se puede evitar el desplazamiento de los peritos que colaboran frecuentemente con la Administración de Justicia (Instituto Nacional de Toxicología, Médicos Forenses, Agencia del Medicamento, unidades especializadas de Policía Científica, etc.), quienes podrán aprovechar su jornada laboral de forma más eficiente centrándose en la elaboración material de los dictámenes, especialmente los que presten sus servicios en organismos públicos de ámbito territorial amplio» (*BIMJ*, suplemento al núm. 1935, de 15 febrero 2003, pp. 667 y 668).

Para acordar de oficio la práctica de pruebas biológicas no tendrá que esperar el tribunal a las diligencias finales pues éstas se prevén para el juicio ordinario, no para el juicio verbal⁷⁹. Por eso, en cualquier momento del procedimiento podrá decretar el tribunal la prueba biológica que estime necesaria⁸⁰.

En los casos en que la paternidad tenga que ser declarada en un proceso penal –por ser la filiación consecuencia de un delito contra la libertad sexual (art. 193 CP)– en virtud del principio inquisitivo propio del mismo, el Juez penal podrá pedir que se realicen todas las pruebas biológicas que estime necesarias sin más.

En nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 290.1 y 440.1, pfo. 2.º) se establece la concentración de la prueba en el acto de la vista, su práctica en «unidad de acto», como regla general. Como excepción, la Ley permite la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, el acto probatorio de que se trate no pueda realizarse en el momento procesal generalmente previsto (art. 293.1). Si el tribunal considera fundada la petición, que puede formularse antes de iniciarse o una vez iniciado el proceso, dispondrá, por medio de providencia, que las actuaciones se practiquen cuando se considere necesario, siempre con anterioridad a la celebración de la vista (art. 294.2). Con fundamento en esta regulación legal entiendo que puede solicitarse la toma de muestras para el análisis de ADN antes de iniciar el procedimiento de filiación cuando exista el temor fundado de que con posterioridad ello ya no va a ser posible o resultará muy complicado (por ejemplo, por el reciente o inminente fallecimiento del presunto padre, que además puede desear ser incinerado en vez de inhumado tras su muerte)⁸¹.

Fuera de los supuestos en que sea urgente e inaplazable la toma de muestras para realizar el análisis del ADN yo no creo necesario solicitar

⁷⁹ Aunque para algunos autores caben las diligencias finales en los juicios verbales (véanse ORTIZ AGUIRRE/RUBIO GARCÍA/RUIZ MARTÍN/SERRETA PESQUERA, en *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy [coordinadores], Barcelona, 2003, pp. 121 ss., en especial la p. 134, y HOYA COROMINA, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II [artículos 281 al 555], coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000, p. 1935), creo que son innecesarias en los procesos de filiación porque las partes tienen su momento procesal para proponer pruebas y, como ya he dicho en el texto principal, el artículo 339.5 LEC expresamente prevé que el Tribunal podrá, de oficio, designar Perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación.

⁸⁰ Véase SANCHO GARGALLO/ORTUÑO MUÑOZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. III (artículos 556 al 827), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000, p. 3414.

⁸¹ En este sentido se pronuncian, refiriéndose al Derecho francés, BELLIVIER/BRUNET/LABRUSSE-RIOU, «La filiation, la génétique et le juge: où est passée la loi?», *RTDC*, 1999, pp. 530 ss., p. 536.

en general su práctica anticipada *ex* artículo 293 LEC, pues simplemente basta con esperar a que se realice el análisis del ADN para señalar la fecha para la celebración de la vista⁸². En la práctica no se suele señalar la vista hasta que se ha practicado la prueba biológica⁸³.

Hay que plantear la posibilidad de que las pruebas biológicas se realicen en segunda instancia si no tuvieron lugar en la primera. Entiendo, con fundamento en el artículo 460.2 LEC, que en el escrito de interposición del recurso de apelación se puede pedir la práctica en la segunda instancia del análisis del ADN: 1. Cuando hubiere sido indebidamente denegado en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria y se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista; 2. Cuando se hubiere propuesto y admitido en la primera instancia y, por cualquier causa no imputable al que lo solicitó, no hubiere podido practicarse (art. 460.2.1.º y 2.º LEC).

Además, según el artículo 460.3 LEC: «El demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido

⁸² Por lo dicho en el texto principal, no me acaba de convencer la solución propuesta (creo que con cierto escepticismo) en la Circular núm. 1/2001, de la Fiscalía General del Estado, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, en los siguientes términos: «si bien la LEC prevé que la proposición y práctica de la prueba admitida se efectúe durante el desarrollo de la vista (art. 443.4), resulta obvio que, por la propia singularidad de la prueba biológica, su práctica, de ser admitida, no podrá llevarse a cabo en dicho acto, originando, con ello, la interrupción de la vista en los términos del artículo 193 LEC. Dicho precepto dispone, además, que la misma se reanuda una vez desaparecida la causa que motivó su interrupción y si ello no ocurre dentro de los veinte días siguientes, se procederá a la celebración de una nueva vista. A fin de evitar, en lo posible, la sistemática interrupción de las vistas y su inevitable duplicidad que terminarían por desvirtuar su desarrollo ante su más que certera interrupción, resulta aconsejable que el Fiscal solicite la práctica anticipada de la prueba biológica de forma que su resultado pueda ser incorporado a la vista. Para ello se hará uso de la previsión contenida en el artículo 293 LEC que permite solicitar del Tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. Aunque no se desconoce el esfuerzo interpretativo que conlleva la aplicación, a estos supuestos, del citado precepto, tal solución se erige en la más coherente con el espíritu de simplificación procedimental que inspira a la LEC, aun a costa de extender hasta límites impropios el concepto de prueba anticipada. En consecuencia, el Fiscal demandante propondrá la prueba biológica y solicitará su práctica anticipada en el escrito de demanda y, cuando no actúe como promotor del proceso, lo hará en el escrito de contestación. De no ser admitida anticipadamente, los señores Fiscales la propondrán en el acto de la vista» (*loc. cit.*, p. 947).

⁸³ Dice OCAÑA RODRÍGUEZ: «en los juicios de estado civil o matrimoniales, las normas existentes permiten que la prueba pericial con designación de perito judicial, a proponer en los escritos iniciales (art. 339), se lleve a cabo antes de la vista, suspendiéndola si es preciso o más bien no señalándola hasta que no se haya dado el dictamen por escrito; aunque podría también procederse a la celebración de la vista en orden a las restantes pruebas personales sin que la prueba, la tardanza de los trámites en torno a la prueba pericial determinara la nulidad de la vista, cuando se sobrepasaran los veinte días de rigor...» («El juicio verbal...», *loc. cit.*, pp. 1624 y 1628).

para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho»⁸⁴.

Sea como fuere, las pruebas biológicas han de practicarse en primera o en segunda instancia, sin que ello sea procesalmente posible en casación, dado el carácter extraordinario de este recurso. Excepcionalmente, en el asunto resuelto por la sentencia de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6400) los litigantes, en forma extra-procesal, llevaron a cabo la prueba biológica, que aportaron a la casación y fue admitida con el fin de procurar justicia efectiva y evitar dilaciones injustificadas, pues dio como resultado una probabilidad de paternidad del demandante de 99,996 por 100, lo que equivale a paternidad prácticamente probada, y fue aceptada íntegramente por las partes, con todas sus consecuencias, derechos y deberes para ambos progenitores.

Por lo demás, el TS ha apreciado en alguna ocasión, al conocer de un asunto en el que se reclamaba la filiación extramatrimonial y se impugnaba la ya determinada, que no hay ninguna necesidad de solicitar otra vez el recibimiento a prueba en la segunda instancia si los demandados anunciaron en la primera de forma rotunda y clara la conducta obstruccionista que pensaban seguir, negándose a colaborar en la práctica de las pruebas propuestas por el actor, pues semejante actitud «excusaba por inútil una nueva petición, dado que el proceso no es un juego (mucho menos los que tienen un objeto como el presente) que permita a las partes a su arbitrio y con olvido del principio de buena fe (artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) actuaciones contradictorias, en pugna con el más elemental respeto al principio de los actos propios. La repetición de las pruebas tiene sentido cuando, por causas justificadas o dificultades surgidas para su práctica, no pudieron efectuarse, pero no cuando se ha manifestado una voluntad renuente a prestar la colaboración requerida. Si esto último ocurre —como en el caso que examinamos acontece—, la prueba debe tenerse por celebrada, aunque haya entonces que valorar consecuentemente la conducta procesal de la parte» (*vide*, SSTS de 28 de noviembre de 1995 [RJ 1995/8364] y de 7 de julio

⁸⁴ Observan ILLESCAS RUZ/PÉREZ LÓPEZ, refiriéndose a la decisión de admisión o no de la práctica de prueba en segunda instancia: «Aunque la Ley no prevé expresamente las facultades impugnativas que asisten a las partes respecto de la decisión que se adopte sobre la prueba, por aplicación de la regla general enunciada en el artículo 451, el Auto total o parcialmente estimatorio o denegatorio podrá ser recurrido en reposición por la parte disconforme, al objeto de poder reproducir la cuestión, en su caso, en el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 454)» (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II [artículos 281 al 555], coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000, p. 2178).

de 2004 [RJ 2005/5000] ; resulta también interesante el ATC de 2 de octubre de 1996 en el que se inadmite el recurso de amparo interpuesto contra la recién citada sentencia del TS de 28 de noviembre de 1995 por los demandados [RTC 1996/97]). Pienso que esta doctrina sigue siendo válida en la actualidad bajo la vigencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando no se realiza el análisis del ADN ni en primera ni en segunda instancia por causas ajenas a la parte que las propuso, creo que ésta puede interponer el recurso extraordinario por infracción procesal alegando vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, que es uno de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE (*ex art.* 469.1.4.º LEC), siempre que el recurrente haya denunciado en la instancia la vulneración del artículo 24 CE, y cuando, de haberse producido en la primera, haya reproducido la denuncia en la segunda instancia. La Ley de Enjuiciamiento Civil también exige que si la violación del artículo 24 de la CE produjo falta o defecto subsanable, se haya pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas (art. 469.2 LEC). Cuando concurren estos presupuestos hay que tener por cumplido el requisito del artículo 44.1.e) de la LOTC, que, a efectos de admisibilidad del amparo constitucional, impone que en el proceso se haya invocado formalmente la vulneración del derecho fundamental «tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar a ello»⁸⁵.

Si la sentencia que resuelve el recurso extraordinario por infracción procesal aprecia que existió la vulneración alegada del derecho a utilizar las pruebas biológicas en un proceso de filiación, en cuanto son medios de prueba pertinentes para la defensa de la parte que las propuso en un proceso de esa índole, la Sala ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la vulneración (art 476. 2. pfo 4 LEC)⁸⁶. Por razones de economía procesal creo que es suficiente que se retrotraigan las actuaciones al periodo probatorio de la segunda instancia, porque lo que se persi-

⁸⁵ Sobre esto, véase MUÑOZ JIMÉNEZ, *op. loc. cit.*, p. 2226

⁸⁶ En el caso resuelto por la conocida Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) –cuando, por lo tanto, todavía no estaba vigente la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil–, el TS acordó reponer las actuaciones al momento posterior a la celebración de la vista, ordenando como diligencias para mejor proveer, la práctica de la prueba biológica, por considerar que no haber practicado la prueba biológica ni en primera ni en segunda instancia causó indefensión a la parte que promovió tal prueba.

En la Sentencia 3/2005, de 17 de enero (RTC 2005/3), que se cita después en el texto, el TC anuló todas las resoluciones frente a las que se demandaba amparo, incluida la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la misma, para que se pronunciase una nueva sentencia en la que se respetase el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en concreto, a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.

que es que se practique el análisis del ADN para garantizar el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y con esa mínima retroacción ese fin ya se logra.

Sobre esta cuestión es muy ilustrativa la STC 3/2005, de 17 de enero (RTC 2005/3), en la que se considera vulnerado el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa –tras señalar los rasgos esenciales de este derecho fundamental– por denegación injustificada y directamente imputable a los órganos judiciales de una prueba de ADN que suponía la exhumación del cadáver para la extracción de muestras.

Bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 el TS entendió que no puede alegar indefensión por no practicarse la prueba biológica la parte que no la propuso ni se adhirió a ella (STS de 18 de octubre de 1988 [RJ 1988/7585]). Pienso que esta doctrina debe seguir siendo válida en la actualidad.

En un supuesto en que la prueba biológica de paternidad no pudo practicarse por la actitud obstruccionista de los demandados, el TS afirmó que éstos no podían alegar indefensión por no haber admitido la Audiencia Provincial la práctica de determinadas pruebas propuestas por ellos cuando precisamente los demandados habían impedido la práctica de una de las pruebas principales del proceso (STS de 17 de junio de 2004 [RJ 2003/3618]).

6. PERSONAS QUE DEBEN CONSENTIR LA PRÁCTICA DEL ANÁLISIS DEL ADN

Hay que distinguir varios supuestos, en función de la capacidad del sujeto que debe someterse al análisis del ADN, en concreto, según se trate de un mayor de edad o un emancipado, de un menor de edad o de un incapacitado. Como en la actualidad el fallecimiento de la persona que debía someterse a las pruebas biológicas no impide su práctica, también examinaré el supuesto del análisis del ADN *post mortem*.

6.1 MAYOR DE EDAD O EMANCIPADO

Dar el consentimiento para la realización de un análisis de ADN entraña el ejercicio de un derecho estrictamente personal. Por eso todo sujeto mayor de edad no incapacitado, en cuanto tiene la plena capacidad de obrar general, puede consentirlo por sí mismo,

ya se trate de cualquiera de los padres o del hijo⁸⁷. Al mayor de edad se equipara, a estos efectos, el emancipado y quien ha obtenido el beneficio de la mayor edad, conforme al artículo 323 CC.

6.2 MENOR DE EDAD

Más delicado es decidir quién ha de consentir la práctica de un análisis del ADN si la persona que ha de someterse a esa prueba es un menor de edad.

Cuando se trata de menores que tienen suficiente discernimiento para darse cuenta de las consecuencias que puede tener su aceptación o su negativa a someterse al análisis del ADN, corresponde a ellos tomar la decisión de consentir o no su práctica⁸⁸. La apreciación de la capacidad debe hacerse en este supuesto caso por caso. Es defendible esta posición con fundamento en el artículo 162.2.1.º CC y en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Si los menores no tienen suficiente capacidad, debe consentir su sometimiento al análisis de ADN su representante legal, ya se trate del progenitor no privado de la patria potestad en el momento de prestar el consentimiento o del tutor.

Cuestión de gran importancia práctica se plantea cuando el representante legal del menor se niega a consentir que éste se someta al análisis de ADN si esta decisión es contraria al interés del menor. Así suele suceder cuando el presunto padre reclama la paternidad y la madre se niega a que a su hijo le sean extraídas muestras para el análisis de ADN. En principio, esta actitud obstruccionista de la madre a la práctica de esta prueba es contraria al interés del hijo, por lo que se debe intentar hallar una solución que respetando los derechos fundamentales de las personas implicadas no vulnere el derecho del hijo a que su filiación se averigüe y determine.

En Inglaterra, la *Family Law Reform Act 1969* (s. 21 [3]) preveía que cuando la persona que se ha de someter a pruebas hematólogicas es un niño menor de dieciséis años la muestra de sangre sólo podía ser tomada con el consentimiento de la persona que tuviera la guarda y custodia del mismo.

⁸⁷ Así, MANDOFIA BERNEY, *op. loc. cit.*, p. 137, y OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España, cit.*, p. 203.

⁸⁸ Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Comentario a la Sentencia del TS de 14 de octubre de 1985», *CCJC*, 1985, núm. 9, 240, p. 2999, y QUICIOS MOLINA, «Comentario a la Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2002», *CCJC*, 2003, núm. 62, 1667, pp. 502 ss.

Los tribunales, sobre todo durante la década de los años noventa, vacilaron sobre si aplicar o ignorar el principio de que la persona que tiene la guarda y custodia del hijo puede negarse a consentir que a éste le sean tomadas muestras de sangre para realizar pruebas biológicas.

En algún caso, el Juez que conoció del asunto consideró que en interés del niño debía llevarse a cabo una prueba hematológica y con ese fin mandó que fuera puesto (temporalmente) bajo la guarda y custodia de un *Official Solicitor* para que éste consintiera la práctica de dicha prueba al menor. Así lo decidió el Juez Hale en *Re R. (blood test: Constraint)* [1998]⁸⁹.

Sin embargo, en *Re O and J (Paternity: Blood Tests)* [2000]⁹⁰, el Juez Wall estimó que tal solución era una estrategia ilícita en cuanto eludía la ley, ya que ni la *Family Law Reform Act 1969*, ni la *inherent jurisdiction* del tribunal, la permitían. Por ello hizo un llamamiento al Parlamento para que se reformara la ley –ya que además de no proteger el mejor interés del niño, no se atenia a la *Human Rights Act 1998*– y se confiriera directamente poder al tribunal para ordenar la práctica de pruebas biológicas al menor, de considerarlas procedentes en su interés, prescindiendo de la negativa de la persona que tenga la guarda y custodia⁹¹.

La *Child Support, Pensions and Social Security Act 2000*, clause 82 (3) reformó la *section 21 (3)* de la *Family Law Reform Act 1969* al disponer que en caso de que la persona con la guarda y custodia de un niño menor de dieciséis años no consienta la toma de muestras de sangre, las muestras pueden ser tomadas si el tribunal considera que es lo que más interesa al niño⁹².

En nuestro ordenamiento jurídico a falta de regulación expresa sobre este aspecto parece que la solución más atinada es nombrar un defensor judicial que preste el consentimiento que se niega a dar el representante legal del menor, ya que ni se concede expresamente al representante la facultad de negarse a autorizar la toma de muestras al niño (como se establecía antes en la inglesa *Family Law Reform Act 1969*), ni se prevé de forma expresa que el Juez puede ordenar directamente la toma de muestras del menor⁹³ como en el vigente Derecho inglés.

⁸⁹ Véase STANDLEY, *Family Law*, London, 2001, p. 210.

⁹⁰ Puede encontrarse este asunto en www.lawreports.co.uk/fam-jan0.1.htm

⁹¹ Véase CRETNEY, *Family Law*, London, 2000, p. 196, y STANDLEY, *op. cit.*, p. 210.

⁹² Consúltese: www.hmso.gov.uk/acts/acts2000/00019-m.htm, y OLDHAM, *Blackstone's Statutes on Family Law 2003-2004*, Oxford, 2003.

⁹³ QUICIOS MOLINA parece que considera admisible en la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico, el sometimiento del menor a las pruebas biológicas por decisión del Juez (*op. loc. cit.*, pp. 501 y 502).

En ciertos procesos de filiación ha apreciado el TS la existencia de intereses opuestos entre un progenitor y el hijo, por lo que ha considerado necesario el nombramiento de un defensor judicial.

En la Sentencia de 5 de junio de 1997 (RJ 1997/4605), el TS decretó la nulidad de las actuaciones con reposición de las mismas a la presentación de la demanda, para que por la instancia se procediera a nombrar un defensor judicial al menor demandado en el litigio de impugnación de la paternidad en el que fue representado por su madre, todo ello por considerar que la madre codemandada al aspirar con su oposición a que se mantuviera la filiación matrimonial no defendía el interés del menor en que se averiguase su filiación biológica⁹⁴.

En la Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9484)⁹⁵ la Sala de oficio decretó la nulidad de las actuaciones a partir del momento procesal inmediatamente anterior al de dictar sentencia en el recurso de apelación por la Audiencia Provincial, para permitir la actuación en el proceso del defensor judicial que nombrase el Tribunal de instancia y la práctica de la prueba pericial biológica (en sentido parecido véase las SSTs de 4 de marzo de 2003 [RJ 2003/2538] y 8 de julio de 2004 [RJ 2004/5239]).

En un supuesto similar a los anteriores recién mencionados, en concreto, en un proceso de reclamación de la filiación paterna en el que el supuesto padre sólo demandó a la madre, el TS, en sentencia de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/433), decretó la absolución en la instancia para permitir, si así lo estimaba oportuno el demandante, dirigir la demanda contra la demandada, el Ministerio Fiscal y el menor de edad representado por defensor judicial (véase también STS de 5 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8026]).

En la sentencia de 9 de julio de 2004 (RJ 2004/5246), tras desestimar la demanda sin entrar en el fondo del asunto –por apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandado el hijo respecto del cual el supuesto progenitor reclamaba la paternidad– el TS añadió el siguiente razonamiento complementario sobre la necesidad de que se hubiera nombrado defensor judicial al hijo: «indicamos que el artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2 de este ordenamiento; la representación legal de los padres, en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la

⁹⁴ Es interesante el comentario crítico de la sentencia del TS de 5 de junio de 1997 que hace OCAÑA RODRÍGUEZ, en: «Una sentencia que prescinde del papel del Fiscal en los procesos de filiación: la Sentencia del TS de 5 de junio de 1997», *La Ley*, 1998-2, D-115, pp. 2030 ss.

⁹⁵ Comenta esta sentencia, QUICIOS MOLINA, *op. loc. cit.* pp. 489 ss.

realización de uno o varios actos, se compruebe 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 siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses. En este caso, además, son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil, y si hubiera sido demandado el hijo menor de edad, conforme a lo previsto en el artículo 299.1 del Código Civil, era necesario el nombramiento de un defensor judicial que le representara y amparase sus intereses»

Cierto es que en la actualidad, al ser siempre parte el Ministerio Fiscal en los procesos de filiación (*ex art. 749 LEC*), bajo cuya protección se encuentran los intereses del menor, puede parecer innecesario nombrar un defensor judicial⁹⁶, sin embargo, el propósito de intentar evitar causar hasta los más mínimos perjuicios al menor puede justificar tal nombramiento, ya que creo que no es lo mismo que el menor acuda al centro donde se le han de tomar muestras para el análisis de ADN acompañado de un miembro del Ministerio Fiscal desconocido para él, que de alguien próximo que haya asumido el cargo de defensor judicial (*v. gr.* un hermano, un abuelo), nombrado para ese concreto asunto (*art. 163 CC*)⁹⁷. Con todo, en función de las circunstancias concurrentes, en algún caso podría resultar suficiente la intervención del Ministerio Fiscal e innecesario nombrar un defensor judicial (piénsese en la posibilidad, admisible en mi opinión, de que se tomen muestras al menor [*v. gr.*, cabellos, saliva...]) por personal cualificado en el propio Juzgado dando fe de ello el Secretario Judicial). En cualquier caso

⁹⁶ Así, OCAÑA RODRÍGUEZ, «Una sentencia que prescinde del papel del Fiscal en los procesos de filiación: la Sentencia del TS de 5 de junio de 1997», *loc. cit.*, pp. 2030 ss., y QUICIOS MOLINA, *op. loc. cit.*, pp. 496 ss.

⁹⁷ Parece que consideran procedente el nombramiento de un defensor judicial al menor en los procesos de filiación cuando los intereses de éste no coinciden con los de su representante legal, MAYOR DEL HOYO, «Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio), *ADC*, 1998, pp. 924 ss.; MORENO MARTÍNEZ, «Comentario a la Sentencia del TS de 5 de junio de 1997», *CCJC*, 1997, núm. 45, 1222, pp. 1098 ss., y CARBAJO GONZÁLEZ, «Las acciones de impugnación de la filiación en la jurisprudencia (a propósito de la Sentencia del TS de 5 de junio de 1997)», *Act. Civ.*, 2000-1, doctrina VIII, pp. 175 ss.

se debería otorgar expresamente al Juez la facultad de decidir si el menor ha de someterse o no al análisis del ADN.

Cuando se pretende impugnar la paternidad determinada legalmente con el fin de reclamar otra, en principio, si quien figura formalmente como padre ostenta la patria potestad, en teoría deberá consentir el sometimiento del menor al análisis del ADN junto con la madre. A no ser que exista un conflicto de intereses entre el hijo y el padre formal, en cuanto, por ejemplo, el primero puede tener interés en que se determine su verdadera filiación y el segundo en que no salga a la luz su no paternidad. En tal supuesto creo que es suficiente el consentimiento de la madre para que se practiquen pruebas biológicas al menor, porque cuando existe un conflicto de intereses entre el hijo y el padre o la madre corresponde al otro por ley representar al menor (*cf.* art. 163 CC). Si ambos, padre y madre, tienen un interés opuesto al del hijo, deberá que actuar en nombre de éste, consintiendo la realización del análisis del ADN, conforme a la jurisprudencia del TS, un defensor judicial⁹⁸.

Además, el Juez podrá adoptar las medidas cautelares de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor *ex* artículo 768 LEC (por ejemplo, suspender el ejercicio de la patria potestad).

Si durante el proceso de filiación los hijos alcanzan la mayoría de edad (o se emancipan) no habrá lugar a nombrarles defensor judicial –por ser sus intereses contrarios a los de su padre y/o madre inscritos como tales en el Registro civil– sino a ordenar su audiencia para que manifiesten lo que estimen necesario respecto a la cuestión litigiosa e, incluso, para que soliciten la práctica de pruebas que también estimen oportunas, como la del ADN (STS de 30 de junio de 2004 [RJ 2004/4282]).

6.3 INCAPACITADO

Dependerá del grado de incapacidad determinado en la sentencia de incapacitación que el incapaz pueda consentir por sí solo someterse al análisis del ADN.

Si la incapacidad es total o grave huelga decir que deberá prestar el consentimiento el representante legal del incapaz. En caso de que exista conflicto de intereses entre ellos, la solución ha de ser la

⁹⁸ Es interesante, sobre este tema, el trabajo de MANDOFIA BERNEY, «L'expertise en paternité sur demande privée» (*loc. cit.*, pp. 138 ss.), aunque se refiere al Derecho suizo y piensa en la hipótesis en que las pruebas biológicas se practican extraprocionalmente.

misma que en el supuesto del menor de edad que carece de capacidad para consentir por sí solo someterse al análisis del ADN.

6.4 REALIZACIÓN DEL ANÁLISIS DEL ADN *POST MORTEM*

La Ley de Enjuiciamiento civil y el Código civil contemplan la posibilidad de que los herederos tanto del actor como del demandado en un proceso de filiación intervengan en el mismo en caso de fallecer su causante, por lo que deben tener la oportunidad de valerse del análisis del ADN *post mortem*, pues resultaría paradójico privarles del principal y más fiable medio de prueba.

La posible realización del análisis del ADN *post mortem* plantea el problema de determinar cuándo, siendo útil y pertinente, es exigible su práctica si para ello es necesario exhumar el cadáver.

Parece que tal problema debería resolverse teniendo en cuenta dos criterios: 1.º la voluntad *ante mortem* que el fallecido pudo manifestar; y 2.º la actitud de los herederos del difunto.

En atención a la voluntad *ante mortem* que el fallecido pudo manifestar es posible distinguir las siguientes hipótesis: *a)* el fallecido no se pronunció ni de forma afirmativa ni de forma negativa; *b)* consintió la práctica del análisis del ADN pero su fallecimiento impidió que se llevara a cabo; *c)* se opuso a la realización de pruebas biológicas. Examinémoslas detenidamente:

a) Como en nuestro ordenamiento jurídico se exige el consentimiento del sujeto que ha de someterse al análisis del ADN para que se realice, si en vida no se pronunció sobre la posibilidad de que se practicaran pruebas biológicas, en teoría deberían consentir sus herederos su realización, pues es a éstos (no a los descendientes) a quienes la Ley encomienda defender la posición procesal de su causante en los procesos de filiación, a lo que se debe añadir que el resultado del pleito muy probablemente les perjudicará o beneficiará directamente.

En caso de no existir acuerdo entre todos los herederos debería bastar con que uno sólo consienta la práctica del análisis del ADN para que el Juez pueda ordenar su realización, si los intereses en juego lo aconsejan (*v. gr.*, el interés del hijo en que su verdadera filiación sea determinada).

No obstante creo que en la hipótesis ahora estudiada lo mejor sería dejar que el Juez decidiera si ha lugar o no a practicar el análisis del ADN del presunto padre fallecido, prescindiendo de lo que opinen sus herederos, pues lo más probable es que éstos obren egoístamente como más les conviene, sin tener presente el interés

del supuesto hijo, que es sin duda el más digno de protección en los procesos de filiación. De hecho, parece que en la práctica suele decidir el Juez, sin contar con los herederos, si procede o no realizar el análisis del ADN *post mortem*

En el supuesto de hecho que dio lugar al Auto del Tribunal Constitucional 149/1999, de 14 de junio (RTC 1999/149 Auto), los actores en su demanda de amparo alegaron la vulneración de los derechos a la vida e integridad física, al honor, intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la dignidad de la persona, producida por la decisión judicial de admitir como prueba la toma de muestras del cadáver de su tío con el objeto de acreditar, mediante un análisis de ADN, la paternidad de éste respecto del demandante, sin existir un principio de prueba que amparase esa pretendida paternidad.

El Tribunal Constitucional en el Auto 149/1999, de 14 de junio, apreció: 1.º que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como «fundamento del orden político y la paz social»; 2.º que titular del derecho a la vida y a la integridad física sólo puede serlo la persona humana viva, pues aunque sin duda la persona ya fallecida, como realidad jurídicamente distinta, ha de ser objeto de una particular protección jurídica, esa protección nunca podrá tener respaldo constitucional en los derechos fundamentales del artículo 15 CE; 3.º la toma de muestras orgánicas de un cadáver para practicar una prueba de ADN, acordada en el seno de un proceso judicial en el que se ejercita una acción de investigación de la paternidad, en modo alguno puede suponer una conculcación del derecho al honor, pues la constitución de la relación paterno-filial, con los consiguientes efectos jurídicos, no es susceptible de ser jurídicamente examinada en términos de honor o deshonor; 4.º únicamente el derecho a la intimidad familiar podría haberse vulnerado por la resolución del Juzgado, en cuanto que garantiza la posibilidad de contar con un ámbito de conocimiento exclusivamente reservado a los integrantes de la familia y, por tanto, jurídicamente protegido frente a la injerencia ajena, que no se identifica necesariamente con el que individualmente corresponde a cada uno de sus miembros.

En ese caso concreto no se apreció la lesión del derecho a la intimidad familiar porque el demandante cumplió con su obligación inicial de aportar un principio de prueba de la paternidad del fallecido que justificaba la práctica de la prueba pericial biológica.

En otro asunto similar resuelto por la STS de 2 de julio de 2004 (RJ 2004/5452) se opuso la esposa del supuesto padre fallecido a la práctica de las pruebas biológicas con los restos exhumados de su

difunto marido. Es interesante destacar que el TS entendió que la prueba del ADN fue correctamente admitida y practicada con fundamento en los siguientes argumentos: «I. De los derechos de exclusión sobre bienes de la personalidad (excluido, por razones obvias, el que tiene por objeto la integridad física del ser humano) la cuestión se plantea respecto de la intimidad, en el sentido de ámbito propio y reservado, frente a la acción y conocimiento de los demás, que resulta necesario para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese derecho fundamental está regulado en la sección primera del capítulo segundo de la Constitución Española (art. 18.1), lo que constituye razón para que sigamos la doctrina del Tribunal Constitucional sobre él, en cuanto intérprete supremo de la norma que lo regula (art. 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre). II. Fácilmente se advierte que no es adecuada la equiparación que efectúa la recurrente entre su posición y la que tendría su marido en la hipótesis de vivir y, por repercusión, entre la necesidad de consentimiento de uno y otra y las consecuencias de su falta. Aunque los artículos 4 y 5 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, legitiman a la persona designada en el testamento o a determinados parientes para el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida, es lo cierto que la personalidad se extingue con la muerte (art. 32 del Código Civil). Ni siquiera el heredero es en nuestro sistema un continuador de la personalidad del difunto. Por ello, como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, muerta la persona y extinguida su personalidad, desaparece el mismo objeto de la protección constitucional. III. Lo dicho, sin embargo, no impide que la demandante, como cónyuge viudo, sea titular del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 de la Constitución Española y Sentencia 231/1988, antes mencionada) referido o proyectado sobre el cadáver de su marido. Esta es la perspectiva desde la que debe ser examinada la cuestión suscitada con el motivo. IV. El enjuiciamiento de la misma ha de partir de una afirmación reiterada por el Tribunal Constitucional en la interpretación de aquella norma: las partes de un litigio en que se ejerciten acciones de investigación de la paternidad tienen el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por el órgano judicial competente, para no colocar a la otra en una situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución Española, ya que no podrá justificar su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes (Sentencia 95/1999, de 31 de mayo). Realmente, se produce en estos casos una colisión entre derechos fundamentales de las partes

implicadas (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero). Colisión que, en el supuesto litigioso, se da entre el derecho a la intimidad familiar de la viuda recurrente y el derecho de la demandante a no sufrir indefensión en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación. Y ese conflicto debe resolverse tomando en consideración que el derecho a la intimidad no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, y Auto 103/1990, de 9 de marzo). V. En conclusión, no se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen limitaciones al mismo del tipo de las que han llevado a la demandante a formular el motivo. La negativa de la recurrente a la práctica de la prueba no estaba justificada, pues había indicios serios de la conducta atribuida al difunto y la prueba había sido admitida como pertinente (al respecto, Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, y Auto 245/2000, de 26 de octubre). De ahí que se deba entender que la prueba fue correctamente admitida y practicada».

En el caso resuelto por la STS de 7 de julio de 2004 (RJ 2004/5105) la prueba biológica se practicó mediante objetos o piezas de convicción del presunto padre (fallecido) y con muestras de saliva de las presuntas hijas no matrimoniales y madre de éstas, sin la intervención ni cooperación de la parte demandada. En el recurso de casación ésta pretendió que se acordase la nulidad de todo lo actuado en la primera instancia a partir del auto en el que se admitió la práctica de la prueba pericial biológica por violación de derechos fundamentales. El TS consideró improcedente la nulidad de actuaciones solicitada (no alegada en la primera instancia) y subrayó: «que la materia de filiación y paternidad es de orden público por el interés general de que la realidad de las relaciones paterno filiales corresponda a la inscripción registral y a la consideración social».

b) Cuando el fallecido manifestó de algún modo su voluntad a favor de que se practicaran las pruebas biológicas, la voluntad contraria de sus herederos no ha de impedir la práctica del análisis del ADN, ya que sin duda el interés particular de éstos en que no se realice debe posponerse al deseo de su causante y al interés del supuesto hijo en que se esclarezca la filiación.

Un caso peculiar puede plantearse si el padre manifestó su deseo de reconocer al hijo y no hizo realidad tal deseo por sobrevenirle la muerte. En su voluntad favorable a la determinación de la filiación del hijo hay que considerar implícito el consentimiento a

someterse a la pruebas biológicas, en cuanto éstas tienden al cumplimiento de ese deseo⁹⁹. De no entenderlo así pienso que se actuaría injustificadamente en contra de la voluntad del difunto.

Asimismo, si antes de fallecer el presunto padre envió una muestra de su sangre o de cualquier otro fluido o tejido corporal a un laboratorio para asegurarse extrajudicialmente de la realidad de su paternidad, hay que interpretar que su voluntad era favorable a la práctica del análisis del ADN en un procedimiento judicial.

c) Si el fallecido se negó en vida a someterse a las pruebas biológicas pero tras su muerte consienten su práctica sus herederos, parece que lo más oportuno y correcto es hacer una ponderación de todos los intereses en conflicto, porque también hay que tomar en consideración los intereses de los herederos en la medida en que puedan resultar perjudicados o beneficiados directamente por la decisión del pleito, pues además hay que suponer que el causante no deseaba su perjuicio.

Sobre esta cuestión ha tenido gran resonancia en Francia el *affaire Yves Montand*, por tratarse de una de las personas más célebres de la vida parisina de los años cincuenta a los noventa, por sus facetas de artista y defensor de las libertades.

El supuesto de hecho fue el siguiente: Aurore Drossart nació el 6 de octubre de 1975 y fue reconocida sólo por su madre Gilbert Drossart, quien en 1989 intentó una acción de reclamación de la paternidad y, subsidiariamente, una *action à fins de subsidies* contra Yves Montand. El *Tribunal de grande instance de Paris*, el 3 de abril de 1990 rechazó la primera acción pero ordenó una prueba biológica antes de pronunciarse sobre la segunda. Yves Montand realizó diversas maniobras dilatorias para retrasar la extracción de sangre. Murió el 9 de octubre de 1991. Tras su emancipación Aurore intentó una acción de reclamación de la paternidad que el *Tribunal de grande instance de Paris* acogió el 6 de septiembre de 1994 con fundamento en la Ley núm. 93-22 de 8 de enero de 1993, declarando la paternidad de Yves Montand sobre la base de indicios graves y de sus maniobras dilatorias interpretadas como negativa a someterse a las pruebas biológicas. En apelación, la *Cour d'appel de Paris* el 4 de julio de 1996 ordenó una prueba biológica sobre los miembros de la familia del difunto y, posteriormente, previa exhumación del cadáver, por no oponerse a ello sus

⁹⁹ Véase BEIGNIER, «Quasi fur. Mort brutale et expertise génétique», *D., jurisprudence*, 2000, p. 620.

herederos, una prueba biológica *post mortem* sobre el propio difunto, de la que resultó no ser Yves Montand el padre de Aurora ¹⁰⁰.

Algunos autores han criticado duramente la práctica de la prueba biológica *post mortem* en el *affaire Yves Montand* por considerar que atenta contra el respeto debido a los muertos ¹⁰¹. Hay autores que invocan la legalidad francesa sobre bioética alegando que el artículo 16.11 *Code civil* exige el consentimiento previo y expreso del interesado para la práctica de las pruebas biológicas que no puede prestar quien ha fallecido.

Sin embargo, también se ha dicho que desde un punto de vista práctico hay que elegir entre el respeto debido a la voluntad del fallecido y los derechos del hijo que no deben sufrir ninguna restricción, y que al no poder conseguir el consentimiento para la práctica de las pruebas biológicas por tratarse de una persona fallecida debe apreciar y decidir el Juez si los intereses en juego exigen la realización de la prueba biológica *post mortem* ¹⁰².

En un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que no es admisible la práctica forzosa de pruebas biológicas, en principio debería respetarse la voluntad del fallecido de no someterse a las pruebas biológicas si fue manifestada claramente.

No obstante, hay que tener presente que tras el fallecimiento de la persona sobre la que recaía la carga de someterse a las pruebas biológicas no se debe desdeñar el interés de la otra parte litigante en que se averigüe la paternidad real ni los intereses de los herederos del fallecido cuando éstos están de acuerdo en la práctica de las pruebas biológicas *post mortem*, porque de no realizarse les puede afectar negativamente el resultado del pleito en el que son parte a causa del difunto.

Así, en el *affaire Yves Montand* seguramente de no haberse practicado una prueba biológica *post mortem*, se hubiera confirmado la paternidad del artista por su reticente actitud en vida a someterse a las pruebas biológicas apreciada junto con otros indicios, en perjuicio de sus herederos, mientras al ser practicado el análisis del ADN

¹⁰⁰ Consúltase NEVEJANS, note, *D.*, 1998, *sommaires commentés*, p. 296; BELLIVIER/BRUNET/LABRUSSE-RIOU, *op. loc. cit.*, p. 540; GAUMONT-PRAT, note, *D.*, 1998, *sommaires commentés*, pp. 161 ss.; y MALAURIE, note, *D.*, 1998, *jurisprudence*, pp. 122 ss.

¹⁰¹ En este sentido, MALAURIE, *op. loc. cit.*, p. 124; GAUMONT-PRAT, *op. loc. cit.*, 1998, *cit.*, p. 161; MIRABAIL, «Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation: discordances et anachronismes», *D.*, 2000, *chr.*, p. 147, y GALIZIA DANOVI, «Il caso Yves Montand, ovvero quando il defunto ha bisogno di un avvocato», *Dir. fam.*, 2000, 1, pp. 122 ss.

¹⁰² Así, NEVEJANS, *op. loc. cit.*, p. 296. Se pregunta, además, esta autora: ¿O es que el Derecho de familia no está para proteger al hijo contra las vicisitudes sentimentales de adultos irresponsables? Concluye esta autora diciendo que al no haber contemplado el legislador (francés) el supuesto del fallecimiento, el Juez puede ordenar una prueba biológica *post mortem* (*ibidem*, p. 296).

tras ponderar todos los intereses en conflicto se llegó al fondo del asunto y se averiguó que Yves Montand no era el padre biológico de la demandante.

En cualquier caso, incluso si en vida hubo oposición a la práctica de un análisis del ADN y tras el fallecimiento se niegan los herederos a su realización, debería poder decidir el Juez si ha lugar a analizar el ADN pues esta prueba biológica es en la actualidad la prueba más fiable y adecuada para eliminar las dudas sobre la filiación de una persona¹⁰³.

7. LA NEGATIVA A SOMETERSE AL ANÁLISIS DEL ADN

El análisis del ADN debería practicarse siempre que sea indispensable para decidir correctamente los pleitos sobre reclamación o impugnación de la paternidad o de la maternidad.

No obstante, aun propuesto y siendo necesario para la adecuada resolución del pleito el análisis del ADN no siempre podrá llevarse a cabo si se niega a cooperar alguno de los sujetos cuyo ADN interesa examinar.

De lamentar es que la expresa admisión de las pruebas biológicas en nuestro ordenamiento jurídico (primero en el art. 127 CC, ya derogado, y luego en el art. 767.2 LEC, vigente) no viniese acompañada de medidas para hacer efectiva su puesta en práctica. Medidas que sería recomendable prever con nitidez en la legislación reguladora del uso de la prueba del ADN. Por ahora el artículo 363.2 LECrim más que resolver dudas sobre la práctica del análisis del ADN las plantea, ya que literalmente establece: «Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad». Tal como está redactado este precepto no queda claro, como ya adelante, si es posible recurrir a la coerción, incluso física, cuando el sospechoso se niegue a someterse a las intervenciones corporales necesarias para obtener las muestras que permitan determinar su perfil de ADN, ni se especi-

¹⁰³ Reflexiona con detenimiento sobre esta cuestión GALLOUX y llega a parecida conclusión («L'identification de l'individu», *Les lois "bioéthique" à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, sous la direction de Brigitte Feuillet-Le Mintier, Paris, 1999, pp. 146 a 149).

ca qué consecuencias jurídicas derivarán de su negativa, ni se dice nada sobre si el perfil de ADN puede utilizarse para otros fines (*v. gr.* para la investigación de la paternidad o de la maternidad). Todos estos interrogantes, por su trascendencia práctica debería haberlos resuelto el legislador cuando modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el fin de evitar la perniciosa inseguridad jurídica.

En los procesos de filiación resulta evidente que la valoración de la negativa a someterse al análisis del ADN ha de ser distinta según proceda del actor, del demandado o de un tercero, y según tenga lugar en un proceso de reclamación o de impugnación de la paternidad (o de la maternidad)¹⁰⁴.

Sin embargo, a efectos de valorar la negativa a someterse al análisis del ADN es indiferente que quien adopta esa actitud haya propuesto dicha prueba, como resulta de la sentencia de 22 de marzo de 2001 (RJ 2001/4754) en la que el TS afirma: «si bien es cierto que esa postura tan contradictoria, de proposición y de negativa, no constituye una “ficta confessio” –sentencias de 6 de junio de 1991, 5 de octubre de 1992, 27 de enero, 4 de febrero de y 8 y 30 de octubre de 1993 y 28 de marzo de 1994– sí supone un valioso indicio en relación con los demás medios de prueba practicados, de entre los cuales destaca la injustificada negativa del recurrente a su práctica convirtiendo reiteradamente sólo en mero alarde aquella proposición que, por ello, no puede menos de tildarse de insincera, de nada seria, integrando una conjunción de elementos que llevó en la instancia a estimar probada la paternidad demandada sin que el recurrente –cuando tan fácil le era al ser acordada para mejor proveer ante su insinuada aceptación– desvirtuara aquella conceptualización practicando esa prueba tan alardeada por él, de ser cierta su tesis, teniendo que ser desestimado el motivo tan inconsistentemente sostenido».

A continuación distinguiré la situación en que quien se niega a someterse al análisis del ADN es el actor, de aquella otra en que es el demandado quien no consiente su práctica. Después examinaré el caso en que es un tercero o un acusado por la comisión de un delito contra la libertad sexual quien se niega a someterse a dicho análisis.

7.1 NEGATIVA DEL ACTOR A SOMETERSE AL ANÁLISIS DEL ADN

Parece que si no alega el demandante alguna causa grave que justifique su negativa, la acción, ya sea de reclamación o de impug-

¹⁰⁴ Véase POMARES GARCÍA, «Las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad en los procesos de filiación», *La Ley*, 1993, 1, p. 1093.

nación de la filiación, debe ser desestimada, por obstaculizar aquél, principal interesado en que la acción prospere, la consecución del fin perseguido con la misma: la investigación, declaración y determinación de la verdadera filiación, si la acción es de reclamación¹⁰⁵; o la averiguación y declaración de no hallarse correctamente establecida la filiación, si la acción es de impugnación¹⁰⁶.

En la sentencia de 15 de julio de 2004 (RJ 2004/4378) el TS valoró la negativa del actor a someterse a la prueba biológica en sentido contrario a la declaración de la filiación extramatrimonial reclamada. Se consideró injustificada tal negativa aunque el demandante alegó su inutilidad y falta de garantías por la mezcla de los restos del presunto padre fallecido con los de otras personas debido a una inhumación conjunta. Razonó así el TS su decisión, refiriéndose al actor: «el planteamiento del recurrente no puede aceptarse porque supone tanto como arrogarse la facultad, sustrayéndola indebidamente al juzgador, de decidir sobre la pertinencia de una prueba biológica que por ende no fue propuesta por dicha parte sino acordada por el Juez de Primera Instancia. Ciertamente es que el hoy recurrente desplegó la actividad que consideró oportuna al enterarse de la proyectada exhumación de los restos del presunto padre biológico para trasladarlos de lugar e inhumarlos junto con los de otras personas, interponiendo denuncias y dirigiendo escritos al Juzgado y a otras autoridades y organismos; pero no menos cierto es que aquél estaba dirigido técnicamente por Letrado y que por tanto no es justificable su cerrada negativa a colaborar en la práctica de la prueba biológica aduciendo una inutilidad o falta de garantías, por la mezcla de los restos, que carecía de fundamento científico, carencia de fundamento que a su vez comporta la falta de justificación del errático proceder de la misma parte al no proponer la prueba biológica, negarse a colaborar en la acordada para mejor proveer en primera instancia, pedir luego el recibimiento a prueba en la segunda proponiendo su práctica sin amparo legal posible, volver a pedir su práctica como diligencia para mejor proveer en el acto de la vista del recurso de apelación y, finalmente, dedicar un motivo de casación a justificar su negativa en primera instancia pero sin poder aducir quebrantamiento de forma alguno en busca de una retroacción de actuaciones para que por fin se practique la referida prueba».

¹⁰⁵ Además, cuando el actor que se niega a someterse al análisis del ADN es el hijo en un procedimiento de reclamación de la paternidad, tal actitud puede llevar a pensar que más que a su verdadero padre lo que busca es un hombre que lo sustente (el demandado), aun a sabiendas, o con sospechas, de que no es su progenitor biológico.

¹⁰⁶ En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. loc. cit.*, p. 2997.

7.2 NEGATIVA DEL DEMANDADO A SOMETERSE AL ANÁLISIS DEL ADN

La negativa a someterse al análisis del ADN es un indicio que genera una presunción en contra de la posición asumida en juicio por la parte renuente. En consecuencia, si en un proceso de impugnación de la paternidad se niega el demandado, padre formal, a someterse al análisis del ADN, se sospechará que no es el padre biológico, mientras si en un proceso de reclamación de la paternidad se niega el demandado, supuesto padre, se presumirá que es el progenitor biológico. Como este último caso es muy frecuente, lo estudiaré después con más detenimiento

Es interesante sobre la valoración de la negativa de los demandados a someterse a las pruebas biológicas en un proceso de reclamación y de impugnación de la filiación, el asunto decidido por la sentencia del TS de 28 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8364). En este caso el actor reclamó la paternidad extramatrimonial e impugnó la filiación matrimonial. El matrimonio demandado, partiendo de la inexistencia de posesión de estado entre el menor y el demandante, consideraron que este último carecía de legitimación activa para entablar la demanda y, por ello, ni propusieron prueba alguna ni prestaron su colaboración para practicar las propuestas de contrario (prueba biológica, reconocimiento de documentos, etc.). Tanto en la primera como en la segunda instancia se desestimó la demanda. El demandante interpuso recurso de casación. El TS declaró haber lugar al recurso, anuló la sentencia recurrida y estimó la demanda, declarando la paternidad extramatrimonial reclamada, por considerar que la postura mantenida de consuno por los demandados era claramente obstruccionista y suponía un ejercicio abusivo y antisocial del derecho de defensa.

La negativa de la madre a someterse (ella misma y su hijo/a menor de edad) a un análisis del ADN, cuando reclama la paternidad el presunto padre, ha de valorarse también como un indicio que, junto con otros, permitirá al tribunal declarar la paternidad ¹⁰⁷,

¹⁰⁷ Así se aprecia en la sentencia del Tribunal Constitucional 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999/95). En este asunto la madre alegó que como no resultó probada la relación sexual entre ambos litigantes, eso la exoneraba de someterse a la práctica de la prueba biológica que se acordó en el proceso, por lo que su incomparecencia para la práctica de dicha prueba hematológica no debió ser utilizada como argumento para declarar la paternidad extramatrimonial reclamada por el actor respecto de su hija. El Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado por la demandada por considerar que la sentencia de primera instancia –que valoró la negativa de la madre a someterse a la prueba biológica como un indicio de la paternidad del actor– ratificada por la sentencia de apelación y por el posterior Auto del TS –que inadmitió el recurso de casación por entender que carecía manifiestamente de fundamento– no vulneró derechos fundamentales de la actora.

mientras si esa misma actitud la adopta la madre en un procedimiento de impugnación de la paternidad, en el que es actor el padre formal, la negativa a someterse al análisis del ADN la propia madre y su hija menor de edad constituirá un indicio que, junto con otros, permitirá al tribunal declarar la no paternidad de quien jurídicamente consta como padre ¹⁰⁸.

En la gran mayoría de los casos que conocen nuestros Tribunales la negativa proviene del demandado (presunto progenitor) en un proceso de reclamación de la paternidad, por esto la jurisprudencia se refiere básicamente a este supuesto, lo que justifica que le dedique más tiempo y espacio.

Es interesante el Auto de 5 octubre de 1999 (RJ 1999/6812), en el que el TS afirma: «la jurisprudencia acerca de la negativa a la prueba biológica no distingue entre si el que se niega es el presunto padre o la representante del menor, pues la razón de que la negativa constituya un indicio que debe tomarse en consideración con el resto de pruebas consiste en que el demandado, sea quien sea éste, no desea colaborar en la investigación de la paternidad».

Véase además la STS de 20 junio de 2000 (RJ 2000/4427).

¹⁰⁸ Ello sin perjuicio de que el Juez opte por nombrar un defensor judicial a la hija que consienta que ésta se someta al análisis del ADN.

Es interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 17 octubre 2001 (AC 2001/2484), porque en ella se valora la negativa de la madre a que su hija se someta a la prueba pericial biológica y se admite como prueba válida la realizada unilateral y extrajudicialmente por el demandante, que aprovechando el cumplimiento del derecho de visitas llevó a la menor a un centro adecuado para que se le extrajeran unos centímetros cúbicos de sangre con el fin de que se practicara la prueba biológica. Razonó así su decisión la Audiencia Provincial: «la negativa injustificada de la demandada a someter a su hija a la prueba pericial de paternidad, pese a ser citada para ello apercibiéndole de las consecuencias que podría depararle, comporta, según reiterada jurisprudencia del TS, un indicio vehemente de veracidad del hecho que se pretendía acreditar, que ha de ponderarse con el resto de la prueba practicada, entre ellas la misma prueba científica consumada unilateral y extrajudicialmente por el demandante, luego ratificada y sometida a amplia contradicción en la fase probatoria. Este último medio descartado de forma rotunda la participación de don Jesús F. B. en la concepción de María José F. H., instrumento probatorio que ha de cobrar plena eficacia ante la imposibilidad de articular otra contradictoria por la actitud obstruccionista de doña Rosa María H. M. A tal solución no obsta el peregrino alegato de que la elaborada unilateralmente por el padre se ha obtenido ilícitamente y, por ende, carece de eficacia alguna. Dicha afirmación se sustenta en que aquél, contra la voluntad de la madre y de la menor, sometió a esta última aprovechándose del cumplimiento del sistema de visitas establecido en el proceso matrimonial, forzándola a ello, conociendo la negativa de la menor. Disentimos del argumento por tres elementales razones. Primero, porque la simple decisión para extraer a una niña unos centímetros cúbicos de sangre en un centro adecuado constituye una facultad que queda comprendida dentro de los poderes que otorga la patria potestad a los progenitores y no requiere del asentimiento del otro, dada su absoluta inocuidad para la salud física y mental de la menor, pudiendo haber ordenado directamente su realización el Juez «a quo» en el período probatorio prescindiendo y aun ignorando la infundada oposición materna, cuya opinión no ha de prevalecer sobre la del otro –hasta ese momento presunto– progenitor. Segundo, porque, según reiterada jurisprudencia constitucional, no comporta vulneración de derecho fundamental alguno, ni a la intimidad ni a la integridad física. Y tercero, porque no es de recibo, dada la edad de la menor (cinco años), que ésta pudiera resistirse cuando ni tan siquiera goza de juicio suficiente para captar el alcance y la trascendencia del acto, por ello si alguna consecuencia tuvo dicha extracción para la niña, ello sólo es posible merced a una denostable manipulación por parte de la madre, dado que con el padre ya no se relaciona».

Según reiterada doctrina del TS toda negativa no justificada, obstruccionista, irrazonable, que comporte un fraude a la ley, constituya un ejercicio antisocial del derecho o suponga una falta de solidaridad y de colaboración con la justicia, puede, junto con otros indicios (de los que se derive la posibilidad de la fecundación), fundamentar la declaración de la paternidad. Así, entre otras, las sentencias de 27 de junio de 1987 (RJ 1987/4825), 11 de marzo de 1988 (RJ 1988/1959), 3 de junio de 1988 (RJ 1988/4736), 14 de julio de 1988 (RJ 1988/5690), 23 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6855), 3 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9295), 5 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9299), 15 de marzo de 1989 (RJ 1989/2054), 24 de mayo de 1989 (RJ 1989/3886), 20 de julio de 1989 (RJ 1989/5764), 10 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7870), 30 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7925), 18 de mayo de 1990 (RJ 1990/3740), 28 de mayo de 1990 (RJ 1990/4093), 20 de julio de 1990 (RJ 1990/6121), 23 de octubre de 1990 (RJ 1990/8039), 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9048), 6 de febrero de 1991 (RJ 1991/1147), 25 de abril de 1991 (RJ 1991/3030), 6 de junio de 1991 (RJ 1991/4423), 8 de julio de 1991 (RJ 1991/5569), 11 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6053), 30 de enero de 1992 (RJ 1992/531), 5 de octubre de 1992 (RJ 1992/7525), 27 de enero de 1993 (RJ 1993/506), 4 de febrero de 1993 (RJ 1993/828), 29 de marzo de 1993 (RJ 1993/2535), 8 de octubre de 1993 (RJ 1993/7317), 30 de octubre de 1993 (RJ 1993/7672), 20 de diciembre de 1994 (RJ 1994/9430), 6 de marzo de 1995 (RJ 1995/2144), 8 marzo 1995 (RJ 1995/2153), 8 de mayo de 1995 (RJ 1995/3939), 28 de julio (RJ 1995/6598), 7 de octubre (RJ 1995/7180), 28 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8364), 2 de julio de 1996 (RJ 1996/5553), 4 de julio de 1996 (RJ 1996/5559), 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6499), 10 de octubre de 1996 (RJ 1996/7556), 25 de octubre de 1996 (RJ 1996/7746), 24 diciembre 1996 (RJ 1996/9506), 28 de febrero de 1997 (RJ 1997/1392), 19 de marzo de 1997 (RJ 1997/1983), 19 de mayo de 1997 (RJ 1997/4113), 23 de junio de 1997 (RJ 1997/6148), 21 de julio de 1997 (RJ 1997/5763), 3 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7922), 13 de marzo de 1998 (RJ 1998/1288), 22 de junio de 1998 (RJ 1998/4910), 26 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6403), 3 de octubre de 1998 (RJ 1998/6805), 11 de mayo de 1999 (RJ 1999/3345), 28 de mayo de 1999 (RJ 1999/4585), 26 de junio de 1999 (RJ 1999/4564), 26 de julio de 1999 (RJ 1999/6099), 2 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6932), 11 de octubre de 1999 (RJ 1999/7247), 18 de marzo de 2000 (RJ 2000/1492), 28 de marzo de 2000 (RJ 2000/2500), 29 de marzo de 2000 (RJ 2000/2502), 22 de mayo de 2000 (RJ 2000/3492), 30 de mayo de 2000

(RJ 2000/5087), 20 de junio de 2000 (RJ 2000/4427), 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000/7030), 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/7038), 22 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9299), 24 de enero de 2001 (RJ 2001/7), 22 de marzo de 2001 (RJ 2001/4754), 24 de mayo de 2001 (RJ 2001/3375), 20 de julio de 2001 (RJ 2001/7062), 26 de julio de 2001 (RJ 2001/7063), 3 de noviembre de 2001 (RJ 2002/230), 27 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1039), 17 de julio de 2002 (RJ 2002/6247), 20 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8461), 27 de diciembre de 2002 (RJ 2002/1039), 7 de julio de 2003 (RJ 2003/4330), 11 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6068), 1 de octubre de 2003 (RJ 2003/6449), 25 junio 2004 (RJ 2004/4008), 15 de julio de 2004 (RJ 2004/4567) y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7561).

El TS también considera que no debe apreciarse la negativa a someterse a las pruebas biológicas como una *ficta confessio* –que más bien sería una *ficta pericia* según sentencias del TS de 21 de octubre de 1994 (RJ 1994/8122), 28 de febrero de 1997 (RJ 1997/1392) y 24 de mayo de 2001 (RJ 2001/3375)– sino como un indicio valioso que junto con otros puede llevar a la declaración de la paternidad, como he indicado ya. Este razonamiento parece correcto porque toda confesión, para poder ser considerada como propiamente tal, ha de referirse a hechos personales de su autor que, por tanto, éste conoce con certeza, mientras que cuando se trata de pronunciarse sobre la paternidad el único hecho personal susceptible de confesión es haber tenido relaciones sexuales con la madre en tiempo apto para la concepción, pero no el hecho mismo de la paternidad, porque éste escapa al conocimiento del propio interesado, que sólo puede estar seguro de la posibilidad de ser el padre pero no de la realidad de serlo. Entender lo contrario (esto es, no dar relevancia a tal negativa) supondría dejar indefensa a la parte que propuso las pruebas biológicas (expresamente permitidas en el art. 767.2 LEC) y conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva, porque se saldría con la suya el litigante de mala fe (SSTS de 14 de julio de 1988 [RJ 1988/5690] y 15 de marzo de 1989 [RJ 1989/2054]). El TS también ha considerado que de apreciarse la negativa a someterse a las pruebas biológicas como una *ficta confessio* se sancionaría esta conducta, pues por sí sola tal negativa no es un hecho revelador de la paternidad (SSTS de 28 de abril de 1994 [RJ 1994/2977] y 22 de marzo de 1996 [RJ 1996/2585]).

Esta doctrina del TS sobre la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas iniciada bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se recoge en la actualidad en el artículo 767.4 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en los

siguientes términos: «La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios»¹⁰⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional; en la sentencia 7/1994, de 17 de enero, se mostró severo al valorar la negativa infundada del demandado a someterse a las pruebas biológicas, como se desprende de las siguientes palabras: «En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE (STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º, 14/1992, fundamento jurídico 2.º, y 26/1993, fundamento jurídico 4.º), colocándola en una situación de indefensión».

En el Auto 276/1996, de 2 de octubre (RTC 1996/276 Auto) el Tribunal Constitucional acordó la inadmisión del recurso de amparo interpuesto por el matrimonio demandado por carecer de contenido constitucional. No obstante, es de interés destacar que en este Auto se considera aplicable la doctrina sobre la negativa a someterse a las pruebas biológicas contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7), aunque el supuesto de hecho enjuiciado en el Auto de 2 de octubre de 1996 no es similar al de la sentencia de 17 de enero de 1994, porque en este último caso se desplazaba completamente la carga de la prueba sobre quien no oponía ningún obstáculo para la práctica de la prueba biológica (la parte actora en un procedimiento de reclamación de la paternidad extramatrimonial),

¹⁰⁹ Como observan MÉNDEZ/VILALTA, refiriéndose al artículo 767.4: «Este precepto es sin duda reflejo de la rica, abundante y uniforme Doctrina jurisprudencial dictada al efecto, de la que se ha recogido principalmente el valor como indicio que debe darse a la resistencia del presunto progenitor a someterse a la prueba biológica» (*Acciones judiciales de determinación e impugnación de la filiación*, Barcelona, 2001, p. 23).

mientras en el supuesto del Auto de 2 de octubre de 1996 quienes alegaban indefensión eran precisamente quienes obstaculizaban la práctica de dicha prueba (los demandados en un procedimiento de reclamación de la paternidad extramatrimonial y de impugnación de la paternidad matrimonial).

Sobre la doctrina constitucional también hay que tener presentes los autos 103/1990, de 9 de marzo (RTC 1990/103 Auto) y 221/1990, de 31 de mayo (RTC 1990/221 Auto)¹¹⁰, anteriores a la sentencia de 7 de enero de 1994, y las sentencias 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999/95), 55/2001, de 26 de febrero (RTC 2001/55), y 29/2005, de 14 de febrero (RTC 2005/29), en las que el TC reitera lo manifestado en la sentencia de 7 de enero de 1994.

En la práctica, partiendo de la jurisprudencia del TS, de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la regulación legal contenida en el artículo 767.4 LEC¹¹¹, para que la negativa a someterse a las pruebas biológicas (ahora al análisis del ADN) permita al tribunal declarar la filiación reclamada, entiendo que deberán concurrir los siguientes requisitos:

1.º El demandado que se niegue a someterse al análisis del ADN puede ser el presunto progenitor, la madre, el hijo o incluso los herederos de cualquiera de ellos.

Si se niega el hijo a someterse al análisis del ADN cuando ha sido demandado, pienso que, sin perjuicio de valorar su negativa como un indicio en contra de la posición que asuma en el proceso, la relevancia o trascendencia de esta negativa no puede ser exactamente la misma –ha de ser inferior– que la de la madre o del padre, pues son éstos quienes están en mejores condiciones para conocer la verdad oculta sobre la paternidad o la maternidad discutida¹¹². El hijo no conoce directamente los hechos que dieron lugar a su

¹¹⁰ No me detengo a hablar de los autos del Tribunal Constitucional de 9 de marzo y de 31 mayo 1990 porque ya los comenté en mi trabajo «Las pruebas biológicas a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 103/1990, de 9 de marzo», *RJC*, 1993, núm. 1, pp. 107 ss.

¹¹¹ En la circular núm. 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, se dice, pensando en el artículo 767.4 LEC: «De ahí que el análisis de dicho precepto tenga que tomar como punto de referencia inexcusable los distintos pronunciamientos recaídos, tanto del TS como del Tribunal Constitucional, que forman un cuerpo de doctrina constante y uniforme, y que deberán ser tenidos en cuenta por los señores Fiscales a la hora de pronunciarse, tanto acerca de la proposición y procedencia de la práctica de la prueba biológica como de la valoración que merezca la negativa a someterse a la misma». A continuación, a esos efectos, en dicha circular se indican unos criterios que habrán de tomar en consideración los Fiscales, que yo también he tenido presentes al explicar los requisitos que a mi modo de ver han de concurrir para que la negativa a someterse al análisis del ADN permita al tribunal declarar la filiación reclamada (*BIMJ*, suplemento al núm. 1912, de 1 marzo de 2002, p. 946).

¹¹² Tampoco se puede dar igual valor a la negativa a someterse a las pruebas biológicas de los sobrinos del presunto padre fallecido, como resulta de la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 27 de enero de 2003 (AC 2003/158).

nacimiento. No sabe realmente si su madre cohabitó con el presunto padre, sólo puede saber lo que su madre u otras personas le contaron ¹¹³.

En el motivo tercero del recurso de casación resuelto por la sentencia de 16 de julio de 2004 (RJ 2004/6789) los demandados discrepaban del alcance atribuido a su negativa a someterse a las pruebas biológicas, porque, afirmaban: «las SS. existentes y citadas siempre contemplan la proyección de tal módulo de certeza científica en la misma persona del procreante, lo que no ocurre en el caso de autos, en el que, por haber fallecido no es posible su práctica, al tener por ello que proyectarse citada prueba en personas distintas, como son los hijos demandados». Mas, en dicha sentencia, el TS, tras destacar la fiabilidad de la prueba del ADN, en el fundamento de derecho séptimo razonó: «Finalmente, cabe añadir los siguientes argumentos para la compulsión de la prueba biológica sobre los causahabientes del progenitor premuerto y su relevancia jurídica en caso de negativa: 1º) Que en el plano de la formalidad decisoria, la práctica de esa prueba, responde a un principio de proporcionalidad en pos del objetivo acreditativo de progenie, sobre todo, cuando existen, en plenitud, otros elementos probatorios –primer sumando–. 2º) Que el cientifismo del ADN y su inmisión corporal, permite la obtención de los citados Predicados de Hummel. 3º) Que no es defendible una negativa de los deudos –en su bastardía de irrelevancia– porque haya premuerto el progenitor demandado, porque: a) su cualidad sucesoria, no les atribuye, en puridad, defensas de la intimidad/integridad del premuerto. b) porque, en buena lid, impeditiva de conductas elusivas o de fraude, han de colaborar con la Justicia en pos del repetido objetivo (STC 7/1994, de 17 de enero y Auto 103/1990, de 9 de marzo). 4º) Y, sobre todo, que esa negativa –si es que se sostiene su irrelevancia en el *onus* probatorio– determinaría consecuencias tan absurdas como las siguiente: a) Que su voluntarismo de rechazo, equivaldría a un cierre del principal instrumento probatorio, con lo que quedaría indefenso el actor. b) Provocar una peor situación en estos litigios, porque, si vive el progenitor su negativa equivaldría, junto con las demás pruebas, a la imposición de la paternidad y, si fallece el mismo, la negativa de sus deudos, produciría el citado cierre o imposibilidad de averiguar la verdad biológica, y con ello la elusión del artículo 39 CE» (el TS ya reprodujo estos mismos argumentos en la sentencia de 2 julio 2004 [RJ 2004/5097]).

¹¹³ Véase, MASSIP, «Interrogation sur la jurisprudence relative aux expertises biologiques en matière de filiation», *D.*, 1999, núm. 41, *jurisprudence commentaires*, p. 651.

2.º La negativa a someterse al análisis del ADN ha de ser clara e indubitada, reveladora del deliberado propósito de no comparecer ante los peritos para someterse al análisis del ADN ¹¹⁴.

Este requisito presupone que el sujeto al que hay que tomar las muestras para el análisis del ADN se ha enterado de la carga que pesa sobre él. Por ello es imprescindible que la citación para la práctica del análisis del ADN se haga correctamente, lo que implica que no puede inferirse la paternidad de una «supuesta negativa» cuando la citación para su práctica se hizo de forma defectuosa por verificarse con premura y no personalmente, sino por medio de cédula entregada a un pariente próximo (SSTS de 11 de septiembre de 1991 [RJ 1991/6053] ¹¹⁵ y de 29 de marzo de 1993 [RJ 1993/2535]).

En la actualidad, de los artículos 28 ¹¹⁶ y 153 LEC resulta claramente que la citación para la práctica de las pruebas biológicas podrá llevarse a cabo a través del Procurador ¹¹⁷. En concreto, el segundo de los artículos citados dice expresamente que el Procurador firmará las notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos de todas clases que deban hacerse a su poderdante en el curso del pleito, *incluso las que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante* (la cursiva es mía) ¹¹⁸. No ha lugar a duda alguna sobre esta posibilidad si en el poder se conceden expresamente al Procurador facultades para recibir citaciones de su poderdante que puedan afectar a éste (*sic*, STS de 17 de junio de 2004 (RJ 2004/3624)).

No es necesario que el Juez aperciba previamente al afectado de las consecuencias que tendrá su negativa a someterse al análisis del ADN, ni que la negativa sea manifestada personalmente por el

¹¹⁴ En este sentido, ha afirmado el TS en la sentencia de 28 febrero 1998: «para que la falta de práctica de la prueba biológica pueda ser considerada como indicio probatorio, junto con otras pruebas, acerca de la paternidad del demandado, se requiere que esa no práctica de la prueba biológica sea debida a una negativa del demandado a someterse a la misma, lo que no ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, pues el demandado don José M. B., que en la fecha de tramitación del proceso tenía ochenta años de edad (nació el 18 de enero de 1913) y se encontraba gravemente enfermo, hasta el extremo de que ni siquiera se le pudo practicar la prueba de confesión judicial, ni fue requerido personalmente para la práctica de la prueba biológica, ni mucho menos se negó a someterse a la práctica de la misma».

¹¹⁵ Véase, sobre la sentencia del TS de 11 de septiembre de 1991, QUESADA GONZÁLEZ, «Comentario a la sentencia del TS de 11 de septiembre de 1991», *CCJC*, 1991, núm. 27, pp. 941 ss.

¹¹⁶ Según el artículo 28.1 LEC: «Mientras se halle vigente el poder, el procurador oír y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso las de sentencias que se refieran a su parte, durante el curso del asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste».

¹¹⁷ Según GARCÍA POVEDA, quien ha de someterse a la prueba biológica incluso podrá ser advertido de las consecuencias de su negativa a través del Procurador (*op. loc. cit.*, p. 15).

¹¹⁸ Así, GARCÍA POVEDA, *op. loc. cit.*, p. 15.

propio sujeto al que se han de tomar muestras para el análisis del ADN.

El TS ha afirmado que advertir de las consecuencias de la negativa a colaborar en la práctica de pruebas biológicas es misión que incumbe exclusivamente al letrado del interesado (SSTS de 3 de octubre de 1998 [RJ 1998/6805] y de 19 de diciembre de 2003 [RJ 2003/215]).

No obstante, no está de más apereibir previamente al afectado de las consecuencias de su negativa a someterse al análisis del ADN –aunque sólo sea con el fin de presionarlo psicológicamente para que consienta la práctica de dicho análisis– como se suele hacer en la práctica forense¹¹⁹. Cuando se ha solicitado la adopción de medidas cautelares, en la vista que se celebra para decidir si se acuerdan o no suele aprovechar el Juez para informar a las partes de la prueba pericial que se practicará y de las consecuencias derivadas de no someterse a la misma.

Si bien es cierto que el TS en la sentencia de 24 de mayo de 1989 (RJ 1989/3886) exigió, para que la negativa resultase relevante a efectos de declarar la paternidad, que fuese seria y manifestada por la propia persona que ha de someterse a la prueba biológica y no expresada a través del representante procesal que nunca podrá ser portador de un consentimiento tan personalísimo que sólo el otorgamiento de un poder especial podría justificar y suplir, en resoluciones posteriores admite que puede ser manifestada a través del procurador o del letrado por formar parte del derecho de defensa en el proceso que se actúa debidamente representado por el primero y dirigido por el segundo (así, SSTS de 18 de mayo de 1992 [RJ 1992/4128], 6 de octubre de 1993 [RJ 1993/7306], 13 de diciembre de 1994 [RJ 1994/10494], 7 de octubre de 1995 [RJ 1995/7180], 19 de marzo de 1997 [RJ 1997/1983], 3 de octubre de 1998 [RJ 1998/6805], 18 de junio de 2001 [RJ 2001/4343], 12 de febrero de 2002 [RJ 2002/3113], y 19 de diciembre de 2002 [RJ 2003/215]).

Sin embargo, en el asunto resuelto por la sentencia de 18 de julio de 2000 (RJ 2000/6808) el TS casó y anuló la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, revocando la dictada por el Juzgado y las actuaciones de éste en el procedimiento desde el requerimiento y citación del demandado en la persona de su procurador, sólo en orden a la práctica de la prueba biológica de paternidad, a cuyo momento mandó reponer las actuaciones para proseguirlas hasta la definitiva resolución. En este caso el TS apreció que la falta de práctica de la prueba biológica por incomparecencia del deman-

¹¹⁹ Véase, GARCÍA POVEDA, *op. loc. cit.*, p. 15.

dado quizá se debió a la citación inadecuada que para ello se le hizo en la persona de su procurador, no a la negativa de prestarse a la misma, ya que reiterada en segunda instancia la solicitud de práctica de la prueba biológica de paternidad fue rechazada tal petición con fundamento en la negativa supuesta, que no había quedado clara. De ahí, que en general resulte conveniente reiterar la citación para la practica de pruebas biológicas más o menos veces según las circunstancias ¹²⁰, hasta que la negativa a someterse a dichas pruebas sea indubitada.

3.º La negativa a someterse al análisis del ADN, además, ha de ser injustificada. Igual que antes de entrar en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, interpretando *a sensu contrario* su artículo 767.4, es posible deducir que caben negativas justificadas y razonables con fundamento en las cuales el Juez no podrá declarar la paternidad, a no ser que concurran otros indicios reveladores de la filiación que tengan la suficiente entidad en sí mismos considerados (*ex art.* 135 CC) para que el Juez pueda declarar la paternidad en atención solo a ellos.

El TS ha estimado que sólo causas muy cualificadas y debidamente justificadas podrían legitimar la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas, entre estas causas, y sólo a título de ejemplo, cita: el grave riesgo o quebranto para la salud del que ha de soportarlas, el padecimiento de graves enfermedades, la absoluta falta de necesidad de las pruebas biológicas si existen otros medios probatorios, fácilmente utilizables, que pueden conducir al mismo fin y la inexistencia evidente de indicios serios de la conducta que se atribuye al demandado (*cf.* SSTS de 14 de mayo de 1991 [RJ 1991/3666], STS 27 de mayo de 1994 [RJ 1994/3754], 25 de octubre de 1996 (RJ 1996/7746) y 28 de febrero de 1998 [RJ 1998/993]. Ha dicho el TS «que nadie está obligado a someterse a las pruebas sin que exista base que justifique esa petición, por puro capricho de otro» (STS 4 de febrero de 1997 [RJ 1997/678]), pues han de constar en Autos mínimamente acreditadas las relaciones sexuales de las que se pueda deducir la fecundación (STS de 24 de mayo de 1989 [RJ 1989/3886]; y 26 de septiembre de 1998 [RJ 1998/6403]).

Resumiendo se suele apreciar que en realidad son la falta de indicios serios de la conducta que se atribuye al supuesto progeni-

¹²⁰ Si ya de entrada el demandado anuncia que no se someterá al análisis del ADN, parece innecesario citarle de nuevo, porque su negativa es indubitada. Pero si el demandado presenta, por ejemplo, certificados médicos con los que pretende justificar su no comparecencia para la toma de muestras necesarias para analizar su ADN, habrá que citarlo más veces.

tor y la existencia de un grave quebranto para la salud las causas que justifican la negativa a someterse a las pruebas biológicas.

No ha considerado el TS como causas justificadas de la negativa a someterse a las pruebas biológicas la situación de estado depresivo que tiene su origen en una enfermedad crónica laboral (STS de 22 de marzo de 1996 [RJ 1996/2585]), motivos éticos y religiosos (STS de 24 de junio de 1996 [RJ 1996/4848]), profesar las creencias de la secta religiosa denominada «Testigos de Jehová» (STS de 14 de noviembre de 1987 [RJ 1987/3401]), un posible contagio de enfermedades infecciosas, SIDA o hemofilia, la consideración de que la práctica de pruebas biológicas constituye un ataque al recato de una persona (SSTS de 27 de mayo de 1994 [RJ 1994/3754], 23 de septiembre de 1988 [RJ 1988/6855]), causar perjuicios a la esposa del que ha de someterse a las pruebas biológicas por no tener ésta conocimiento de la existencia de la menor o por hallarse embarazada, la pérdida de jornadas laborales (STS de 13 de diciembre de 1994 [RJ 1994/10494] y 14 de junio de 1997 [RJ 1997/4653]), la posibilidad de que la madre tuviera relaciones sexuales con otros miembros de la familia del demandado ya fallecidos o con terceros (SSTS de 17 de octubre de 1996 [RJ 1996/7159] y de 24 de octubre de 1998 [RJ 1998/7554]), cuestiones de autoestima y problemas médicos no demostrados (STS de 24 de mayo de 2001 [RJ 2001/3375]), el coste económico de las pruebas biológicas (SSTS de 30 de mayo de 2000 [RJ 2000/5087] y 18 de mayo de 2001 [RJ 2001/6460]), la falta de medios para desplazarse al centro donde ha de practicarse la prueba biológica (STS 25 de julio de 2000 [RJ 2000/5503]), tener una avanzada edad si no se acredita que se está enfermo o perjuicio para la salud (STS 30 de junio de 2004 [RJ 2004/4840]), la ausencia por tener vacaciones estivales (STS 10 de junio de 2004 [RJ 2004/4636]), el miedo a las inyecciones (STS 6 de julio de 2004 [RJ 2004/4335]), o que no se haya accedido a la ampliación de la prueba pericial biológica, sobre todo cuando se solicitó en primera instancia pero nada volvió a alegarse al respecto en tiempo hábil (STS 14 marzo 2003 [RJ 2003/2585]).

El daño moral que pueden causar los resultados de la prueba del ADN a la familia del presunto padre entiendo que no es razón suficiente que justifique la negativa a someterse a dicha prueba, porque en una materia de esta naturaleza es algo consustancial a la misma.

4.º La resolución judicial (auto) que acuerde el análisis del ADN ha de estar motivada. Ha de justificar la necesidad de la práctica de la prueba del ADN, ya que debe ser indispensable para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos –la investigación de la paternidad (o de la maternidad), conocer y determinar la propia

filiación (*cf.* arts. 10 y 39 CE)– y debe guardar la adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la libertad, intimidad e integridad física o moral del afectado y la finalidad perseguida. Así lo apreció el Tribunal Constitucional en la sentencia 7/1994, de 17 enero, y en el Auto 149/1999, de 14 de junio (RTC 1999/149 Auto) ¹²¹.

En el asunto decidido por el Auto 149/1999, de 14 de junio, los demandantes de amparo sostenían que el Juzgado acordó la admisión de la demanda de filiación y la práctica de una prueba de ADN que conducía necesariamente a la exhumación del cadáver de su tío, sin que el demandante aportase un mínimo indicio probatorio del que pudiese inferirse cierta sospecha sobre la posible paternidad de aquél. Carencia de todo principio de prueba que debía haber conducido a la inadmisión de la demanda y no, como ocurrió, a la celebración de una prueba que, por su propia naturaleza, ha de considerarse como un medio último o final, en la medida en que su práctica, a partir de muestras tomadas de quien ya ha fallecido, repercute directamente sobre la intimidad de la familia.

El Tribunal Constitucional en el Auto 149/1999, de 14 de junio, inadmitió a trámite la demanda de amparo por carecer manifiestamente de contenido que justificara una decisión sobre el fondo del asunto por su parte [art. 50.1 c) LOTC], en cuanto consideró que la infracción de lo dispuesto en el artículo 127 del CC (derogado y precedente del vigente art. 767.1 LEC): «puede llegar a producir, en algunos casos, una utilización desproporcionada e injustificada de ciertos medios probatorios que, como en la hipótesis aquí analizada, puedan incidir sobre algún derecho fundamental y, muy especialmente, del derecho a la intimidad familiar, que resulte, por tal motivo, indebida o innecesariamente conculcado. No obstante, el examen de las actuaciones judiciales pone de manifiesto que el presente asunto no es uno de esos posibles supuestos. En efecto, consta en los autos del proceso civil que el demandante cumplió con su obligación inicial de aportar un principio de prueba, acom-

¹²¹ Como observa RIVERO HERNÁNDEZ: «Exígesse tal motivación no sólo para justificar la adecuación a la legalidad de la intromisión acordada, sino para que pueda ser conocida por el afectado la razón que la avala, y se puedan controlar, en su caso, los motivos que justificaron, a juicio del órgano judicial, el sacrificio de un derecho en aras de otro o de un interés público. El control de la justificación de la intromisión y de la proporcionalidad del sacrificio de referencia compete, evidentemente y en instancia suprema, al Tribunal Constitucional, en cada caso concreto y con ocasión del recurso de amparo» («Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación [Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero]», *PJ*, 1994, núm. 33, p. 375). Comparte esta opinión ETXEVERRÍA GURIDI, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Madrid, 1999, p. 268.

pañando a su escrito de demanda una fotografía y un acta notarial de manifestaciones en la que se hace referencia a la relación existente entre su madre y el titular de la herencia yacente frente a la que se dirige la acción civil. Es claro, pues, que la admisión y práctica de la prueba pericial biológica, que obligaba a la exhumación del cadáver, fue acordada por el Juzgado como remedio último dirigido al esclarecimiento de los hechos y, por tanto, de modo proporcionado y adecuado a los fines perseguidos»¹²².

En la sentencia de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/7038)¹²³ el TS considera que hay una falta de proporcionalidad entre la práctica de

¹²² En un supuesto similar, la Audiencia Provincial de Jaén, en sentencia de 27 de enero de 2003 (AC 2003/158) decidió: «en cuanto a la prueba biológica del presunto progenitor (fallecido), solicitada mediante la exhumación del cadáver de don Francisco R. E. (presunto padre), si bien se admitió dicha prueba en la instancia, y se reiteró la petición por la actora, pero no llegó a practicarse –ni siquiera se acordó su práctica–, sin que consten las razones por las que no se hizo, ni protesta alguna de la parte recurrente por tal circunstancia. Y aunque dicha prueba fue reproducida por el actor –recurrente– en esta segunda instancia, la misma fue denegada, por Auto de fecha 9 de enero de 2003, dado que aunque, en principio, y sobre todo a partir de la trascendental Sentencia del TC de 17 de enero de 1994, es doctrina Jurisprudencial pacífica la que establece que, dada la alta fiabilidad de las pruebas biológicas, se debe prestar la debida colaboración por los Tribunales (art. 118 de la Constitución Española) en el curso del proceso para posibilitar su práctica, a fin de cumplir con el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores (sean procreados dentro o fuera del matrimonio), artículo 39.3 de la Constitución Española. Pero, por otro lado, también tiene declarado el Tribunal Constitucional “que la medida Judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva a la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989), fundamentos Jurídicos 7.º 3 y 8.º, párrafos 3 a 51, ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial; y habiendo matizado también este TS que a la hora de decidir sobre la realización de pruebas biológicas, al final del período probatorio, o incluso después, mediante diligencia para mejor proveer, el criterio legal (art. 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), unido a la trascendencia de este tipo de prueba, conduce a que la autoridad judicial sólo disponga la realización de pruebas biológicas cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesario para esclarecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación”. Criterio este que sirvió a esta Sala para denegar la citada prueba biológica en esta segunda instancia ante la ausencia de indicios que pudiera justificar la realización de la prueba de paternidad interesada. En suma, que en autos no existen pruebas suficientemente eficaces para determinar la filiación paterna solicitada por el actor, lo que comporta que haya de desestimarse el motivo del recurso referido al particular expuesto».

¹²³ Razonó así su decisión el TS en la sentencia de 2 de octubre de 2000: «la prueba únicamente posible tras el fallecimiento de estos y del niño, que comportaba la exhumación del cadáver de este último, indudablemente exigía la ponderación de todos los intereses en conflicto y todos los valores y derechos confluyentes en el caso, entre ellos, además de los derechos de quien se decía padre biológico, el dolor que la exhumación podría causar a personas unidas al niño por vínculos tanto familiares como jurídicos, cual la abuela materna, e incluso la evidente ausencia de interés ya para el hijo, cuya protección integral es la que en verdad garantiza el artículo 39.2 CE y en cuyo beneficio principal aparece orientada la regulación de la filiación en el Código Civil. De ahí que no fuera en absoluto desacertado el criterio del Tribunal de apelación, apuntado en el Auto denegatorio de recibimiento a prueba en segunda instancia y más explicitado en la sentencia recorrida al razonar por qué dicha prueba no se acordaba para mejor proveer, de no acceder a lo solicitado por el demandante debido a la nula trascendencia de los principios de

la prueba biológica –que precisa la previa exhumación del cadáver del niño (supuesto hijo)– y la finalidad perseguida –que se declare la paternidad cuando ya no puede beneficiar al hijo cuya protección integral es la que en verdad garantiza el art. 39.2 CE–¹²⁴.

En un asunto de reclamación de la maternidad el TS en sentencia de 24 de junio de 2004 (RJ 2004/4317) apreció que el análisis del ADN fue correctamente denegado porque no era una prueba razonable en atención al resultado de las otras pruebas practicadas y además suponía la exhumación de dos cadáveres.

5.º Aunque el TS últimamente considera que la negativa a someterse a las pruebas biológicas es un indicio especialmente valioso o significativo de la paternidad y reconoce que si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor de esa conducta (*cf.* SSTs de 17 de noviembre de 1997 [RJ 1997/7896], 3 de octubre de 1998 [RJ 1998/6805], 28 de marzo de 2000 [RJ 2000/2500], 24 de mayo de 2001 [RJ 2001/3375] 2003, 20 de septiembre de 2002 [RJ 2002/8461], 19 de diciembre de 2002 [RJ 2003/215], 1 de julio de 2003 [RJ 2003/5799] y 25 de junio de 2004 [RJ 2004/4009]), sigue siendo necesario, porque lo exige la ley (art. 767.4 LEC), que concurren otros indicios de la paternidad (o de la maternidad) para que el Juez pueda declarar la filiación reclamada. Han de existir, pues, indicios serios de la conducta que se atribuye a quien ha de someterse al análisis del ADN, además de la negativa.

prueba aportados con su demanda y a los resultados escasamente favorables a sus pretensiones de las pruebas practicadas en el proceso, todo ello con cita de las SSTC 35/1989 y 7/1994 cuya doctrina, tras la sentencia recurrida, ha sido reiterada por la STC 95/1999. A este respecto conviene recordar cómo estas sentencias asignan a las pruebas biológicas la finalidad constitucional de protección integral de los hijos (no de los padres biológicos) y de garantizar la asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (aps. 2 y 3 del art. 39 CE); y cómo reconocen al órgano judicial la facultad de decidir si son o no indispensables y si su práctica resulta proporcionada en función de la finalidad perseguida con su realización (STC 95/1999, F. 2.º, sintetizando la doctrina de la STC 7/1994). En definitiva, que la prueba solicitada no fuera ya la biológica tal y como se había propuesto en la primera instancia, sino precisando la exhumación del cadáver del niño; que éste hubiera muerto ya en el momento de proponerse dicha prueba, de modo que su realización no podía considerarse orientada a los mencionados fines constitucionales y, en fin, que las demás pruebas efectivamente practicadas no aportaran indicio alguno de relación del demandante con la madre demandada al tiempo de la concepción, son factores que, valorados conjuntamente, desaconsejaban una prueba de tanta trascendencia como la propuesta por el actor-recurrente, de modo que esta Sala comparte el juicio de falta de proporcionalidad del Tribunal de apelación y los tres motivos, por tanto, han de ser desestimados».

¹²⁴ En la circular núm. 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, se afirma: «La finalidad constitucional de las pruebas biológicas es la protección integral de los hijos, no de los padres biológicos, conforme al artículo 39.2 de la Constitución» (*loc. cit.*, p. 947).

El TS en el Auto de 23 de octubre de 2001 (JUR 2001/293164) y el TC en el Auto de 30 de septiembre de 2002 (RTC 2002/168 Auto) –que inadmite el recurso de amparo interpuesto contra ese Auto del TS– consideran que existiendo una negativa a realizar pruebas biológicas no es indicio suficiente para declarar la paternidad el testimonio impreciso de una amiga de la demandante sobre la relación de pareja entre actora y demandado¹²⁵.

En la sentencia de 25 de junio de 2004 (RJ 2004/4319) el TS tampoco valoró los testimonios sobre la existencia de relaciones sentimentales al tiempo de la concepción, por su escasa o nula credibilidad y fiabilidad, como indicios suficientes, junto con la negativa a someterse a la prueba biológica, a efectos de declarar la paternidad. Además, en este caso el actor (supuesto hijo) reclamó la paternidad transcurridos cincuenta y cuatro años desde su nacimiento.

Sobre este aspecto hay que destacar la reciente STC 29/2005, de 14 febrero (RTC 2005/29), en la que el TC declaró vulnerados los derechos del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la aplicación de la ley, por considerar que el TS le atribuyó la paternidad reclamada con base única y exclusivamente en su negativa a someterse a la prueba biológica prescindiendo del resto de la prueba practicada en el proceso y de la valoración conjunta de aquélla y ésta, separándose de manera aislada y ocasional de una consolidada línea jurisprudencial.

6.º Según la sentencia del TC 7/1994, de 17 enero, la ejecución de las intervenciones corporales destinadas a la investigación de la paternidad ha de efectuarse por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos.

En el caso de la prueba del ADN esta exigencia creo que debe ser matizada porque una cosa es el análisis del ADN propiamente dicho, que ha de ser realizado por personal muy cualificado que cuente con los medios necesarios, y otra muy distinta la toma de

¹²⁵ Dice literalmente el Auto del TC de 30 de septiembre de 2002: «Cumple ante todo advertir que la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial en apelación (confirmada en casación por la Sala de lo Civil del TS) no contradice la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 7/1994, de 17 de enero, sobre la negativa del demandado en un proceso de reclamación de filiación a someterse a las pruebas biológicas, doctrina reiterada por la STC 95/1999, de 29 de junio, y a tenor de la cual el demandado puede legítimamente negarse a someterse a unas pruebas biológicas si concurriese riesgo grave para su salud o si no existen indicios serios de la conducta que se le atribuye. En este sentido, el único indicio aportado por la demandante fue una información testifical prestada por una amiga suya, testimonio al que la Audiencia niega credibilidad por no concretar las circunstancias de momento, lugar o frecuencia en la que la pretendida relación de pareja entre actora y demandado habrían tenido lugar, a lo que añade que dicho testimonio resultó refutado por el testigo que depuso en el juicio a instancias del demandado, sin que exista ningún otro indicio en autos de la pretendida relación».

muestras con las que realizar ese análisis, para lo que no es imprescindible tener unos conocimientos científicos.

De ahí que para evitar molestias a los litigantes e innecesarias dilaciones del procedimiento, a mí no me parecería mal que en ciertos casos se tomaran ciertas muestras en el propio Juzgado por persona preparada a esos efectos ¹²⁶ (v. gr., de saliva, de cabellos con raíz) dando fe de ello el Secretario Judicial. De admitirse esta posibilidad sería fundamental que la cadena de custodia resultase segura ¹²⁷. Lo que se puede conseguir, por ejemplo, si la muestra, una vez tomada, debidamente guardada en un recipiente hermético, sellado y correctamente etiquetado ¹²⁸, se lleva cuanto antes, por alguien de confianza del Juzgado, al centro donde ha de analizarse el ADN, evitando así una eventual contaminación de la muestra, su alteración o sustitución por otra ¹²⁹. Aunque creo que nada impide en la actualidad proceder de este modo ¹³⁰, como puede parecer arriesgado o problemático, lo mejor sería que una norma lo autorizase.

7.3 NEGATIVA DE UN TERCERO A SOMETERSE AL ANÁLISIS DEL ADN

Tercero respecto de un proceso de filiación es cualquier persona que no sea parte procesal cuyo ADN debería analizarse con el fin de solucionar la cuestión de filiación discutida en el proceso.

La necesidad de examinar el ADN de un tercero surge normalmente cuando en un proceso de reclamación de la paternidad el demandado opone la *exceptio plurium concubentium*, esto es, que

¹²⁶ En el artículo 7 del Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN (segunda versión) tan sólo se preveía que la toma de muestras biológicas sería llevada a cabo por el personal cualificado que correspondiera.

¹²⁷ La fácil obtención de muestras para la práctica del análisis del ADN explica que en algunas ciudades de EEUU se encuentren en las carreteras carteles en los que ciertas empresas ofrecen sus servicios para realizar pruebas de paternidad con el nada sutil eslogan publicitario: *Who's the Daddy? DNA Paternity Testing...* Por una cantidad de dinero esas empresas envían un juego de recipientes para recoger muestras que incluye algodón para raspar el interior de la boca. Luego las muestras han de ser enviadas por correo al laboratorio donde se analizará el ADN. Las muestras así recogidas no son admisibles en juicio, porque para ello se han de observar ciertas garantías, como que sean tomadas por personal autorizado y convenientemente custodiadas para evitar fallos o errores que podrían cambiar o alterar el resultado (véase, WATSON, *DNA the secret of life*, cit., p. 285).

¹²⁸ Vide, WALL, *op. cit.*, p. 36.

¹²⁹ Como observa WALL, la cuestión de la cadena de custodia de las muestras con las que se ha de realizar el análisis del ADN tiene considerable importancia en los litigios sobre paternidad (*op. cit.*, p. 17).

¹³⁰ Vide, *infra*, el epígrafe 8.4.

la madre cohabitó con otros varones durante la época de la concepción y por eso padre podría ser un tercero.

El deber de prestar la colaboración requerida por los tribunales en el curso del proceso (*cf.* art. 118 CE), cuando esa colaboración consiste en someterse al análisis del ADN, no tiene el mismo alcance para un tercero que para una parte procesal, ni los derechos de un tercero (*v. gr.*, el derecho a la intimidad) deben posponerse a los del hijo en conocer y determinar su verdadera filiación como los del (supuesto) progenitor demandado¹³¹.

De ahí, que para resolver correctamente los asuntos de filiación en los que se ha opuesto la *exceptio plurium concubentium*, identificando a los concubentes, suele ser preciso convocar a éstos al proceso como parte procesal, pues sólo así pesará sobre ellos la carga de someterse a un análisis del ADN y podrá valorarse su negativa a la práctica de dicho análisis, si ha lugar a ello, conforme al artículo 767.4 LEC.

El principal problema que plantea esta postura es cómo conseguir la presencia en el proceso como parte procesal de los terceros no demandados inicialmente. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil no resuelve expresamente este problema, pero su articulado permite reflexionar sobre las siguientes posibles soluciones:

1.^a Traer al tercero al proceso mediante una intervención provocada conforme al artículo 14 LEC. Sería ésta una buena solución si el demandante o el Juez de oficio pudieran provocar la intervención del tercero como parte en el proceso de filiación, mas no es precisamente esta solución la que se regula en los párrafos 1 y 2 del artículo 14 LEC.

Según el primer párrafo del artículo 14 LEC la Ley ha de permitir que el demandante llame al tercero en la demanda (parece que con este requisito se quiere establecer un *numerus clausus* de supuestos), mientras ninguna norma hay que permita al actor en un proceso de reclamación de la paternidad llamar a terceros concubentes. Además, en el artículo 14.1 LEC se prevé la intervención del tercero sin la cualidad de demandado, cuando en un proceso de reclamación de la paternidad interesa que los terceros intervengan como parte procesal con el fin de, en su caso, poder declarar su paternidad.

En el segundo párrafo del artículo 14 LEC se contempla la posibilidad de que, cuando la ley lo permita, el demandado llame a un tercero para que intervenga en el proceso. De ahí que esta solución tampoco es la adecuada porque, como ya he dicho, la ley no

¹³¹ Así RIVERO HERNÁNDEZ, «Una nueva doctrina sobre la obligación...», *loc. cit.*, p. 383.

prevé la posible intervención de los terceros concubentes ¹³² y al demandado en un proceso de reclamación de la paternidad le basta con oponer la *exceptio plurium concubentium* para lograr una posición procesal favorable, sin necesidad de que sean parte los terceros concubentes ¹³³, por lo que difícilmente el demandado provocará su intervención.

2.^a Quizás se pueden salvar las objeciones hechas a la solución anterior, si se admite que en el artículo 150.2 LEC ¹³⁴ se establece un supuesto general de intervención provocada de terceros que están identificados en autos. En este caso, la iniciativa del llamamiento no la toman las partes, sino el Tribunal, aunque nada impide que esta potestad se utilice en supuestos en que las partes debieron instar el llamamiento ¹³⁵.

A esta solución se puede objetar que el artículo 150.2 LEC no regula propiamente un supuesto general de intervención provocada porque no se halla entre las disposiciones relativas a la intervención, sino simplemente un concreto acto procesal de comunicación, que es la notificación de la pendencia del proceso a las personas que puedan verse afectadas por la sentencia.

3.^a Demandar a los terceros y solicitar la acumulación de procesos de acuerdo con el artículo 80 LEC. Esta solución que parecía ser la única posible bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 tiene como principal inconveniente alargar el procedimiento. Inconveniente que hay que intentar evitar sobre todo en interés del hijo ¹³⁶.

¹³² Quizás cabría interpretar que el artículo 101 del Código de familia catalán sí permite provocar la intervención de los terceros concubentes, en cuanto prevé: «1. La prova de les relacions sexuals de la mare amb un home diferent del demandat durant el període legal de concepció no és motiu suficient per a destruir-ne la presumpció de paternitat. 2. En el supòsit de l'apartat 1, s'ha de declarar pare aquell la paternitat del qual resulti més versemblant en el procés corresponent. Tanmateix, si la probabilitat de paternitat entre els possibles pares és semblant, no se'n pot declarar la paternitat de cap».

¹³³ En sentido parecido, refiriéndose al Derecho catalán, RIVERO HERNÁNDEZ, *Las acciones de filiación en el Código de familia*, Barcelona, 2001, pp. 183 y 184.

¹³⁴ Según el artículo 150 LEC (*Notificación de resoluciones y diligencias de ordenación*): «1. Las resoluciones judiciales y diligencias de ordenación se notificarán a todos los que sean parte en el proceso. 2. Por disposición del Tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare. Esta comunicación se llevará a cabo, con los mismos requisitos, cuando el Tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos».

¹³⁵ Véase, sobre esta posibilidad, ORTELLS RAMOS/ORTELLS RAMOS Y OTROS, *Derecho Procesal Civil*, Navarra, 2000, p. 191.

¹³⁶ Observa RIVERO HERNÁNDEZ (*Las acciones de filiación...*, cit., p. 184) que como en este caso habría que suspender el procedimiento para dar ocasión a la parte demandante de poder demandar también a los designados como nuevos concubentes, acumulando luego todos los procesos, la suspensión puede ser problemática si no hay acuerdo entre las partes (art. 19.4 LEC).

Cuando la madre quiera determinar la filiación paterna de su hijo, pero desconozca cuál de entre los varones que con ella cohabitaron durante el período de la concepción es el padre, puede ejercitar simultánea y alternativamente tantas acciones de reclamación de la paternidad como concubentes haya ¹³⁷.

En este supuesto, como la intervención de varios hombres en el proceso no se deberá a que el demandado ha opuesto la *exceptio plurium concubentium*, los problemas procesales que suscita esta excepción se evitan. Sin embargo, se puede objetar a esta solución que si la madre hace una acumulación subjetiva de acciones alternativas dirigidas contra los varones que con ella cohabitaron en la época de la concepción, como sólo uno de ellos puede ser el padre, se impondrán costas a la madre por rechazarse todas sus pretensiones respecto de los varones que resulten no ser el padre (cfr. art. 394 LEC).

Ahora bien, por tratarse de un supuesto que presenta serias dudas de hecho y por la naturaleza de los intereses en conflicto creo que lo normal será que el Juez aprecie que no procede la expresa imposición de costas a la madre.

4.^a Otra solución podría ser llamar a los terceros al proceso después de la contestación a la demanda a petición de parte o de oficio, con fundamento en el artículo 753 LEC («... de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten...»).

Aunque seguramente el legislador al establecer esta norma más bien pensaba en facilitar la intervención en el proceso de las personas que debieron ser demandadas inicialmente en la demanda y no lo fueron ¹³⁸, nada impide aplicarla en caso de esgrimirse la *exceptio plurium concubentium*, a falta de otra norma específica. Además, se trata de un precepto aplicable a los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores ¹³⁹. Por estas

¹³⁷ No es inusual que una madre en esa situación desee que el análisis del ADN se realice en secreto y que con ese fin tome muestras, como podrían ser cabellos con la raíz, del niño y de alguno o algunos de los varones con los que tuvo relaciones sexuales durante el período de la concepción. Si, por ejemplo, duda sobre si el padre de su hijo es el hombre que con ella convive (del que obtiene muestras) u otro varón, con la prueba del ADN se acabarán sus dudas, porque el resultado será positivo o negativo. En el primer caso, padre será el varón con quien convive, y en el segundo, el otro hombre, al ser excluido como padre el compañero de la madre. Como indica WALL (*op. cit.*, p. 90), este modo de realizar la prueba del ADN puede considerarse poco ético y por ello esa información no podría ser utilizada en los tribunales, pero acabaría con un «fantasma familiar», además la madre podría reclamar con más seguridad la paternidad al probable padre.

¹³⁸ Vid., RIVERO HERNÁNDEZ, *Las acciones de filiación...*, cit., p. 183.

¹³⁹ No ha lugar, en cambio, a aplicar el artículo 420 LEC (dedicado a la posible integración voluntaria de la litis en casos controvertidos de litisconsorcio necesario), en primer lugar, porque este precepto se refiere a casos de litisconsorcio necesario y en mi opinión en el supuesto de la *exceptio plurium concubentium* no lo hay, pues puede consti-

razones, pienso que, en general, ésta será la solución más idónea al problema procesal que plantea la *exceptio plurium concubentium*.

Cuando se ha conseguido la intervención de los terceros como parte en el proceso, si con el análisis del ADN se comprueba la no paternidad de todos los hombres que cohabitaron con la madre menos la de uno que se niega a que le sea practicado dicho análisis, como regla general, debe declararse padre al renuente –siendo así desvirtuada la *exceptio*– si hay otros indicios de su paternidad.

Esta solución entiendo que debe admitirse no por estimar que, por ejemplo, si de tres concubentes es excluida la paternidad de dos, el tercero, sin más, tiene que ser el padre (decisión arbitraria si no se fundamenta, pues siempre pueden haber existido otros ignorados concubentes)¹⁴⁰, sino que procede declarar progenitor a ese tercer concubente –al igual que cuando hay un único demandado al que se reclama la paternidad que se niega a que le sean practicadas pruebas biológicas– por suponer que razones hay, que no revela, que le hacen adoptar una actitud reticente y que incitan a creer que es el padre, siempre que, además, existan otros indicios de la paternidad.

En este contexto, la negativa a someterse al análisis del ADN de quien inicialmente era un tercero considero que debe ser apreciada como un indicio valioso de paternidad que junto con otros ayudará a formar el juicio del Juez.

Cuestión más intrincada es la de cómo solucionar el conflicto de paternidades de hecho que se origina si habiendo sido opuesta la *exceptio plurium concubentium* varios concubentes rehúsan someterse al análisis del ADN. En este caso es obvio que la declaración de la paternidad se dificulta enormemente al no admitirse en nuestro Derecho el empleo de la coerción para lograr el sometimiento a las pruebas biológicas.

En semejante situación únicamente cabe que el Juez declare la paternidad de alguno de los concubentes cuando aprecie que existen indicios (por ejemplo, la convivencia estable con la madre

tuirse correctamente la relación jurídica procesal con sólo un concubente demandado. En segundo lugar, el artículo 420 LEC es una norma que se encuentra entre las que regulan el juicio ordinario, mientras los procesos de filiación son verbales especiales. Y, por último, resulta innecesario aplicar el artículo 420 LEC para solucionar la situación conflictiva que plantea la *exceptio plurium concubentium* existiendo el artículo 753 LEC, en cuanto éste es precepto aplicable a los procesos verbales especiales de filiación.

¹⁴⁰ Queda evidentemente superada la opinión de BARBIER, que sostenía que la *exceptio plurium concubentium* no puede ser rechazada demostrando por prueba biológica que el tercero no es el padre, porque la existencia de otro amante no se considera por la Ley como un motivo de titubeo entre dos paternidades posibles, sino de sospecha de otras relaciones desconocidas («L'examen de sang et rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation», *RTDC*, 1949, p. 354).

durante el período de la concepción, la posesión de estado...) que la hacen suficientemente verosímil. No obstante, en la mayoría de ocasiones, le faltarán al Juez elementos para pronunciarse a favor de la paternidad de algún concubente, lo que generalmente provocará la desestimación de la demanda¹⁴¹. Por esto, se justificaría totalmente la práctica forzosa del análisis del ADN en supuestos problemáticos como el recién descrito.

7.4 NEGATIVA DEL ACUSADO POR UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL A SOMETERSE AL ANÁLISIS DEL ADN

Cuando el supuesto padre es un acusado en un proceso penal por la comisión de un delito contra la libertad sexual (*v. gr.*, agresión sexual), su negativa a someterse al análisis del ADN con el que se pretende averiguar si es o no el padre del hijo de la víctima tiene distinta relevancia en el ámbito penal y en el ámbito civil. Mientras de la negativa del acusado a someterse a las pruebas biológicas de paternidad no pueden deducirse consecuencias negativas para aquél en la vía penal (así, STS [Sala de lo Penal] de 11 de diciembre de 2001 [RJ 2002/1525]), pues no caben presunciones contra el imputado en ese ámbito, sí puede, en mi opinión, el Juez que *ex* artículo 193 CP tenga que pronunciarse sobre la filiación del hijo de la víctima, valorar dicha negativa como un indicio más que junto con otros permite declarar la paternidad del acusado conforme al artículo 767.4 LEC.

En un futuro próximo será de sumo interés conocer cómo se interpretará el nuevo segundo párrafo del artículo 363 LECrim, introducido por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, porque del sentido que se dé a la expresión «podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad», dependerá que sea posible o no recurrir a la coerción, incluso física, cuando el sospechoso de un delito contra la libertad sexual se niegue a someterse a las intervenciones corporales pertinentes para obtener muestras biológicas con el fin de determinar su ADN.

En el caso de que se opte por considerar que la obtención forzosa de muestras es una intervención corporal adecuada a los principios de proporcionalidad y razonabilidad si se cometen delitos

¹⁴¹ Para más detalles sobre mi postura en estos casos puede consultarse mi trabajo *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, Madrid, 1993, pp. 129 ss.

contra la libertad sexual, otro interrogante a resolver será si las muestras así obtenidas pueden también destinarse a la investigación de la paternidad del sospechoso, pues para esto es competente el juez penal (*cf.* art 193 CP).

Sin duda, la polémica está servida, porque no cabe esperar que el Gobierno en el Real Decreto que debe elaborar en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resuelva estos problemas.

8. MEDIDAS PARA HACER EFECTIVA LA PRÁCTICA DEL ANÁLISIS DEL ADN

Nuestro TS sostiene que «la toma de muestras –sangre– para la práctica de la prueba de la paternidad ... no puede imponerse a una persona por la fuerza, ni puede ser físicamente obligada a la toma de tal muestra para la práctica de la referida prueba, ya que dicha acción iría contra los derechos fundamentales a la integridad física y moral así como al de libertad de la persona; todo ello sin perjuicio de las consecuencias lógicas que haya lugar a deducir de tal negativa» (*sic*, STS de 13 de marzo de 1998 [RJ 1998/1288])¹⁴².

Con gran imprecisión se pronunció el Tribunal Constitucional sobre esta cuestión en su Sentencia 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7), en la que afirmó la obligación del demandado de someterse a las pruebas biológicas, pero sin manifestarse abierta y claramente sobre las consecuencias de su negativa a tal sometimiento, ya que no llegó a decir con claridad lo que hay que hacer exactamente ante la negativa de quien debería soportar las pruebas biológicas.

La ambigüedad de la sentencia 7/1994, de 17 de enero, provocó que la doctrina la interpretara de diferente manera. Mientras algunos autores entendieron que el TC pretendió justificar o consagrar la imposición forzosa de las pruebas biológicas en los procesos de filiación¹⁴³, otros dedujeron que no pueden practicarse con empleo

¹⁴² Véanse, también, las sentencias del TS de 14 de noviembre de 1987 [RJ 1987/8401], 21 de mayo de 1988 [RJ 1988/6543], 14 de julio de 1988 [RJ 1988/5690], 14 de mayo de 1991 [RJ 1991/3666], y de 18 de mayo de 2001 [RJ 2001/6460], como más significativas, entre muchas.

¹⁴³ Así lo entendieron, RIVERO HERNÁNDEZ, «Una nueva doctrina sobre la obligación...», *loc. cit.*, p. 380; y OCAÑA RODRÍGUEZ, «La sentencia del Tribunal Constitucional de 17-1-94 sobre filiación, desde una perspectiva procesal», *loc. cit.*, pp. 124 y 130. Yo también lo consideré así, con demasiado optimismo, en mi trabajo «De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero», *RJC*, 1994, núm. 3, p. 116.

de la fuerza física, si no hay una disposición legal que lo permita¹⁴⁴. Fuere cual fuere la intención del TC cuando dictó la sentencia 7/1994, de 17 de enero, lo cierto es que esta sentencia no tuvo ninguna incidencia en la doctrina sostenida hasta entonces por el TS¹⁴⁵.

Con posterioridad el TS también ha afirmado que «el afectado está obligado a posibilitar su práctica; no sólo, como dice la STC de 17 de enero de 1994, por deberes elementales de buena fe y de lealtad procesal, y de prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE); sino, por el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE)» (STS 28 de febrero de 1997 [RJ 1997/1392]).

Por su parte el Tribunal Constitucional en sentencia 95/1999, de 31 de mayo de acogió la doctrina establecida por el TS antes y después de la controvertida STC 7/1994, de 17 de enero¹⁴⁶, que ha sido consagrada en el vigente artículo 767.4 LEC.

Habida cuenta de que perjudica al hijo que no se pueda averiguar, ni deducir con un gran margen de seguridad quién es su progenitor, resulta evidente que lo deseable sería conseguir que siempre que sea necesario un análisis de ADN para la adecuada resolución del pleito pudiera realizarse.

¹⁴⁴ Véase, CHOCLÁN MONTALVO, «Sobre las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional», *AJA*, 1994, núm. 137, p. 4; LLEDÓ YAGÜE, «La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 enero 1994» (*sic*), *Rev. Der. Gen. H.*, 1994, núm. 1, p. 208; VEIGA NICOLE, «La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro Derecho. La verdad biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad», *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 40 y 41; y ÁLVAREZ GARCÍA, «Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales», *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 145.

¹⁴⁵ Además de los autores citados en las dos notas anteriores, comentaron esta sentencia: RUBIDO DE LA TORRE, «La investigación de la paternidad en el Derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa», *RGD*, 1995, p. 4847; BUJOSA VADELL, «El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero)», *RGD*, 1996, pp. 179 ss.; MORO ALMARAZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero», *CCJC*, 1994, núm. 34, pp. 325 ss.; SAINZ DE ROBLES, «La investigación de la paternidad en el proceso civil (En torno a la Sentencia TC 7/1994, de 17 de enero)», *Tapia*, 1994, núm. 75, p. 3; y SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, «La investigación de la paternidad en las resoluciones del TC», *AJA*, 1994, núm. 143, p. 1.

¹⁴⁶ Como observa ETXEBERRÍA GURIDI, la sentencia del TC 95/1999, de 31 de mayo, consolida el definitivo abandono de cualquier pretensión de atribuir a la negativa del afectado por las pruebas biológicas la naturaleza de obligación procesal con las consecuencias jurídicas que ello pudiera acarrear («La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?», *Act. Civ.*, 2000, 1, p. 485).

El logro de este objetivo parece que sólo es alcanzable haciendo uso de la coerción como en Alemania¹⁴⁷, donde en virtud del principio del *Duldungspflicht*¹⁴⁸—cuya traducción más aproximada es la de deber de sometimiento o deber de soportar¹⁴⁹— existe la obligación para las partes y los terceros¹⁵⁰ de tolerar todos los exámenes susceptibles de conducir al descubrimiento de la realidad biológica (§ 372 a) ZPO)¹⁵¹. Recurrir a la coerción física entiendo que no es factible hoy en España —como ha sostenido nuestra jurisprudencia— mas no ya por los argumentos (a los que después aludiré) que se suelen invocar en apoyo de esa posición, sino porque, como en Alemania, haría falta una ley que previese el posible uso de la coerción.

¹⁴⁷ También se recurre a la coerción física en caso de negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas en países del norte de Europa y en algunos Estados de EEUU (SIEHR, «Die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung und ihre rechtliche Hindernisse im Nichtehelehenrecht der EWG-Staaten», *FamRZ*, 1974, 8/9, p. 409; ROSE-KAAN, «Der Vaterschaftsprozess in Frankreich und in Österreich», *Zs. f. Rechtsvergleichung*, 1980, p. 282; MICHAELIDES-NOVAROS, «La preuve de la paternité et le progrès de la science», *RIDC*, 1957, p. 50; y FRANK, «Die zwangsweise körperliche Untersuchung zur Feststellung der Abstammung», *FamRZ*, 1995, 16, p. 981).

¹⁴⁸ Analiza con detenimiento el sistema alemán desde una perspectiva procesal ETXEBERRÍA GURIDI, «La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo. ¿una renuncia a postulados anteriores?», *loc. cit.*, pp. 496 ss.

¹⁴⁹ Introducido en Alemania por influencia de las ideas racistas del Nacionalsocialismo por la ley de 12 de abril de 1938. Dicen SCHUMANN y LEIPOLD que su subsistencia se justifica en la actualidad por la especial situación probatoria que tiene lugar a efectos de aclarar la procreación, en muchos casos sólo posible con la práctica de prueba biológica. Y dado que el Derecho material atribuye a la paternidad biológica una importancia decisiva, el Derecho procesal procura asegurar, en consecuencia, su demostrabilidad (*Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2. Bd. Tübingen, 1972, p. 1563; véase también SAUTTER, «Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO», *AcP*, 1962, 161. Band, pp. 215 ss.).

¹⁵⁰ Sobre la obligación de los terceros de someterse a las pruebas biológicas en Alemania puede verse WEBER, «Körperliche Untersuchung eines Dritten im Abstammungsprozess», *NJW*, 1963, 13, p. 574. Mencionan ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, como terceros que tienen el deber de someterse a una extracción de sangre o a otras intervenciones corporales necesarias para la declaración de la filiación, a quienes intervienen como litisconsortes adhesivos, a testigos y padres, abuelos o hermanos de las partes (*Zivilprozessrecht*, München, 2004, pp. 809 y 825).

¹⁵¹ Del 2.º párrafo del § 372 a) BGB resulta que sólo se puede recurrir a la coerción tras repetidas negativas injustificadas del obligado a someterse a las pruebas biológicas —sobre cuyo fundamento decide el Tribunal mediante «Zwischenurteil» (auto)— previa condena al pago de las costas causadas y multa, por aplicarse analógicamente los §§ 386 a 390 ZPO donde se prevén esas medidas para el caso de la negativa a testificar. Sólo entonces se pueden ordenar apremios directos y la comparecencia forzosa con el fin de efectuar las pruebas biológicas pertinentes pudiendo servirse el Tribunal para ello de los agentes judiciales, o incluso, de ser necesario, de la policía (SCHUMANN/LEIPOLD, *op. loc. cit.*, pp. 1566 y 1567; DAMRAU, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2, 2. Auflage, München, 2000, pp. 113 ss.; RAUSCHER, *op. loc. cit.*, pp. 99 ss.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *op. loc. cit.*, p. 811; y FRANK, *op. loc. cit.*, p. 977).

Los tribunales alemanes han considerado que son razones injustificadas para negarse a someterse a las pruebas biológicas, por ejemplo, el temor a ser perseguido criminalmente por falso testimonio (así, la sentencia de 29.5.1970, del OLG de Nürnberg, *FamRZ*, 1970, 11, pp. 597 ss.; y la de 8.8.1978, del OLG de Frankfurt, *NJW*, 1979, 24, p. 1257) o por resultar ser padre del hijo de la propia hija biológica (sentencia de 19.8.1992, del OLG de Hamm, *FamRZ*, 1993, 1, pp. 76 ss.); o el ser Testigo de Jehová (sentencia de 16.10.1974, del OLG de Düsseldorf, *FamRZ*, 1975, 1, pp. 51 y 52). Véase también sobre esto, SCHUMANN/LEIPOLD, *op. loc. cit.*, p. 1565; y RAUSCHER, *op. loc. cit.*, p. 102.

En nuestro país la breve regulación legal que por ahora existe sobre el análisis del ADN tan sólo se refiere a su uso en la investigación criminal sin que quede claro si es posible el empleo de la coerción para la obtención de muestras, por lo que este margen de incerteza seguramente inclinará interpretación de la ley (art. 363.2 LECrim) a favor de la no imposición forzosa de la prueba del ADN, tal como se venía apreciando antes de que existiera la actual normativa específica sobre la prueba del ADN ^{151 bis}.

Pienso que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional sería admisible una ley (orgánica, por supuesto, por afectar a derechos fundamentales) en la que se permitiera el uso de la coerción (una fuerza razonable) como último recurso para vencer la resistencia de quien se niega a someterse a un análisis de ADN en un proceso de filiación, máxime teniendo en cuenta que la intervención corporal necesaria para realizar tal análisis es mínima e indolora y tan o más grave me parece la violación de algunos derechos fundamentales que la ley permite en ciertos casos ¹⁵².

De la facultad que tienen los Jueces alemanes de emplear la fuerza con el fin de que se practiquen pruebas biológicas, no se hace un uso desmedido, ya que, según la doctrina y la jurisprudencia de su país, invariablemente han de ser respetados dos principios: el de *Erforderlichkeit* (necesidad) y el de *Verhältnismäßigkeit* (proporcionalidad), pues sólo entonces está justificada la limitación del derecho fundamental que tiene toda persona a la integridad corporal recogido en el artículo 2 Abs. 2 de la *Grundgesetz*.

^{151 bis} Creo que sigue siendo necesaria una Ley Orgánica que de forma clara y expresa prevea la posibilidad de tomar muestras del afectado sin su consentimiento. Parece que se pronuncia en este sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN», *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 231 y 233. De opinión diferente es MONTERO LA RUBIA, en cuanto llega a la conclusión de que sí cabe la imposición, conforme al nuevo artículo 363.2 de la LECrim, de la práctica de la diligencia de recogida de muestras para la identificación por ADN del sospechoso ante la oposición de éste («Las intervenciones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre», *BIMJ*, 1 de agosto de 2004, núm. 1979, p. 2971).

¹⁵² Sin ir más lejos, en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, se prevén las siguientes medidas que puede acordar el Juez como efectos del concurso sobre derechos fundamentales del concursado: 1.^a La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso. 2.^a El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si el deudor incumpliera este deber o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el Juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario. 3.^a La entrada en el domicilio del deudor y su registro. Esta última medida puede adoptarse incluso cuando las personas afectadas nieguen su consentimiento en caso de concurrir determinadas circunstancias (indicios racionales de existencia de documentos de interés para el procedimiento concursal, no aportados, o la necesidad de esta medida para la adopción de cualquier otra procedente).

El primero de estos principios implica que sólo cabe efectuar inspecciones médico-biológicas forzosas cuando tengan una importancia decisiva y sean una prueba necesaria para el esclarecimiento de la filiación, lo que exclusivamente puede afirmarse cuando tras haber agotado todos los medios de prueba disponibles la cuestión de la filiación no se haya resuelto y sólo la práctica de pruebas biológicas parece que posibilitaría una aclaración¹⁵³.

Conforme al segundo principio, una persona está obligada a tolerar una prueba biológica siempre que no comporte un perjuicio para su salud física¹⁵⁴ o psíquica. Si es un tercero el que tiene que someterse a las pruebas biológicas porque se sospecha que también cohabitó con la madre además del demandado a quien se reclama la paternidad, debe demostrarse previamente que existe un *Anhaltspunkte für Mehrverkehr* (un punto de partida del que inferir el trato sexual), con la idea de evitar que la persona se convierta en un mero objeto del proceso, lo que sucedería si se dispusiera su sujeción a las pruebas biológicas sobre la base de cualquier desconsiderada declaración¹⁵⁵. A lo dicho sobre este segundo principio hay que añadir que la investigación biológica de la paternidad ha de llevarse a cabo con métodos científicos reconocidos y serios¹⁵⁶ cuya solvencia sea indiscutible, pues la persona afectada no es ningún conejillo de indias, ni puede ser obligada a cooperar en experimentos científicos¹⁵⁷.

Se ha objetado en nuestro país, como en otros en los que el sometimiento forzoso a las pruebas biológicas no se acepta, que el uso de la coerción es inadmisibles por vulnerar ciertos derechos de la personalidad¹⁵⁸, como los derechos a la integridad física y a

¹⁵³ SCHUMANN/LEIPOLD, *op. loc. cit.*, p. 1563; ROTH-STIELOW, *Der Abstammungsprozess. Prozeßrecht- Materielles Recht*, München, 1978, p. 106; y THOMAS-PUTZO, *Zivilprozessordnung*, München, 1981, p. 699.

¹⁵⁴ Lo cual, dicen SCHUMANN y LEIPOLD no es objetivable y ha de determinarse en cada caso concreto en atención a la persona a examinar (*op. loc. cit.*, p. 1566).

¹⁵⁵ Así FURKEL, «La recherche de paternité naturelle en Droit allemand et français», *RIDC*, 1975, p. 341, nota 62; THOMAS PUTZO, *op. cit.*, p. 699; ROTH-STIELOW, *op. cit.*, p. 107; la sentencia del OLG de Stuttgart de 5.10.1972 (*NJW*, 1972, 49, p. 2226); y la del OLG de Karlsruhe de 15.6.1972 (*Die Justiz*, 1972, p. 357).

Sin embargo, no parece ser de esta opinión BEITZKE, por entender que muchas veces la cohabitación debe y puede ser comprobada precisamente mediante una prueba biológica («Rechtsfragender Vaterschaftsbegutachtung», Beitzke/Hosemann/Dahr/Schade, *Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis*, Göttingen, 1978, p. 21).

¹⁵⁶ SCHUMANN/LEIPOLD, *op. loc. cit.*, p. 1564; THOMAS-PUTZO, *op. cit.*, p. 701; y ROTH-STIELOW, *op. cit.*, p. 106.

¹⁵⁷ ROTH-STIELOW, *op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁸ Véase, sobre esto, RIVERO HERNÁNDEZ, «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales (Con ocasión de dos autos del Tribunal Constitucional)», *PJ*, marzo 1992, núm. 25, pp. 53 ss.; y EGUSQUIZA BALMASEDA, «El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (y II)», *Rev. Der. Gen. H.*, 1995, núm. 3, pp. 56 ss.

la libertad personal, e incluso el derecho a la intimidad (piénsese en que a través del análisis de ADN se pueden poner al descubierto ciertas enfermedades hereditarias congénitas que a lo mejor se desea preservar del conocimiento ajeno)¹⁵⁹.

En mi opinión, estos argumentos resultan insuficientes –sobre todo desde que es posible investigar la paternidad o la maternidad analizando el ADN en muestras de fácil e indolora obtención (como pueden ser un cabello, saliva, etc.), que incluso podrían proporcionarse en el Juzgado dando fe de ello el Secretario Judicial– porque creo que también es un derecho fundamental o esencial de la persona conocer la propia filiación biológica y que ésta se determine, con apoyo en el artículo 10 C.E.¹⁶⁰. Con la consecuencia de que en la ponderación de intereses en juego debe estimarse más valioso el derecho de la persona que anhela conocer y determinar su filiación biológica que el del individuo que rehúsa someterse a un análisis de ADN sin razón alguna que justifique su negativa, en aquellos supuestos en los que la práctica de dicha prueba se considere decisiva o imprescindible para resolver adecuadamente el pleito, pues su actitud entraña un abuso del derecho muy difícilmente defendible, amén de que ello supone, sin duda, una falta de colaboración con la Justicia (*cf.* art. 118 CE y art. 17.1 LOPJ). Los derechos fundamentales no son absolutos y en determinados supuestos pueden ser objeto de limitaciones o restricciones cuando así lo exijan intereses superiores, como el interés del hijo en averiguar y determinar quién es su padre.

Quizás las objeciones más importantes, rebatibles en mi opinión, que se podrían hacer a este razonamiento en la actualidad, son:

1.^a Al no consagrarse expresamente el derecho a conocer el propio origen como un derecho fundamental¹⁶¹, ni en el artículo 14,

¹⁵⁹ En la sentencia de 27 de junio de 1987 el TS afirma: «la investigación de la paternidad por medios biológicos, aun propiciada por el artículo 39.2 de la Constitución y expresamente por el artículo 127 del Código Civil, no puede ser impuesta obligatoriamente y contra su voluntad a ningún ciudadano, quien especialmente, cuando se trata de la prueba de análisis de sangre, puede amparar su negativa a someterse a ella en los derechos que a la protección de la intimidad y a la integridad física le conceden los artículos 15 y 18 de la Carta Magna» (RJ 1987/4825).

¹⁶⁰ Véase, RIVERO HERNÁNDEZ, «La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al *affaire Odièvre*)», *RJC*, 2004, núm. 1, p. 134; VIDAL PRADO, «El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)», *Revista Jurídica de Navarra*, 1996, núm. 22, p. 277; EGUSQUIZA BALMASEDA, «El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (I)», *Rev. Der. Gen. H.*, 1995, núm. 2, p. 76; y mi trabajo, «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen», *ADC*, 1994, núm. 2, pp. 237 ss.

¹⁶¹ Exponente claro de la posibilidad de reconocer nuevos derechos fundamentales es la incorporación al acervo de derechos fundamentales ya existente del derecho a la protección de datos personales consagrado por el TC, con apoyo en los artículos 18.4 y 10.2 CE, en

ni en la Sección primera, del Capítulo segundo, del Título I, de nuestra Constitución, no es susceptible de tutela mediante el recurso de amparo de acuerdo con los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC ¹⁶², ni queda sometido en otros aspectos al régimen jurídico previsto en la Constitución para los derechos fundamentales ¹⁶³.

Mas pienso que esta objeción no es de recibo porque en la medida en que el ejercicio del derecho a conocer el propio origen comporta conseguir cierta información, si ésta no se facilita o proporciona, o si se dificulta o impide su obtención, cuando procede comunicar esa información al interesado, resulta vulnerado el derecho «a recibir libremente información veraz» contemplado en el artículo 20.1.d) CE cuya tutela sí se puede recabar a través del recurso de amparo ¹⁶⁴. Ciertamente es que el artículo 20.1.d) CE más bien parece referirse al derecho a recibir información de los medios de comunicación social sobre hechos que interesan a la colectividad, sin embargo, entiendo que no se excluye de su ámbito el derecho de cada sujeto particular a recibir información sobre hechos personales que le conciernen y afectan de lleno a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE).

En el asunto decidido por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 7 de febrero de 2002 (JUR 2002/78019), caso *Mikulic v. Croacia* ¹⁶⁵, la demandante, una niña

las sentencias 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre; véase, SEOANE RODRÍGUEZ, «De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español ([A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre] [parte I])», *Rev. Der. Gen. H.*, 2002, núm. 16, pp. 73 y 95; y PRIETO GUTIÉRREZ, «Objeto y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales (y II)», *BIMI*, 15 de septiembre de 2004, núm. 1973, pp. 3330 ss.

¹⁶² Así, BASSOLS I PARÉS, «El dret al coneixement de la pròpia filiació biològica», AA VV, *Estudis en homenatge a Robert Vergés*, Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000, pp. 35 y 45; y MAGALDI, *Derecho a saber, filiación biológica y Administración pública*, Madrid, 2004, p. 66.

¹⁶³ El hecho de que su fundamento se encuentre en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad no resuelve esta cuestión porque por su ubicación (art. 10 CE) la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad no aparecen configurados como derechos fundamentales sino como principios. En este sentido afirma el TC en su Auto 149/1999, de 14 de junio (RTC 1999/149 Auto): «la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como “fundamento del orden político y la paz social” (art. 10 CE), para rechazar eventuales violaciones de ese mandato constitucional susceptibles de protección autónoma a través del proceso institucional de amparo».

¹⁶⁴ Considerar que el derecho a recibir determinada información forma parte del contenido del derecho a conocer el propio origen permite defender o tutelar este derecho con todas las garantías constitucionales que protegen los derechos fundamentales: con el recurso de amparo (art. 53.2 CE y art. 41.1 LOTC), con la reserva de ley orgánica (art. 81 CE), con la intervención del Defensor del Pueblo (art. 54 CE), y con el procedimiento agravado de reforma de la Constitución (art. 168 CE).

¹⁶⁵ Véase sobre este asunto, HAUSER, «Le droit à accéder aux moyens de preuve biologique», *RTDC*, 2002, núm. 4, p. 795; y MARGUENAUD/RAYNARD, «Action en recherche de paternité naturelle, tests ADN et droit au respect de la vie privée», *RTDC*, 2002, núm. 4, p. 866.

nacida en 1996, representada por su madre, ejercitó una acción de reclamación de la paternidad ante los tribunales croatas. El demandado fue citado seis veces para el examen de ADN, pero no compareció. En la demanda dirigida contra la República de Croacia la demandante se quejaba de que su derecho al respeto de su vida privada y familiar fue violado debido a la excesiva duración del proceso. También se quejaba de que no tuvo un recurso efectivo para acelerar el proceso o asegurar la comparecencia del demandado ante el tribunal. De interés aquí es destacar que, entre otras cosas, el tribunal entendió que «las personas en la situación de la demandante tienen un interés vital, protegido por la Convención, de recibir la información necesaria para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal»¹⁶⁶.

2.^a Con el análisis de ADN es posible acceder a información genética, de carácter íntimo, de la persona que se somete al mismo, por lo que imponer a la fuerza dicho análisis podría suponer un atentado al derecho a la intimidad genética, cuyo fundamento último también se encuentra en la dignidad de la persona, ya que el genoma es lo que diferencia a los seres humanos entre sí y a la especie humana de las demás¹⁶⁷.

No obstante, pienso que la limitación del derecho a la intimidad genética que supondría la práctica forzosa del análisis de ADN con el fin de hacer valer el derecho a conocer el propio origen se justi-

¹⁶⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en su sentencia de 7 de febrero de 2002, caso *Mikulic v. Croacia*, razonó que la falta de medida procesal para obligar al supuesto padre a cumplir las órdenes que le da el órgano judicial para que se someta a la prueba del ADN sólo respeta el principio de proporcionalidad si se provee de medios alternativos para poder determinar la paternidad con cierta rapidez, cosa que no ocurrió con la demandante. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Mikulic v. Croacia* invocó también el principio del interés del menor y concluyó que hubo una incertidumbre prolongada sobre la identidad personal de la demandante y que no se le garantizó el respeto de su vida privada, por lo que hubo violación del artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales («Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...»). La sentencia condenó por unanimidad a la demandada Croacia.

En este sentido, aunque con un supuesto de hecho diferente, en el asunto *Gaskin v. Reino Unido*, decidido por la sentencia de 7 de julio de 1989 (TEDH 1989/16), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que las personas «tienen un interés primordial, protegido por el Convenio [omissis: para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales], en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia y sus años de formación», por lo que falló que el expediente de los servicios sociales del señor Gaskin estaba indudablemente relacionado con su vida privada y familiar de tal manera que la cuestión del acceso a él debía considerarse incluida en el ámbito del artículo 8 del Convenio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *M. G. contra el Reino Unido*, en sentencia de 24 de septiembre de 2002 (TEDH 2002/50), en un supuesto muy similar al del asunto *Gaskin contra el Reino Unido*, se ha vuelto a pronunciar en el mismo sentido (afirmativo) sobre el derecho del demandante a obtener información de su vida privada y familiar contenida en su expediente de los servicios sociales.

¹⁶⁷ Véase, RUIZ MIGUEL, «La nueva frontera del derecho a la intimidad», *Rev. Der. Gen. H.*, 14/2001, pp. 153 y 154.

ficaría por el mayor valor y trascendencia de este derecho fundamental en los procesos de filiación, en los que subyace un interés social y no sólo el estrictamente privado de las partes¹⁶⁸. Sobre todo teniendo en cuenta que los centros donde se analiza el ADN para averiguar la paternidad o la maternidad suelen realizar dicho análisis en el denominado ADN «no codificante» extremadamente apto para la identificación de las personas (caracterizado por su gran variabilidad entre individuos sin que revele otros datos que los meramente identificativos¹⁶⁹), con lo que se evita en lo posible una intromisión en la intimidad genética, ya que es el ADN codificante el que pone de manifiesto las características biológicas de la persona¹⁷⁰. Además dichos centros no hacen constar en sus informes más datos sobre el ADN de los que interesan en el proceso concreto de filiación¹⁷¹ (se prevén sanciones penales y civiles por la revelación de secretos¹⁷²), a lo que se debe añadir que esos datos no son fácilmente inteligibles por profanos en la materia.

¹⁶⁸ Según RUIZ MIGUEL, las limitaciones a la intimidad genética deben operarse: «en primer lugar, únicamente mediante ley orgánica, pues toda limitación es un “desarrollo” (restrictivo) del derecho. En segundo lugar, la limitación debe ser “necesaria”, lo cual significa que sólo puede procederse a esta limitación si las demás medidas posibles, no lesivas del derecho fundamental, han resultado inoperantes. En tercer lugar, la limitación debe ser “proporcionada” al fin pretendido, lo cual significa que la autorización para invadir el derecho no significa una destrucción total del mismo, sino sólo la ablación de aquella parte del mismo que resulte imprescindible, quedando intacto en lo demás. En cuarto lugar, la limitación sólo puede emprenderse en defensa de bienes o derechos constitucionales, y aun así es de difícil justificación la limitación de un derecho tan importante» (*op. loc. cit.*, p. 157). A mi modo de ver, de todos estos presupuestos el primero podría concurrir y los demás se aprecian en el caso recién expuesto en el texto.

¹⁶⁹ Así se afirmaba en la Exposición de Motivos del Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN (segunda versión), donde además se añadía: «La limitación de los análisis a estos marcadores no codificantes elimina toda vulneración del derecho a la intimidad, dado que –como ha venido reiterando la doctrina más autorizada– los datos obtenidos no revelan más información sobre el individuo que la que pueda ofrecer la huella dactilar» (*BIMJ*, 2000, núm. 1867, p. 1537).

¹⁷⁰ Sobre la distinción entre ADN codificante y ADN no codificante véase LORENTE, *Un detective llamado ADN*, *cit.*, pp. 30 ss., en especial la p. 35; y SÁNCHEZ/SILVEIRA/NAVARRO, *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Barcelona, 2003, p. 87.

Explican HUGUET y CARRACEDO, que gran parte del ADN no codificante se repite en tándem o de forma dispersa por el genoma. El ADN repetido puede estar en *tándem minisatélite* o *microsatélite* (o *STR*, *short tandem repeats*). Los *minisatélites* y los *microsatélites* son extraordinariamente polimórficos (esto es, variables entre los individuos), por lo que son los que más interesa analizar y los más utilizados («Investigación biológica de la paternidad», *loc. cit.*, p. 1172).

¹⁷¹ Se preveía en el artículo 10.3 del Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN (segunda versión): «La Agencia determinará las condiciones de seguridad y todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos» (*BIMJ*, 2000, núm. 1867, p. 1543). En la legalidad vigente se prevé algo similar en la d.a. 3.ª LECrim.

¹⁷² En el reglamento del Instituto de Toxicología (Real Decreto 862/1998, de 8 de mayo) se establece sobre el secreto profesional: «Los facultativos y demás personal del Instituto están obligados a guardar secreto de las actuaciones procesales en que intervengan, o de las que tengan conocimiento» (cfr. art. 199 C.p.). Puede consultarse sobre la violación del secreto profesional OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, Madrid, 2001, p. 5; y APARICIO SALOM, *Estudio Sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Navarra, 2000, p. 207.

Que el derecho a la intimidad no es ilimitado resulta con claridad del artículo 8.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuanto este precepto establece que «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley». Por lo tanto, aunque afecte a la intimidad, sería posible la imposición forzosa de un análisis de ADN si una ley orgánica lo autorizara y se acordara en cada caso dicho análisis por el Juez en resolución motivada, respetando no sólo el principio de necesidad, sino también el principio de proporcionalidad, según el cual debe haber una adecuada proporción entre la intromisión en la intimidad y la finalidad perseguida.

Para la persona interesada en que se investigue y se determine su filiación, como ha dicho el TC en su sentencia 197/1991, de 17 de octubre: «no cabe duda que la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado, ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, que además – en este caso sirve también para lograr el objetivo constitucional establecido en el artículo 39.2 C.E.–...»¹⁷³.

En la sentencia de 29 de junio de 2004 (RJ 2004/4438) el TS apreció que no existía ningún ataque al honor, ni a la intimidad, ni a la propia imagen que la parte recurrente vinculaba a su status social y actual situación familiar estable de persona casada con hijos, porque el derecho a la intimidad no se vulnera cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas, como en el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación, ya que en los supuestos de filiación prevalece el interés social y de orden público al entrar en juego en ellos los derechos de alimentos y sucesorios.

En la sentencia de 25 de junio de 2004 (RJ 2004/4009) el TS, con cita de otras sentencias, afirma que no puede decirse que resulta atacada la intimidad de las personas a través de las pruebas biológicas, cuando se practican con las garantías legales y la negativa carente de justificación, conjugada con otros elementos probatorios, permiten alcanzar judicialmente la declaración de paternidad pretendida.

A mi modo de ver ha de considerarse que el conocimiento del origen biológico y la determinación de la filiación pertenecen a la

¹⁷³ En este caso la prensa publicó circunstancias sobre el origen biológico de los hijos adoptados que los padres adoptivos no habían revelado –la madre adoptiva era la famosa actriz española Sara Montiel– por eso la sentencia se refiere en particular al supuesto del origen biológico del hijo adoptado.

esfera de lo íntimo desde una doble perspectiva. Desde una perspectiva negativa, porque la persona tiene derecho a que la información sobre su origen no sea divulgada (STC 134/1999, de 15 de julio), a que se proteja del conocimiento ajeno. Y desde una perspectiva positiva¹⁷⁴, porque la persona tiene derecho a servirse de todos los medios que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para averiguar su origen, para saber quiénes son sus progenitores y determinar su filiación, por tratarse de algo estrictamente personal que afecta a su identidad individual, incluíble en el ámbito reservado y protegido de su intimidad. De ahí que en mi opinión también podría pedirse la tutela constitucional del derecho a conocer el propio origen mediante el recurso de amparo alegando que no respetar el derecho a conocer el origen biológico entraña una vulneración del derecho a la intimidad.

Por todo ello entiendo que el conflicto de intereses que se plantea entre el derecho a la intimidad de la persona que desea investigar y determinar su filiación y el derecho a la intimidad genética del sujeto que se niega a someterse al análisis del ADN debe resolverse a favor del derecho a la intimidad del primero, por el mayor valor del derecho a conocer el propio origen y lo que comporta.

3.^a La extracción forzosa de muestras con el fin de realizar un análisis de ADN comportaría una restricción a la libertad personal del sujeto y un atentado a su integridad física.

La objeción de la restricción a la libertad personal ni se plantearía si mediante ley orgánica (*cf.* art. 81.1 CE) se permitiera la privación de libertad de una persona por el tiempo imprescindible¹⁷⁵ para tomar muestras con el fin de analizar su ADN¹⁷⁶, ya que según

¹⁷⁴ Sobre la dimensión positiva de la intimidad puede consultarse SÁNCHEZ/SILVEIRA/NAVARRO, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

¹⁷⁵ En la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, se prevé que la adopción de cualquiera de las medidas que puede acordar el Juez que afecte a derechos fundamentales del concursado se acordará estableciendo: «la duración de la medida, con fijación del tiempo máximo de vigencia, que no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido, sin perjuicio de que, de persistir los motivos que justificaron la medida, el Juez acuerde su prórroga con los mismos requisitos que su adopción. Durante el tiempo de vigencia de la medida, el Juez podrá acordar en cualquier momento su atenuación o cese» (art. 1.3 *d*).

Pienso que si una ley orgánica regulara la obligación de soportar un análisis de ADN con el fin de determinar la filiación, debería prever que la duración de la privación de libertad ha de limitarse al tiempo estrictamente necesario para la toma de muestras, estableciendo quizás un límite máximo de tiempo.

¹⁷⁶ Como observa BUJOSA VADELL: «Sería necesaria una nueva norma habilitante, con rango de ley orgánica, que fijara los criterios de proporcionalidad y permitiera la lícita coacción para esta prueba. Creo que esta norma no sería inconstitucional si respetara el principio de proporcionalidad en el caso concreto» (*op. loc. cit.*, p. 192).

el artículo 5.1.b) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950¹⁷⁷, cabe la posibilidad de restringir el derecho a la libertad con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley¹⁷⁸. Obligación que en este caso se justificaría, como he dicho con insistencia, por el gran valor y trascendencia del derecho fundamental a conocer el propio origen y a que la filiación se determine, y por el hecho de que el sacrificio que se exige al sujeto que ha de tolerar la toma de muestras para que se analice su ADN no resulta desproporcionado respecto de la finalidad perseguida, ya que la intervención corporal necesaria para realizar un análisis de ADN, por nimia y banal, no puede considerarse que vulnera la integridad física, ni es inhumana o degradante, ni pone en peligro la vida o salud del intervenido.

La inadmisibilidad de la imposición a la fuerza del análisis de ADN en los procesos civiles de filiación, a falta de una norma en nuestro ordenamiento jurídico que eso autorice, me lleva a meditar sobre la posibilidad de emplear otros medios de presión que estimulen la colaboración a la práctica del análisis de ADN. Pienso, en concreto, en la eventual imposición de multas y en apreciar la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial¹⁷⁹. Además, también he de reflexionar sobre si es admisible o no emplear para el análisis de ADN muestras obtenidas con consentimiento del sujeto pero destinadas a un fin distinto de la determinación de la filiación. Por último haré una valoración final de la solución favorable a la obligatoriedad en el futuro del análisis de ADN en los procesos de filiación, por la que abogo.

¹⁷⁷ Dice así el artículo 5.1 b) CEDH: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:... b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley».

¹⁷⁸ Muestra de tal posibilidad es el artículo 100 (Compulsión sobre las personas) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto en su primer párrafo dispone: «Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre las personas en los casos en que la ley expresamente lo autorice, y dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución».

¹⁷⁹ En Derecho suizo (art. 254.2 ZGB) las partes y los terceros tienen la obligación de cooperar en las pruebas biológicas necesarias para la aclaración de la filiación y que no comportan riesgos para la salud. El Juez puede valorar libremente la negativa a someterse a las pruebas biológicas, que además puede comportar una multa según el Derecho cantonal o que se aprecie la comisión de un delito de desobediencia según el artículo 292 StGB. Se rechaza la aplicación de la fuerza pública (véase, HEGNAUER, *op. cit.*, p. 108; y SCHWENZER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Zivilgesetzbuch I, art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, 2002, p. 1333).

8.1 IMPOSICIÓN DE MULTAS

En nuestro ordenamiento jurídico soportar la práctica del análisis de ADN se configura como una carga procesal¹⁸⁰ en cuanto la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad tan sólo coloca a quien adopta esa actitud en una situación desventajosa, ya que tal comportamiento, según el artículo 767.4 LEC: «permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios». En consecuencia, como someterse a la toma de muestras para el análisis de ADN no es una obligación no me parece procedente sancionar la negativa injustificada con una multa cuando el sujeto cuyo ADN debería ser analizado desde un principio ha dejado clara su postura, ya que la valoración de la negativa injustificada como un indicio de la paternidad o de la maternidad es lo que se prevé legalmente¹⁸¹.

No obstante, en mi opinión, la imposición de multas es una opción posible y a tener en cuenta cuando quien ha de someterse a la práctica del análisis de ADN, debidamente citado, por causas no justificadas, sin haber expresado su negativa, no comparece en el sitio y a la hora señalados para la toma de muestras necesarias para realizar dicho análisis, debiendo ser convocado de nuevo con tal fin repetidas veces.

En este supuesto, dado que esa actitud conculca las reglas de la buena fe, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 LEC, creo que ha lugar a incoar expediente gubernativo, en primer lugar, contra la parte que no se niega claramente, pero tampoco colabora, a la práctica del análisis de ADN, a los efectos de ponderar la imposición de una multa, y, en segundo lugar, contra su Letrado por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria¹⁸².

¹⁸⁰ Lo afirma el TS en las sentencias de 3 de noviembre de 2001 (RJ 2002/230), 11 de marzo de 2003 (RJ 2003/2569), 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8284), y 24 de junio de 2004 (RJ 2004/4315).

¹⁸¹ Sobre los conceptos de obligación y de carga procesal, véase BUJOSA VADELL, *op. loc. cit.*, p. 186.

¹⁸² Dice así el artículo 247 LEC (Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento): «1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de 180 a 6.000 euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. 4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las

Cierto es que la posibilidad de que se imponga una multa puede no producir el efecto desincentivador deseado cuando la persona sancionada goza de una desahogada posición económica. Con todo, pienso que la imposición de una multa no deja de ser por eso una medida que disuadirá en ocasiones de adoptar actitudes obstaculizadoras y de mala fe frente a la decisión judicial de realizar el análisis de ADN.

Si se llega a autorizar en nuestro ordenamiento jurídico la imposición forzosa de las pruebas biológicas con el fin de investigar la filiación creo que sería conveniente, para intentar evitar el empleo de la fuerza física, establecer como medida previa un sistema de multas coercitivas semejante al previsto en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil para ejecutar las obligaciones de hacer algo personalísimo (*cf.* arts. 709 y 711)¹⁸³. En cualquier caso, incluso aunque no se llegue a permitir el empleo de la fuerza física para lograr la práctica del análisis del ADN, creo que para estimular su realización sin tener que recurrir a la compulsión directa sería mejor y más eficaz un sistema de multas coercitivas que la multa sancionadora prevista actualmente en el artículo 247 LEC.

8.2 COMISIÓN DE UN DELITO DE DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD JUDICIAL

Para que pudiera apreciarse la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial por negarse una de las partes a colaborar en la práctica del análisis del ADN cuando lo dispone el Juez, pienso que el sometimiento a la intervención corporal necesaria para realizar ese análisis debería estar configurado como una verdadera obligación en vez de como una carga procesal. De ahí que la negativa a someterse a pruebas biológicas no puede ser penalmente perseguida y castigada porque la ley se limita a valorarla como un indicio que junto con otros indicios de la paternidad o de la maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada.

Sin embargo, creo que sí cabe la compulsión psicológica a través de la advertencia de la valoración que se hará –conforme al art. 767.4 LEC– de la negativa del sujeto a someterse a las pruebas biológicas. Por eso, cuando quien ha de consentir el análisis del ADN no se niega abiertamente a su realización pero adopta una

reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria».

¹⁸³ Véase, QUICIOS MOLINA, *op. loc. cit.*, p. 502.

actitud obstruccionista y contraria a la buena fe procesal al no presentarse para que le sean tomadas las muestras necesarias con el fin de que se analice su ADN, habiendo sido citado correctamente reiteradas veces, parece admisible y pertinente convocarlo a la vista, con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial en caso de no comparecer el día señalado en la vista, para advertirle de que su actitud se interpretará como una negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas, con las consecuencias que ello comporta. Piénsese en que para que proceda la aplicación del artículo 767.4 LEC la ley exige una «negativa injustificada», que no queda clara si el sujeto en principio se limita a no comparecer en el lugar y momento indicado para la toma de muestras con las que analizar su ADN. Situación ésta que resultará todavía más ambigua, indefinida y problemática si el sujeto manifestó su intención de someterse a las pruebas biológicas o si justifica de alguna manera (insuficientemente) sus reiteradas incomparecencias. De ahí que presionar como acabo de exponer al sujeto cuyo ADN se ha de analizar, para que claramente manifieste su intención de no someterse a las pruebas biológicas o, en su caso, con el fin de advertirle de las consecuencias de su actitud reticente, me parece pertinente. Y si tras sucesivos apercibimientos de incurrir en delito de desobediencia en caso de no acudir a la vista, el sujeto sigue sin comparecer en la vista, o si habiendo asistido a la vista luego no se presenta para que se le extraigan las muestras necesarias con el fin de examinar su ADN, pienso que se puede considerar que por su parte existe una negativa injustificada a someterse al análisis de ADN a efectos de aplicar el artículo 767.4 LEC, sin perjuicio de la posibilidad de imputarle además, cuando haya lugar a ello, la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, cuyos efectos disuasorios pueden ayudar a vencer la resistencia de otros sujetos a someterse al análisis del ADN.

8.3 OBTENCIÓN DE MUESTRAS PARA ANALIZAR EL ADN DE UNA PERSONA SIN SU CONSENTIMIENTO Y SIN EMPLEAR *VIS FÍSICA*

De lo expuesto se colige que en nuestro ordenamiento jurídico el análisis del ADN realizado con el fin de investigar la paternidad o la maternidad es lícito cuando lo consiente el sujeto que se ha de someter al mismo, porque en ese caso no pueden considerarse vulnerados derechos fundamentales. Por razones que ya he ido indicando tampoco sería ilícito un análisis de ADN impuesto a la fuerza si una ley orgánica lo permitiera. La falta de cobertura legal que

legitime la práctica forzosa de tal análisis en los procesos de filiación me lleva a plantear si sería procedente y admisible realizarlo sin consentimiento o contra la voluntad del sujeto cuyo ADN se ha de examinar, de poder conseguir muestras idóneas para ello sin necesidad de forzarlo, por haber facilitado el afectado sangre u otros fluidos o tejidos corporales para un fin distinto al de la investigación de la paternidad o de la maternidad (por ejemplo, a un centro hospitalario con ocasión de una intervención quirúrgica).

A mi juicio, mientras una ley no autorice ese modo de actuar, en cuanto vulnera el derecho a la protección de datos personales, recientemente consagrado por el Tribunal Constitucional¹⁸⁴ como culminación de la tutela de la esfera íntima y privada de la persona¹⁸⁵, toda prueba así obtenida sería ilícita, procesalmente ineficaz y debería rechazarla el Juez por contravenir el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales»).

En apoyo de esta postura hay que mencionar la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de protección de datos de carácter personal¹⁸⁶, en la que se exige el consentimiento del interesado para el tratamiento automatizado de sus datos personales, ya que en el artículo 6.1 dispone: «El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa»; en el artículo 7.3 prevé: «Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente»; y en el artículo 11.1

¹⁸⁴ En las sentencias 290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre. Puede consultarse sobre esto SEOANE RODRÍGUEZ, *op. loc. cit.*, pp. 71 ss.

¹⁸⁵ Observa SEOANE RODRÍGUEZ que «son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos» (*op. loc. cit.*, p. 98).

¹⁸⁶ Creo que procede la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, porque como observa APARICIO SALOM aunque la muestra biológica sin analizar no puede ser considerada como un dato, puesto que es necesario su análisis para la obtención de la información, la tenencia de una muestra biológica constituye un riesgo de tratamiento de datos, puesto que permite a quien tiene acceso a la misma obtener toda la información contenida en dicha prueba. En el momento en que la muestra se somete a un análisis genético se obtienen datos de carácter personal, ya que el resultado del análisis es una información, que está referida a la persona titular de la muestra (*op. cit.*, p. 52).

establece: «Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado». No creo que la comunicación de datos personales prescindiendo del consentimiento del interesado cuando tenga por destinatarios a jueces y tribunales, a que se refiere el artículo 11.2.d) ¹⁸⁷, abarque la cesión de muestras de las que deducir el perfil genético con el fin de determinar la filiación, porque en este caso además de tal cesión sería necesario el análisis del ADN de las muestras y para ello es necesario el consentimiento del afectado ¹⁸⁸.

Por su parte, el artículo 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone que tendrá la consideración de intromisión ilegítima «la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela».

Distinta habría de ser la solución si fuera posible imponer a la fuerza el análisis del ADN, porque en ese caso creo que el Juez podría ordenar a cualquier tercero (laboratorio, centro médico, etc.) que aportara al proceso las muestras necesarias para examinar el ADN con el fin de investigar la paternidad o la maternidad, lo que se justificaría sobre todo por el propósito de evitar emplear la *vis física* para conseguir muestras.

Mientras no se permita por ley orgánica la imposición forzosa del análisis del ADN en los procesos de filiación, tampoco me parece admisible la investigación de la paternidad o de la maternidad analizando el ADN de muestras proporcionadas voluntaria-

¹⁸⁷ Dice literalmente el artículo 11.2 d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal: «El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: ... d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas».

¹⁸⁸ Sobre este tema dice APARCIO SALOM: «en el caso de que vaya a procederse al análisis de la muestra, será legalmente obligatorio, por imponerlo así los artículos 5 y 6 de la LOPD, que se informe debidamente al interesado (o sus padres o tutores) de dicha intención, de la finalidad del análisis y de la información que pretende obtenerse de ella y que se consienta todo ello por el mismo consentimiento que habrá de ser expreso, puesto que la información a obtener normalmente será relativa a la intimidad especialmente protegida del artículo 7. Otro tanto ocurrirá en el caso de que el resultado del análisis genético ya realizado, que se considera un conjunto de datos, vaya a ser objeto de un estudio específico, del que pretenda obtenerse alguna información concreta. Esto es, cuando pretenda analizarse la información obtenida de algún análisis genético, sin necesidad de analizar nuevamente la muestra biológica. Este supuesto constituye un nuevo tratamiento, con una finalidad específica distinta de la que motivó el anterior análisis o estudio, por lo que será preciso, en todo caso, el previo consentimiento del interesado» (*op. cit.*, p. 54).

mente por parientes próximos (progenitores, hermanos, hijos) del supuesto padre o madre, si éste se niega a aportar muestras, porque también se trataría de una prueba obtenida indirectamente violentando derechos fundamentales, inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico (art. 11.1 LOPJ). En concreto, resultaría sobre todo vulnerado el derecho fundamental a la protección de datos personales, al no haber dado el afectado su consentimiento para la recogida y uso de datos personales suyos obtenidos a través de sus parientes próximos, con el fin de que se investigue su paternidad (o maternidad).

8.4 VALORACIÓN FINAL DE LA IMPOSICIÓN FORZOSA DEL ANÁLISIS DEL ADN

Sea cual sea el juicio que se haga sobre la (posible) imposición forzosa del análisis del ADN en los procesos de filiación permitida en Alemania –que en mi opinión sólo puede ser favorable, si se lleva a cabo de una forma comedida, cumpliendo determinados requisitos– lo cierto es, que en ese país, gracias al deber de soportar las pruebas biológicas, la filiación es establecida con más frecuencia y mayor seguridad que en otros en los que se rechaza el recurso a la coerción. Por eso, en interés del hijo, estimo que sería conveniente regular la obligación de someterse al análisis del ADN y su posible ejecución forzosa en nuestro ordenamiento jurídico.

Pienso que no serían más persuasivas otras soluciones como la simple imposición de multas o sancionar como delito de desobediencia la negativa a someterse a las pruebas biológicas, porque en ocasiones es posible que no se consiga el efecto deseado, si el presunto padre prefiere pagar la multa o cumplir la pena prevista para el delito de desobediencia, antes que someterse al análisis del ADN por el temor de que se pruebe su paternidad con la consecuencia de que en ese caso con seguridad tendrá que satisfacer al hijo una pensión alimenticia durante años.

Cierto es que de admitirse la práctica obligatoria del análisis de ADN puede resultar muy violento –a mí, desde luego, me lo parece– forzar físicamente a una persona con el objeto de obtener muestras idóneas para analizar su ADN (basta con imaginar a unos fuertes agentes de los cuerpos de seguridad del Estado inmovilizando al sujeto afectado, mientras otra persona toma las muestras necesarias). Sin embargo, hay que pensar en que el responsable de tan lamentable espectáculo sería el propio sujeto afectado que muy bien podría evitarlo accediendo voluntariamente a someterse a un

análisis del ADN, que es el comportamiento que cabe esperar de una persona civilizada y razonable ¹⁸⁹.

Además, seguramente en la mayoría de los casos no sería necesario llegar a la situación extrema de imponer a la fuerza el análisis del ADN porque el posible empleo de la coerción física tendría un efecto disuasorio de la negativa a someterse al análisis de ADN ¹⁹⁰.

A lo anterior se debe añadir que no es excepcional que el cumplimiento de la ley tenga lugar a la fuerza, con la intervención de agentes de las fuerzas de seguridad del Estado, violentando inevitablemente ciertos derechos fundamentales (la libertad, la intimidad), pues así sucede, por ejemplo, cuando se detiene a una persona contra su voluntad por la comisión de un delito, cuando se embargan bienes oponiéndose el interesado o cuando se ejecuta una sentencia en la que se decreta el desahucio por falta de pago de la renta arrendaticia y hay que proceder al desalojo forzoso de la vivienda arrendada y al lanzamiento del arrendatario.

Ahora bien, para que la imposición forzosa del análisis del ADN en los procesos de filiación fuera procedente y legítima, por las razones ya expuestas, tendría que autorizarla una ley orgánica y en cada caso concreto deberían observarse los principios de necesidad y de proporcionalidad, esto es, debería tratarse de una prueba indispensable para resolver la cuestión de filiación suscitada y la limitación de ciertos derechos debería justificarse por la finalidad perseguida.

Pienso que no se respetaría el principio de proporcionalidad si la imposición forzosa del análisis de ADN supusiera un perjuicio para la salud del sujeto que lo ha de tolerar –lo que difícilmente se apreciará porque es posible realizar dicho análisis con muestras de fácil e indolora obtención– y si no existieran indicios racionales, serios y suficientes de los que inferir bien el trato sexual (si el pleito es de reclamación de la filiación) o bien la falta de vínculo biológico (si el pleito es de impugnación de la filiación).

En garantía de que se respetan esos dos principios, la resolución judicial que acordase la imposición forzosa del análisis de ADN debería estar motivada y la solvencia técnica y científica de los centros donde se realiza la pericia tendría que estar acreditada con arreglo a lo que prevea la ley, sin perjuicio de que con el objeto de facilitar la práctica del análisis de ADN y por razones de economía procesal se permita que determinadas muestras se puedan tomar incluso en el propio Juzgado (cabello, saliva, dada la simpli-

¹⁸⁹ Véase, RIVERO HERNÁNDEZ, «Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica», *loc. cit.*, p. 382.

¹⁹⁰ Así, BUJOSA VADELL, *op. loc. cit.*, p. 193.

cidad de su obtención), por el personal cualificado que corresponda, siguiendo las instrucciones de los especialistas y dando fe de ello el Secretario Judicial. Como ha dicho el TS en sentencia de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7320): «El que la extracción de sangre se practicara en un lugar y la práctica de la prueba en otro –el Instituto Nacional de Toxicología– no implica irregularidad procesal alguna».

En cualquier caso habría que exigir legalmente la adopción de medidas para conservar las muestras, salvaguardar la cadena de custodia cuando las muestras se trasladen al laboratorio y evitar la contaminación, manipulación o sustitución de las muestras, como está previsto que se haga en el Real Decreto que ha de elaborar el Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De lamentar es que de momento sólo se regule el uso del análisis de ADN en el ámbito de la investigación criminal, cuando tan necesaria es su regulación en el ámbito de los procesos de filiación, en los que actualmente es la prueba principal, casi siempre imprescindible para resolver adecuadamente la cuestión de filiación discutida.

Además, mientras la prueba del ADN es decisiva en los procesos de filiación, en los procesos penales puede no serlo. Así sucede cuando se duda si los vestigios biológicos hallados en la escena del delito pertenecen realmente a quien lo cometió ¹⁹¹.

La regulación legal del uso de la prueba del ADN en los procesos penales, sobre todo si se llega a admitir su posible imposición forzosa, excluyendo la investigación de la paternidad, puede originar algunas incoherencias y problemas.

¹⁹¹ Tras rechazar el empleo de la fuerza física para realizar análisis de ADN con el fin de obtener pruebas que acrediten la culpabilidad del acusado, porque en el proceso penal este tipo de intervenciones no tiene por qué dar lugar necesariamente a pruebas concluyentes, observa HUERTAS MARTÍN: «Otro tipo de planteamiento podría seguirse respecto a las pruebas biológicas en los procedimientos de filiación, en los que sí parece más aconsejable la implantación de su obligatoriedad por cuanto, además de ser, en la mayoría de las ocasiones, el único medio posible de acreditar la realidad o no de la relación paterno o materno-filial, entran en juego importantes derechos del menor como los consagrados en los artículos 24.1, 14 y 39 de la CE» (*El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, 1999, p. 409, nota 608).

En sentido parecido observa GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: «Tampoco presenta ninguna dificultad, a nuestro parecer, obligar a terceros a someterse a investigaciones dirigidas a determinar la filiación, si ello es de interés para la causa, incluyendo las extracciones coactivas de sangre. Se trata de una medida de escasa importancia que ... no vulnera el derecho a la integridad física y que cabría reclamar no sólo en el ámbito del proceso penal sino también dentro del proceso civil, como medio de investigación de la paternidad en los procesos de filiación, dándose así respuesta adecuada al conflicto de intereses sociales e individuales subyacente y cumpliéndose de este modo el mandato del artículo 39.2 C. *in fine*: “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”» (*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, p. 293).

Piénsese en que puede determinarse la filiación en un proceso penal, porque el artículo 193 del Código penal (*Pronunciamiento del Juez sobre filiación y alimentos*) dispone: «En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos».

¿Se aplicará la normativa Ley reguladora del uso del ADN no sólo cuando se trate de una investigación criminal, sino también cuando como posible consecuencia derivada de la comisión de un delito contra la libertad sexual haya lugar a una investigación de la paternidad? ¿O en un mismo asunto se aplicará dicha legislación sólo a la investigación criminal pero no a la investigación de la paternidad (si esa disociación es posible en la realidad)?¹⁹².

Puede suceder que en el supuesto de perpetrarse una agresión sexual la prueba incriminatoria principal llegue a ser precisamente la del ADN si acredita la paternidad del presunto agresor respecto del hijo de la víctima¹⁹³. ¿Se aplicará en ese caso la legislación que regula el empleo de la prueba del ADN para averiguar si el supuesto agresor es el padre del hijo de la víctima con el fin de probar que realmente cometió el delito contra la libertad sexual del que se le acusa? ¿No se aplicará, en cambio, esa normativa en los procesos civiles de filiación cuyo objeto sea la investigación de la paternidad?

Si se admitiese la imposición forzosa de la prueba del ADN en la investigación criminal¹⁹⁴, incluyendo la investigación de la filiación a esos efectos en los procesos penales, pero excluyendo la

¹⁹² Dice FÁBREGA RUIZ (*Biología y filiación, cit.*, p. 68, nota 62) que cada vez es más frecuente el uso en materia penal de las pruebas biológicas de paternidad. Cita como ejemplo la sentencia del TS (Sala 2.ª) de 1 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9896). Afirma el TS en el quinto fundamento de derecho de esta sentencia: «Se vuelve a insistir de nuevo en la falta de certeza de la prueba biológica practicada para determinar la paternidad del procesado y que, como ya se ha dicho, arroja un grado de probabilidad que ha sido fijado en el 99,7 por 100 sin que deje resquicio alguno a la duda razonable. Esas tres centésimas que deja abierta la pericia biológica no constituyen una base sólida para introducir la duda del ánimo del juzgador, muy al contrario sirven para proporcionar una certeza sobre el hecho básico que se desprende de su resultado que es muy difícil de conseguir en la generalidad de las pruebas de que se disponen en el proceso penal».

¹⁹³ CONSÚLTASE, LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA y VILLANUEVA CAÑADAS, *Identificación por ADN*, www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/huella.htm, p. 13. Véase también sobre las dificultades para probar la comisión de delitos contra la libertad sexual y la utilidad de la prueba del ADN para averiguar quién fue su autor CHOCLÁN MONTALVO, «Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual», *La Ley*, 1994, núm. 3, pp. 815 ss.

¹⁹⁴ Como ha propugnado cierta doctrina penalista. Véase, por ejemplo, GÓMEZ AMIGO, *Las Intervenciones Corporales como Diligencias de Investigación Penal*, Navarra, 2003, pp. 45 ss.; MORA SÁNCHEZ, *op. loc. cit.*, p. 202; y DE LUIS TURÉGANO, «Les proves de l'ADN. La prova penal i la pràctica judicial», *Bioètica i Dret*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, p. 250.

investigación de la paternidad en los procesos civiles de filiación, se daría un trato discriminatorio injustificado a los hijos por razón de las circunstancias de su nacimiento, ya que paradójicamente estarían en mejor posición para tener certeza sobre su filiación los hijos engendrados a consecuencia de delitos contra la libertad sexual, que los demás. Aquéllos podrían tener una certeza lindante en seguridad sobre su filiación por ser posible su determinación mediante el análisis del ADN (al poder imponerse a la fuerza esta prueba), mientras los otros podrían determinar su filiación, pero con ese grado de certidumbre sólo cuando el presunto progenitor consintiese en someterse a dicho análisis.

Estas son algunas de las cuestiones problemáticas que pienso se podrían plantear en un futuro próximo al haber optado el legislador por regular la utilización del análisis del ADN sólo en la investigación criminal. Comprendo que era urgente dotar de cobertura legal a la prueba del ADN y a las bases de datos con perfiles de ADN de personas que se utilizan como instrumentos para luchar contra la delincuencia¹⁹⁵, mas por la importancia que tiene la realización de dicha prueba en los procesos civiles de filiación debió regular también el legislador el uso del análisis del ADN en este ámbito.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel-Damián: «Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales», *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- ANDRE, A./RIGO, G.: «Le Code Napoléon et la réalité biologique en matière de filiation», *Biomathematical Evidence of Paternity*, Berlin, 1981, pp. 35 ss.
- APARICIO SALOM, Javier, *Estudio Sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Navarra, 2000.
- BÄR, Walter/KRATZER, Adelgunde: «Die Leistungsfähigkeit des DNA-Gutachtens in der Vaterschaftsbegutachtung», *AJP*, 1992, pp. 357 ss.
- BARBIER, M. P.: «L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs a la filiation», *RTDC*, 1949, pp. 345 ss.
- BARTEL, J.: «Diskussion: Die humangenetische Abstammungsbegutachtung. II. Stellungnahme», *FamRZ*, 1992, 3, pp. 276 ss.

¹⁹⁵ Sobre las bases de datos con perfiles de ADN de personas que se utilizan en la investigación criminal se puede consultar LORENTE, *Un detective llamado ADN*, cit., pp. 155 ss.

- BASSOLS I PARÉS, Agustí: «El dret al coneixement de la pròpia filiació biològica», AA VV, *Estudis en homenatge a Robert Vergés*, Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000, pp. 29 ss.
- BEIGNIER, Bernard: «Quasi fur. Mort brutale et expertise génétique», *D., jurisprudence*, 2000, p. 620.
- BEITZKE, Günther: «Rechtsfragender Vaterschaftsbegutachtung», Beitzke/Ho-semann/Dahr/Schade, *Vaterschafts gutachten für die gerichtliche Praxis*, Göttingen, 1978.
- BELLIVIER, Florence/BRUNET, Laurence/LABRUSSE-RIOU, Catherine: «La filiation, la génétique et le juge: où est passée la loi ?», *RTDC*, 1999, pp. 530 ss.
- BESTETTI, A./ROSSI, U.: «Essen-Möllers numerisches Beispiel für seine Formel», *Biomathematical Evidence of Paternity*, Berlin, 1981, pp. 69 ss.
- BOLUND, Lars: «Recent Research on Human DNA-poly-morphism», *Advances in Forensic Haemogenetics 1*, Berlin, Heidelberg, New York, Tokio, 1986.
- BRINKMANN, B.: *Das neue Vaterschaftsgutachten*, Münster, 1997.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo M.: «El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero)», *RGD*, 1996, pp. 179 ss.
- CARBAJO GONZÁLEZ, Julio: «Las acciones de impugnación de la filiación en la jurisprudencia (A propósito de la Sentencia del TS de 5 de junio de 1997)», *Act. Civ.*, 2000-1, doctrina VIII, pp. 157 ss.
- CARRACEDO, Angel/BARROS, Francisco: «El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de la paternidad», *Rev. Der. Gen. H.*, 1995, núm. 3, pp. 193 ss.
- CHIERI, Primarosa/ZANNONI, Eduardo A.: *Prueba del ADN*, Buenos Aires, 2001.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: «Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual», *La Ley*, 1994, núm. 3, p. 815.
- «Sobre las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional», *AJA*, 1994, núm. 137, pp. 4 ss.
- CRETNEY, Stephen M.: *Family Law*, London, 2000.
- DAMRAU, Jürgen: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2, 2. Auflage, München, 2000.
- DE LUIS TURÉGANO, Juan Vicente: «Les proves de l'ADN. La prova penal i la pràctica judicial», *Bioètica i Dret*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, pp. 237 ss.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: «El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (I)», *Rev. Der. Gen. H.*, 1995, núm. 2, pp. 71 ss.
- «El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (y II)», *Rev. Der. Gen. H.*, 1995, núm. 3, pp. 45 ss.
- ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco: «La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?», *Act. Civ.*, 2000, 1, pp. 467 ss.
- *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Madrid, 1999
- «Reflexiones acerca del Borrador de Anteproyecto de Ley Reguladora de las Bases de ADN», *Rev. Der. Gen. H.*, 2001, núm. 14, pp. 55 ss.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1999.

- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: «Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas», *ADC*, 1998, pp. 633 ss.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II (Artículo 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000.
- FRANK, Rainer: «Die zwangsweise körperliche Untersuchung zur Feststellung der Abstammung», *FamRZ*, 1995, 16, pp. 975 ss.
- FURKEL, Françoise: «La recherche de paternité naturelle en Droit allemand et français», *RIDC*, 1975, pp. 321 ss.
- GALIZIA DANOVI, Anna: «Il caso Yves Montand, ovvero quando il defunto ha bisogno di un avvocato», *Dir. fam*, 2000, 1, pp. 122 ss.
- GALLOUX, Jean Christophe: «L'identification de l'individu», *Les lois «bioéthique» à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, sous la direction de Brigitte Feuillet-Le Mintier, Paris, 1999, pp. 141 ss.
- GARCÍA POVEDA, Carmen: «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación. Cómo se soluciona la negativa del sujeto a la práctica de las pruebas de ADN», *NJBosch*, octubre-noviembre 2003, pp. 1 ss.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Isidoro G.: «La jurisprudencia ante los medios de prueba en la investigación de la paternidad en el Derecho civil catalán», *RJC*, 1982, 1, pp. 43 ss.
- GAUMONT-PRAT, Hélène: Note, *D.*, 1998, *sommaires commentés*, pp. 161 ss.
- GILL, Peter/IVANOV, PAVEL L./KIMPTON, Colin/PIERCY, Romelle/BENSON, Nicola/TULLY, Gillian/EVETT, Ian/ HAGELBERG, Erika/SULLIVAN, Kevin: «Identification of the remains of the Romanov family by DNA analysis», *Nature Genetics*, vol. 6, february 1994, pp. 130 ss.
- GÓMEZ AMIGO, Luis: *Las Intervenciones Corporales como Diligencias de Investigación Penal*, Navarra, 2003
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990.
- GOÑI URCELAY, Félix: «DNA i herència. El genoma humà», *Bioètica i Dret*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, pp 31 ss.
- HAUSER, Jean: «Le droit à accéder aux moyens de preuve biologique», *RTDC*, 2002, núm. 4. pp. 795 ss.
- HEGNAUER, Cyril: *Grundriss des Kindesrechts*, Bern, 1999.
- HOPPE, H. H./KRAMER, D./PAHL, A./BASSY, M.: «Neue Wege im Abstammungsgutachten», *DAVorm*, 1997, pp. 495 ss.
- HOYA COROMINA, José: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II (Artículo 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000.
- HUERTAS MARTÍN, M.^a Isabel: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, 1999.
- HUGUET RAMIA, E./CARRACEDO ÁLVAREZ, A.: «Investigación biológica de la paternidad», Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología*, Barcelona, 2000, pp. 1167 ss.
- HUGUET/ERCILLA/GENE/PUIG/CASTILLO/CORBELLA: «Rapport de notre expérience dans la recherche de la paternité. Etude de 100 cas», *XXXVIII Congrès Internationale de Langue Française de Médecine Légale et de Médecine Sociale*, Strasbourg, 1986, pp. 3.
- HUGUET/GENE/ERCILLA/CORBELLA: «Estado actual de la investigación de la paternidad en Barcelona», *Mesa redonda en el Colegio de abogados de Barcelona*, Barcelona, 1986.

- HUMMEL, Konrad: «Abstammungs Begutachtung-Verständigungs-Schwierigkeiten zwischen Juristen und Gutachtern», *Johannsen/Hummel, Vaterschaftsfeststellung bei nichtehelicher Abstammung*, Heidelberg, 1978, pp. 47.
- «Das Blutgruppengutachten; seine Bedeutung vor Gericht», *NJW*, 12, 1981, pp. 605 ss.
- «Das Essen-Möller-Prinzip als logische Grundlage serostatistischer Bilanzierung», *MedR*, 1985, 4, pp. 154 ss.
- «Mathematisches zur “Vaterschaftswahrscheinlichkeit”», *DAVorm*, 1983, pp. 829 ss.
- «Nochmals: Biostatistische Vaterschaftswahrscheinlichkeit und Essen-Möller-Verfahren», *NJW*, 1980, 24, pp. 1320 ss.
- «Nochmals: Vaterschaftsfeststellung nach dem neuen Nichtehelehenrecht», *NJW*, 1971, 24, pp. 1072 ss.
- «Nutzen ausschlußschwacher Systeme, Beweiswert von Ausschlüssen und biostatistische Probleme bei der blutgruppenserologischen Abstammungsbegutachtung», *Zs. f. Rechtsmedizin*, 1975, pp. 49 ss.
- «Vaterschaftsfeststellung nach dem Tode; § 1600 n BGB», *DAVorm*, 1977, p. 5.
- «Zur “Beweislage” in Fällen strittiger Abstammung aus der Sicht des Blutgruppengutachters», *Zs. f. Rechtsmedizin*, 1983, pp. 211 ss.
- «Zur serostatistischen “Vaterschaftswahrscheinlichkeit”», *NJW*, 24, 1979, pp. 1240.
- ILLESCAS RUIZ, Ángel Vicente/PÉREZ LÓPEZ, Eduardo: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II [Artículo 281 al 555], coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000
- IVANOV, Pavel L./WADHAMS, Mark J./ROBY, Rhonda K./HOLLAND, Mitchell M./WEEDN, Victor W./PARSONS, Thomas J.: «Mitochondrial DNA sequence heteroplasmy in the Grand Duke of Russia Georgij Romanov establishes the authenticity of the remains of Tsar Nicholas II», *Nature Genetics*, vol. 12, abril 1996, pp. 417 ss.
- JEFFREYS, A. J.; BROOKFIELD, J. F. Y.; SEMEONOFF, R.: «Positive identification of an immigration test-case using human DNA fingerprints», *Nature*, 31 october 1985, vol. 317, p. 818.
- JEFFREYS, A. J.; WILSON, V.; THEIN, S. L.: «Hypervariable minisatellite regions in human DNA», *Nature*, 7 march 1985, vol. 314, pp. 67 ss.
- «Individual-specific “fingerprints” of human DNA», *Nature*, 4 july 1985, vol. 316, pp. 76 ss.
- LE GAC-PECH, Sophie: «De Louis XVII à Z...», *D.*, 2001, núm. 5, *chr.*, pp. 404 ss.
- LEMONICK, Michael D.: «The DNA Revolution. A Twist Of Fate», *Time*, march 3, 2003, pp. 41 ss.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: «La Prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN», *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 209 ss.
- LORENTE ACOSTA, José Antonio: *Un detective llamado ADN*, Madrid 2004.
- LORENTE ACOSTA, José Antonio/LORENTE ACOSTA, Miguel: *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Granada, 1995.
- LORENTE ACOSTA, Miguel/LORENTE ACOSTA, José Antonio/VILLANUEVA CAÑADAS, Enrique: *Identificación por ADN*, www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/huella.htm.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco: «La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994» (*sic*), *Rev. Der. Gen. H.*, 1994, núm. 1, pp. 208 ss.

- MAGALDI, Nuria: *Derecho a saber, filiación biológica y Administración pública*, Madrid, 2004.
- MALAUURIE, Philippe: Note, *D.*, 1998, *jurisprudence*, pp. 122 ss.
- MANDOFIA BERNEY, Marina: «L'expertise en paternité sur demande privée», *ZVW*, 1998, pp. 137.
- MARGUENAUD/RAYNARD: «Action en recherche de paternité naturelle, tests ADN et droit au respect de la vie privée», *RTDC*, 2002, núm. 4, pp. 866 ss.
- MARTÍN, Wolfgang/MUCHE, Matthias/ZANG, Klaus D.: «Kritische Stellungnahme zu den neuen Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten», *FamRZ*, 2003, 2, pp. 76 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «Comentario a la sentencia del TS de 14 de octubre de 1985», *CCJC*, 1985, núm. 9, 240, pp. 2991 ss.
- MASSIP, Jacques: «Interrogation sur la jurisprudence relative aux expertises biologiques en matière de filiation», *D.*, 1999, núm. 41, *jurisprudence commentaires*, p. 651.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: «Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)», *ADC*, 1998, pp. 917 ss.
- MÉNDEZ, Rosa M./VILALTA, A. Esther: *Acciones judiciales de determinación e impugnación de la filiación*, Barcelona, 2001.
- MICHAELIDES-NOUROS, Georges: «La preuve de la paternité et le progrès de la science», *RIDC*, 1957, pp. 43 ss.
- MIRABAIL, Solange: «Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation: discordances et anachronismes», *D.*, 2000, *chr.*, p. 146.
- MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier: «Las inversiones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre», *BIMJ*, 1 agosto 2004, núm. 1970, pp. 2957 ss.
- MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel: «La prova de l'ADN en el procés penal», *Bioètica i Dret*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, pp. 187 ss.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «Comentario a la sentencia del TS de 5 de junio de 1997», *CCJC*, 1997, núm. 45, 1222, pp. 1093 ss.
- MORO ALMARAZ, M.^a Jesús: «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero», *CCJC*, 1994, núm. 34, pp. 325 ss.
- MUÑOZ JIMÉNEZ, Francisco Javier: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II (Artículo 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000.
- MUTSCHLER, Dietrich: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 5, Familienrecht, 2. Halbband, München, 1987.
- NEVEJANS, Nathalie: Note, *D.*, 1998, *sommaires commentés*, p. 296.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: «El juicio verbal y de estado civil en la nueva LEC. Ausencia de verdadero procedimiento y problemas derivados», *La Ley*, 2001-4, D-136, pp. 1620 ss.
- *La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina*, Granada, 1993.
- «La sentencia del Tribunal Constitucional de 17-1-94 sobre filiación, desde una perspectiva procesal», *PJ*, de diciembre de 1994, núm. 36, pp. 107 ss.
- «Una sentencia que prescinde del papel del Fiscal en los procesos de filiación: la sentencia del TS de 5 de junio de 1997», *La Ley*, 1998-2, D-115, pp. 2030 ss.
- OLDHAM, Mika: *Blackstone's Statutes on Family Law 2003-2004*, Oxford, 2003.
- ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, Carmelo: «Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial», *La Ley*, 1995-2, pp. 989 ss.

- ORGIS, Christiane: «Neue Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten und die Konsequenzen für den Kindschaftsprozeß», *FamRZ*, 2002, 17, pp. 1157 ss.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, Ortells Ramos y otros: *Derecho Procesal Civil*, Navarra, 2000.
- ORTIZ AGUIRRE, José María/RUBIO GARCÍA, Eugenio/RUIZ MARTÍN, Sergio/SE-
RRETA PESQUERA, Rosa María: *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probato-
ria*, Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy (coordinadores), Barcelona, 2003.
- OTERO GONZÁLEZ, M.^a del Pilar: *Justicia y secreto profesional*, Madrid, 2001.
- POMARES GARCÍA: «Las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad
en los procesos de filiación», *La Ley*, 1993, 1, pp. 1075 ss.
- PRIETO GUTIÉRREZ, Jesús María: «Objeto y naturaleza jurídica del derecho fun-
damental a la protección de datos personales (y II)», *BIMJ*, 15 de septiembre
2004, núm. 1973, pp. 3317 ss.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.^a Corona: «Comentario a la sentencia del TS de 11 de
septiembre de 1991», *CCJC*, 1991, núm. 27, pp. 941 ss.
- «De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la Sentencia del Tribunal
Constitucional 7/1994, de 17 de enero», *RJC*, 1994, pp. 657 ss.
- «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen», *ADC*, 1994,
núm. 2, pp. 237 ss.
- «Las pruebas biológicas a propósito del Auto del Tribunal Constitucional
103/1990, de 9 de marzo», *RJC*, 1993, núm. 1, pp. 107 ss.
- *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*,
Madrid, 1993.
- QUEVEDO, Alina: *Genes en tela de juicio. Pruebas de identificación por ADN: de
los laboratorios a los tribunales*, Madrid, 1997.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Comentario a la sentencia del TS de 7 de noviem-
bre de 2002», *CCJC*, 2003, núm. 62, 1667, pp. 489 ss.
- RAUSCHER, Thomas: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbu-
ch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Viertes Buch, Familienrecht,
Berlin, 2000.
- REICHELDT, Andreas: «Anwendung der ADN-Analyse (genetischer Fingerab-
druck) im Vaterschaftsfeststellungsverfahren», *FamRZ*, 1991, 11, pp. 1265 ss.
- REICHELDT, Andreas/SCHMIDT, Angelika/SCHMIDTKE, Jörg: «Zulässigkeit und
gerichtliche Verwertbarkeit privat veranlaßter Abstammungsgutachten»,
FamRZ, 1995, 13, pp. 777 ss.
- RIFÁ SOLER, José María: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,
Vol. II (Artículo 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá
Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «La constitucionalidad del anonimato del
donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen
biológico (de la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al *affaire Odièvre*)», *RJC*,
2004, núm. 1, pp. 105 ss.
- *La presunción de paternidad legítima*, Madrid, 1971.
- *Las acciones de filiación en el Código de familia*, Barcelona, 2001.
- «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos
derechos fundamentales (Con ocasión de dos autos del Tribunal Constitucio-
nal)», *PJ*, de marzo de 1992, núm. 25, pp. 53 ss.
- «Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológi-
ca en los procesos de filiación (Comentario a la Sentencia del Tribunal Cons-
titucional 7/1994, de 17 de enero)», *PJ*, 1994, núm. 33, pp. 349 ss.

- ROMEO CASABONA, Carlos María: *Del Gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, 1996.
- ROSE-KAAN, Christine: «Der Vaterschaftsprozeß in Frankreich und in Österreich», *Zs. f. Rechtsvergleichung*, 1980, pp. 264 ss.
- ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter: *Zivilprozessrecht*, München, 2004.
- ROTH-STIELOW, Klaus: *Der Abstammungsprozeß. Prozeßrecht- Materielles Recht*, München, 1978.
- ROUGER, Philippe: *Les empreintes génétiques*, Paris, 2000.
- RUBIDO DE LA TORRE, José Luis: «La investigación de la paternidad en el Derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa», *RGD*, 1995, p. 4837.
- RUIZ MIGUEL, Carlos: «La nueva frontera del derecho a la intimidad», *Rev. Der. Gen. H.*, 14/2001, pp. 147 ss.
- SAINZ DE ROBLES, Federico C.: «La investigación de la paternidad en el proceso civil (En torno a la Sentencia TC 7/1994, de 17 de enero)», *Tapia*, 1994, núm. 75, pp. 3 ss.
- SÁNCHEZ, Ana/SILVEIRA, Héctor/NAVARRO, Mónica: *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Barcelona, 2003.
- SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, Anselmo: «La investigación de la paternidad en las resoluciones del TC», *AJA*, 1994, núm. 143, p. 1.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio/ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. III (Artículo 556 al 827), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000.
- SAUTTER, Bruno: «Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO», *AcP*, 1962, 161. Band, pp. 215 ss.
- SCHEMUTH, Beate: *Über die praktische Bedeutung der Biostatistik und der Erb-biologie im Vaterschaftsprozeß*, Berlin, 1983.
- SCHNEIDL, W.: «Der Polymorphismus des menschlichen Chromosomensatzes - eine Möglichkeit für den Vaterschaftsnachweis», *Zs. f. Rechtsmedizin*, 1974, pp. 17 ss.
- SCHUMANN/LEIPOLD, *Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 2. Bd, Tübingen, 1972.
- SCHWENZER, Ingeborg: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, 2002.
- SEIDEL, Klaus: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 8, 4. Auflage, München, 2002.
- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: «De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (parte I)», *Rev. Der. Gen. H.*, 2002, núm. 16, pp. 71 ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: «La prueba pericial», *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Coordinador Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol, vol. II, Barcelona, 2000.
- SIEHR, Kurt: «Die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung und ihre rechtliche Hindernisse im Nichtehelichenrecht der EWG-Staaten», *FamRZ*, 1974, 8/9, pp. 401 ss.
- STANDLEY, Kate: *Family Law*, London, 2001, p. 210.
- THOMAS-PUTZO: *Zivilprozeßordnung*, München, 1981.
- VALLEJO DE TORRES/ALONSO ALONSO/GASCO ALBERICH/ITURRALDE PARDO/MONTESINO SEMPER/SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA/SANCHO RUIZ:

- «Prueba médico-legal en las acciones de filiación», *Act. Civ.*, 1986, núm. 43 (pp. 2989-3010), núm. 44 (pp. 3061-3078).
- VEIGA NICOLE, Elisa: «La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro Derecho. La verdad biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad», *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- VIDAL PRADO, Carlos: «El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)», *Revista Jurídica de Navarra*, 1996, núm. 22, pp. 265 ss.
- WALL, Wilson: *Genetics and DNA technology: legal aspects*, London, 2002.
- WATSON, James D.: *Pasión por el ADN. Genes, genomas y sociedad*, Introducción, Epílogo y notas de Walter Gratzer, traducción castellana de Joandomènec Ros, Editorial Crítica, Barcelona, 2002
- *The Double Helix* (publicada en 1968), versión traducida al castellano por M.^a Luisa Rodríguez Tapia, *La doble hélice*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- WATSON, James D./BERRY, Andrew: *DNA: the secret of life*, New York, 2003.
- WATSON, James D./CRICK, Francis: «Genetical Implications of the Structure of Deoxyribonucleic Acid», *Nature*, 30 may 1953, vol. 171, pp. 964 ss.
- «Molecular Structure of Nucleic Acids – A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid», *Nature*, 25 april 1953, vol. 171, pp. 737 ss.
- WEBER, Alfons: «Körperliche Untersuchung eines Dritten im Abstammungsprozeß», *NJW*, 1963, 13, pp. 574 ss.
- ZIMMERMANN, Wilhelm: *Forensische Blutgruppenkunde*, Berlin, 1975.
- «Positiver Vaterschaftshinweis durch biostatistische Methoden», *NJW*, 1973, 13, pp. 546 ss.

ABREVIATURAS

AA VV	Autores varios
AC	Aranzadi Civil
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Act. Civ.	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADN	ácido desoxirribonucleico
ADNmt	ácido desoxirribonucleico mitocondrial
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
art. (arts.)	artículo (s)
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
Bd.	Band
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.c.	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de los Derechos Humanos
CF	Ley 9/1998, de 15 de julio, Código de familia catalán
cfr.	confer (véase, compruébese)
chr.	chronique

C.p.	Código penal
D.	Recueil Dalloz & Sirey
d.a.	disposición adicional
DAVorm	Der Amtsvormund
Dir. Fam	Il Diritto di famiglia e delle persone
ex	según
FamRZ	<i>Zeitschrift für das gesamte Familienrecht</i>
ibidem	en el mismo lugar (publicación)
JUR	Jurisprudencia Aranzadi
La Ley	Revista jurídica española La Ley
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECRim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
loc. cit.	lugar citado
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
MedR	<i>Medizinrecht</i>
n.º/núm.	número
NJBosch	Revista electrónica Noticias Jurídicas Bosch
NJW	Neue Juristische Wochenschrifts
OLG	Oberlandesgericht
omissis	se omite (por razones de brevedad)
op. cit.	obra citada
op. loc. cit.	obra y lugar citados
p. (pp.)	página (s)
pfo.	párrafo
PJ	Revista Poder Judicial
Rev. Der. Gen. H.	Revista de Derecho y Genoma Humano
RGD	Revista General del Derecho
RIDC	<i>Revue Internationale de Droit Comparé</i>
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional Aranzadi
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
sic	así
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS/SSTS	Sentencia del TS/sentencias del TS
StGB	Strafgesetzbuch
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
v. gr.	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
vide, infra	véase, abajo
vol.	volumen
ZGB	Schweizerische Zivilgesetzbuch
Zs. f. Rechtsmedizin	<i>Zeitschrift für Rechtsmedizin</i>
Zs. f. Rechtsvergleichung	<i>Zeitschrift für Rechtsvergleichung</i>
ZVW	<i>Zeitschrift für Zivilstandswesen</i>

La división material, la agregación y la segregación de los pisos o locales y sus anejos en el régimen de la propiedad horizontal

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

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *El párrafo primero del artículo 8: la facultad de todo copropietario a la división material, agregación o segregación de sus pisos o locales y sus anejos.* 3. *El segundo párrafo del artículo 8: los requisitos para la división material, agregación o segregación de los pisos o locales y sus anejos.* 4. *Régimen jurídico de las cláusulas estatutarias que autorizan a llevar a cabo operaciones del artículo 8 LPH sin aprobación de la junta:* 4.1 Posición de la jurisprudencia. 4.2 Doctrina de la DGRN. 4.3 Análisis doctrinal y opinión personal: 4.3.1 La reserva en favor del promotor de la facultad de configurar definitivamente los locales sin tabicar. 4.3.2 Cláusulas de división, agregación y segregación de pisos o locales ya construidos.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 8 LPH conserva su redacción originaria desde que se promulgó la LPH en 1960. Al tramitarse la Ley de reforma 8/1999, el Grupo Parlamentario Popular formuló una enmienda relativa a las cláusulas estatutarias que se apartan de lo dispuesto en este precepto, y a la que aludiré al tratar esta cuestión *infra* en el epígrafe 4; pero la misma no prosperó.

El primer párrafo del artículo 8 LPH presenta ciertas operaciones –en concreto, división material, agregación y segregación– que el propietario de todo piso o local puede llevar a cabo con ellos y sus anejos, estableciéndose en el párrafo siguiente los

requisitos precisos a tal fin, entre los que se cuenta, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la junta. Como tales operaciones comportan intervenciones materiales y obras en elementos privativos, y pueden incidir también en elementos comunes, su régimen jurídico viene determinado no sólo por el artículo 8 LPH, sino también por los artículos 7 y 12 LPH, además de aquellos preceptos que se refieren a la modificación del título constitutivo (arts. 5 y 17.1.^a LPH), que necesariamente ha de verse afectado en estos casos. En las páginas que siguen se analiza a qué operaciones se refiere el artículo 8 y cuál es su régimen jurídico, para terminar estudiando la validez o no de las cláusulas estatutarias que se apartan de dicho régimen, al permitir la realización de tales operaciones sin contar con la aprobación de la junta.

2. EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 8: LA FACULTAD DE TODO COPROPIETARIO A LA DIVISIÓN MATERIAL, AGREGACIÓN O SEGREGACIÓN DE SUS PISOS O LOCALES Y SUS ANEJOS

1. El artículo 8 LPH, al establecer que los pisos o locales y sus anejos pueden ser objeto de división material, agregación y segregación, está reconociendo la *facultad de sus propietarios a llevar a cabo tales operaciones*; y es que no hay motivo que justifique excluir en el régimen de propiedad horizontal una facultad como ésta, comprendida en el derecho de propiedad, aunque sí lo hay para establecer la preceptiva intervención de la junta siempre que se vean afectados el título constitutivo o los elementos comunes.

Desde esta perspectiva, cabría mantener la nulidad de una cláusula estatutaria que privara de tal facultad a los copropietarios, por limitar injustificadamente el derecho de propiedad sobre los elementos privativos¹. Por esto mismo es por lo que, en caso de negativa injustificada de la junta a aprobar la operación (y fijar las nuevas cuotas de participación), cabría –parece– acudir a los tribunales² para que declarasen su obligación

¹ La nulidad de tal cláusula no autorizaría, naturalmente, a realizar la operación sin más, sino observando los requisitos del artículo 8.II LPH; esto llevaría a la posibilidad, que paso a tratar en el texto, de que la junta se opusiera entonces a dar su aprobación.

² En sentido parecido, *vid.* FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 237. Para GISBERT CALABUIG («La división...», p. 18), el titular podría ejercitar contra el acuerdo denegatorio de la junta la acción del artículo 16.4.^a LPH [hoy art. 18.1.a)]; entiendo, sin embargo, que con ello no se soluciona el problema, pues de nada le serviría al impugnante la sola declaración de nulidad del acuerdo si no va acompañada de la deseada autorización.

de darla y, caso de persistir la negativa, obrasen en sustitución³; el mismo artículo 5.II LPH prevé la posibilidad de que las cuotas se fijen por resolución judicial⁴.

2. La *segregación* comporta la disminución de un departamento privativo del que se separa una parte para agregársela a otro. En cuanto a la *agregación*⁵, el artículo 8.I LPH se refiere sólo a la *de otros* pisos o locales –y sus anejos– colindantes del mismo edificio, pero el supuesto de agregación *de una parte de los mismos* guarda plena identidad de razón con aquél, de modo que debe someterse al mismo régimen.

El requisito de la *colindancia* suscita la duda de si la misma ha de ser necesariamente en la misma planta, o si puede darse también entre departamentos superpuestos en plantas diferentes; aunque la STS 7 de julio de 1997 (RJ 5969) niega esto último, no veo razón para ello, pues también en ese caso existe contigüidad, siendo, en mi opinión, irrelevante que los departamentos sean limítrofes en un plano horizontal o en uno vertical⁶.

Cuando la agregación se produce entre *departamentos que no pertenecen al mismo edificio sino a edificios colindantes distintos* no se aplica el artículo 8 LPH, sino el artículo 7 y el artículo 12 en relación con el 17.1.º I LPH, dado que las obras a realizar, aparte de poder afectar a la estructura o fábrica de ambos edificios, y a su seguridad cuando posibilitan el acceso a cada uno de ellos por el

³ Así lo entendió la STS 3 de mayo de 1989 (RJ 3583), señalando que la negativa de la comunidad a autorizar la división fáctica de un local infringía el artículo 8 LPH, que claramente permite esa operación; el Supremo destaca después cómo el argumento de la comunidad de que no podía ser obligada a consentir, ni su consentimiento podía ser sustituido por el juez, era plenamente contradicho por el artículo 1089 CC, «en cuanto, evidentemente, dentro de “hacer alguna cosa”, se integra, entre otras conductas, el *emitir un consentimiento que la Ley impone*, con la concurrencia, en caso de negativa, de “mandarlo ejecutar a su costa”, que en el caso concreto se traduciría, ..., en el otorgamiento por el Juez de la autorización pretendida en la demanda, si tal autorización concerniente a la escritura de división material no se concede por la recurrente... en el plazo de 30 días...» (la cursiva es mía).

También la STS 30 de mayo de 2002 (RJ 4722) apunta la posibilidad de recurrir estos acuerdos denegatorios al señalar que, como en el caso resuelto el de la junta había devenido firme por no haber sido recurrido, y, no obstante, el propietario interesado en dividir su piso había efectuado la división, el mismo tenía que reponer el piso a su estado anterior.

⁴ Para que la negativa pueda considerarse sin fundamento sería preciso que la operación no afectase a la seguridad del edificio, su estructura general o su fábrica, su configuración o estado exterior, ni a las cosas comunes, y que no perjudicara los derechos de otro propietario (arg. arts. 7.I y 12 LPH).

⁵ No creo que el término *agregación* del artículo 8.I LPH deba ceñirse a la operación registral del mismo nombre entendiéndola excluida la de *agrupación* (así lo destaca también GÓMEZ DE LA ESCALERA, «El régimen...», pp. 51 y 52); en realidad, parece que lo que el precepto contempla no son las operaciones registrales, sino el aumento o la disminución material de un departamento privativo al que se añade una parte de otro o se le resta una porción.

⁶ En el mismo sentido se expresa FUENTES-LOJO (*La Ley*, p. 234), siguiendo a FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO.

otro, necesariamente alterarán elementos comunes (como los muros, aunque no sean estructurales)⁷; sin embargo, por esta vía se llega al mismo resultado que si se aplicara el artículo 8.II LPH a las dos comunidades implicadas: la aprobación unánime de las respectivas juntas es imprescindible⁸.

3. Distinto de la agregación es la *comunicación* de distintos espacios privativos. La agregación altera la configuración de los departamentos afectados; tanto si se forma uno a partir de la unión de varios, como si se aumenta uno en detrimento de otro u otros, la extensión y los linderos varían, y han de modificarse también las cuotas de participación consignadas en el título constitutivo. Los departamentos comunicados, en cambio, mantienen su entidad e independencia, conservando cada cual sus características (extensión, linderos...) así como su respectiva cuota⁹. Por eso, aunque se ubiquen *en un mismo edificio*, no parece que su comunicación deba someterse al régimen del artículo 8 LPH, sino a los artículos 7.1 y 12 LPH¹⁰,

⁷ En el mismo sentido, ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 216, y, en línea similar, FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 234.

⁸ *Vid.* SAP Teruel 27 de abril de 1995 (RGD 1996, p. 3106).

La RDGRN 27 de febrero de 2003 (RJ 4136) admite la posibilidad de agrupar registralmente dos fincas colindantes, pertenecientes a un mismo dueño, aun cuando una de ellas forme parte, con otras, de un conjunto sujeto a régimen de propiedad horizontal. Superado el problema que podía representar la afectación de elementos comunes a resultas de las obras de comunicación porque, entre otras cosas, todos los demás copropietarios las consintieron (art. 12 LPH), la Dirección General se centra en si es posible o no agrupar fincas sujetas a distinto régimen jurídico; conectando con sus anteriores resoluciones de 11 de mayo de 1978 (RJ 2528) y 27 de mayo de 1983 (RJ 6972) (en las que, respectivamente, admitió la agrupación de un edificio en régimen de propiedad horizontal con otro colindante porque se trataba de un solo edificio desde el punto de vista arquitectónico, y la de elementos singulares pertenecientes a propiedades horizontales distintas porque constituían un todo orgánico o unitario), se señala en esta de 2003 que para la formación de una finca orgánica especial «no puede ser un obstáculo absoluto la existencia de una diversidad de regímenes jurídicos sobre los elementos que pasen a integrarse en ella»; ahora bien, por exigencias del principio de especialidad, «la integración en la finca orgánica no determina que pierdan su individualidad, por lo que en el folio que se abra al conjunto ha de constar junto a su descripción la particular de cada uno de sus componentes (cfr. art. 45 del Reglamento Hipotecario), y lógicamente, la determinación de las cargas individuales que las afecten y el peculiar régimen jurídico a que se puedan (*sic*) estar sujetas...».

⁹ En línea similar se expresan ALBIEZ DOHRMANN, «Comentario...», p. 947, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, «El régimen...», p. 52.

¹⁰ Así también ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 219, así como la STS 3 de octubre de 1998 (RJ 7326); no, en cambio, la STS 7 de julio de 1997 (RJ 5969) (comentada en este punto por ECHEVERRÍA SUMMERS, «Comentario...», pp. 1242 y 1243). *Vid.* también la STS 19 de julio de 1993 (RJ 6160), que estima aplicable a la cuestión tanto el artículo 8.II como el (entonces vigente) artículo 11 (hoy 12) LPH.

En su comentario a esta última sentencia, ALBIEZ DOHRMANN (*op. cit.*, pp. 948 y 950) mantiene que la validez o no de una cláusula estatutaria que autorice a comunicar departamentos sin autorización de la junta ha de enjuiciarse a la luz, no del artículo 8, sino de los artículos 7 y (hoy) 12 LPH; así –continúa–, si la obra no afecta a elementos comunes ni a la estructura, configuración y seguridad del edificio, la facultad concedida no debe considerarse ineficaz. En mi opinión, dándose estas circunstancias, los artículos 7 y 12 autorizan sin más a llevar a cabo la comunicación sin necesidad de aprobación de la junta, y aunque los estatutos no lo hayan previsto así.

por lo que será necesario que la junta apruebe unánimemente la operación, no en todo caso, sino sólo cuando se dé alguna de las circunstancias previstas en dichos preceptos¹¹. Si pertenecen a *distintos edificios*, el régimen aplicable a la comunicación es el mismo que veíamos en el párrafo precedente para la agregación de departamentos de edificios colindantes, y por las mismas razones que allí se apuntaban; por tanto, en virtud de los artículos 7, 12 y 17.1.^a LPH, siempre será preciso el consentimiento unánime de las respectivas juntas¹².

4. Además del aumento por agregación y de la disminución por segregación, el artículo 8.I contempla la *división material* de pisos o locales y sus anejos para formar otros independientes –que, lógicamente, habrán de ser más reducidos–; esto supone que habrán de tener salida propia a un elemento común o a una vía pública. No se menciona para nada la necesidad de que, además, cada uno de ellos pase a pertenecer a un titular diferente. Por tanto, interpretado literalmente, el artículo 8 LPH es aplicable a la mera operación material de división –aunque la misma no se formalice jurídicamente– y aun cuando los departamentos independientes surgidos de ella sigan siendo propiedad de la misma persona. Y es que con la división material se opera *de facto* un cambio en la configuración del edificio, que pasa a tener más departamentos de los que figuran en el título constitutivo y entre los cuales *debería* repartirse la cuota de participación correspondiente al espacio dividido, asunto de la exclusiva incumbencia de la junta, como recuerda el artículo 8.II LPH.

Pues bien, frente a este planteamiento, son varios los autores que se inclinan por dejar fuera del artículo 8 LPH las operaciones materiales de división, para circunscribir el requisito de aprobación de la junta al otorgamiento de eficacia jurídico-real a dicha operación¹³ o a la «división jurídica»¹⁴. En esta línea se pronunció también la STS 20 de diciembre de 1989 (RJ 8855), conforme a la cual se deduce claramente del tenor literal del artículo 8.II que la aprobación de la junta sólo es necesaria «cuando, por atribuirse los

¹¹ Salvo que se entienda que por el solo hecho de la comunicación se ve alterada la descripción de cada uno de los departamentos (art. 5.I LPH) y, con ello, que queda afectado el título constitutivo.

¹² Este es también el criterio del TS; *vid.*, *v. gr.*, sus sentencias de 10 de octubre de 1980 (RJ 3621), 4 de abril de 1981 (RJ 1481) (que destaca cómo la apertura de una puerta de comunicación entre locales de edificios colindantes significa el establecimiento de una servidumbre que altera la cosa común), 9 de mayo de 1983 (RJ 2676), 27 de marzo de 1984 (RJ 1438), 19 de septiembre de 1991 (RJ 6056), 11 de octubre de 1995 (RJ 7187) y 24 de enero de 1996 (RJ 640).

Sobre esta cuestión *vid.* también VERGER GARAU, «Algunos...», pp. 252 y 253.

¹³ Así, DORREGO y ARANDA, *Derecho*, pp. 72 y 73, para quienes lo mismo es aplicable a la agregación; parecidamente, también GÓMEZ DE LA ESCALERA, «El régimen...», p. 52.

¹⁴ Es el caso de LOSCERTALES FUERTES, *Propiedad*, pp. 108 y 109.

pisos o locales resultantes de la división a propietarios diferentes, se produzca una alteración de las cuotas de participación, supuesto en el que es procedente la fijación de cuotas nuevas de participación para los pisos reformados, pero no cuando, ..., ambos locales quedaron en manos del mismo y anterior propietario, lo que hace innecesaria la fijación de nuevas cuotas...»¹⁵.

5. El artículo 8.I LPH menciona como posible objeto de las operaciones que contempla, no sólo a pisos y locales, sino también a sus *anejos*.

Cuando el piso o local objeto de división, agregación o segregación tiene un anejo, no parece que aquellas operaciones deban afectar necesariamente a éste, o que deban hacerlo del mismo modo, pues las razones que justificaron aquéllas no tienen por qué darse en el caso del anejo (así, por ejemplo, es posible que a partir de un local puedan crearse varios más pequeños e independientes, mientras que la plaza de garaje aneja sea tan pequeña que no admita similar división)¹⁶; pero, naturalmente, si hay razones para ello y se cumplen los requisitos del artículo 8 LPH, no debe haber inconveniente para que el anejo experimente una alteración paralela o similar a la del piso o local al que acompaña.

Caso diferente a los contemplados en este precepto parece el de *desafectación o desvinculación de un anejo*, requisito previo indispensable cuando se pretende su enajenación por separado del correspondiente piso o local¹⁷. La división material comporta el fraccionamiento de un espacio único para formar otros más pequeños e independientes, mientras que la desvinculación es un cambio jurídico¹⁸: el espacio desafectado pierde la consideración de anejo

¹⁵ Vid. también la RDGRN 1 de abril de 1981 (RJ 1791).

En cambio, la STS 10 de diciembre de 1997 (RJ 8968) mantuvo que la división material de un local comercial en otros más reducidos e independientes requería la aprobación de la junta por imperativo del artículo 8 LPH, sin mencionar ni dar mayor importancia al hecho de que todos ellos pertenecieran a la misma entidad; el Supremo insiste en que la transformación de un local en seis departamentos, algunos de los cuales podían utilizarse como viviendas, suponía una modificación del título constitutivo que requería el consentimiento unánime de todos los propietarios, conforme al artículo 11 en relación con el 16.1.^a LPH (hoy, arts. 12 y 17.1.^a).

Probablemente haya notables diferencias entre una división material como la de este caso y la del resuelto por la STS 20 de diciembre de 1989 (RJ 8855), que se acaba de citar en el texto (en el que un local destinado a restaurante se había fraccionado en dos para dedicar una parte del mismo a supermercado), pero el tenor literal del artículo 8 LPH no parece justificar un tratamiento tan distinto como el que les dio el Supremo en cada una de estas dos sentencias.

¹⁶ Vid., no obstante, ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 218.

¹⁷ Vid., último párrafo del artículo 3 LPH y, al respecto, mi estudio «A propósito del artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal», *RdP*, núm. 14, 2005-1, núm. 4 del epígrafe 2.

¹⁸ Vid., en línea similar ECHEVERRÍA SUMMERS (*Comentarios*, p. 217, y «Comentario...», p. 1239), para quien esta operación queda excluida del artículo 8 LPH; así lo entiende también GÓMEZ DE LA ESCALERA, «El régimen...», pp. 52 y 53.

para configurarse como elemento privativo *por sí solo*, sin alterarse su delimitación física ni variar su tamaño ni el del piso o local del que antes fuera anejo. En puridad, tampoco ese piso o local disminuye por segregación de una parte, porque el anejo (que habitualmente no será colindante) no es una parte de aquél, ni el espacio que realmente conforma el piso o local disminuye por la desafectación. No obstante, la cuestión es discutida y la propia DGRN ha mantenido diversas posiciones al respecto; así, mientras que en una primera resolución, de 11 de junio de 1986 (RJ 3841), subraya la diferencia existente entre una segregación y la desvinculación de un anejo, en otra de 25 de octubre de 1996 (RJ 7488) entiende que este último supuesto se enmarca en el artículo 8 LPH. Lo cierto es, para terminar, que uno y otro planteamiento no conducen a regímenes jurídicos diversos, pues también si se entiende que la desafectación queda fuera del artículo 8 LPH, habrá que admitir la necesidad de consentimiento de la junta para su verificación, al comportar una modificación del título constitutivo (arts. 5.I y 17.1.^a LPH).

3. EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 8: LOS REQUISITOS PARA LA DIVISIÓN MATERIAL, AGREGACIÓN O SEGREGACIÓN DE LOS PISOS O LOCALES Y SUS ANEJOS

1. El primer requisito imprescindible para llevar a cabo las operaciones contempladas en el artículo 8.I LPH es, según el párrafo segundo del precepto, el *consentimiento de los titulares afectados*. Son éstos *los propietarios* de los departamentos objeto de división, agregación o segregación; no quienes los posean u ocupen en concepto distinto (sean poseedores en precario, arrendatarios, usufructuarios o habitacionistas)¹⁹; mas, si el piso o local se encuentra sujeto a un derecho de usufructo o habitación, habrá que tener en cuenta, que las facultades dominicales del propietario se hallan limitadas y que no puede alterar la forma ni la sustancia de la cosa ni hacer en ella nada que perjudique al usufructuario o habitacionista (arts. 489 y 528 CC); por su parte, el arrendador tampoco puede variar la forma de la cosa arrendada (art. 1557 CC), lo que es expresión de su obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa (arts. 1554.3.º CC y 4.2.I.i.f. LAU). En cualquiera de estos casos, el poseedor perturbado podría ejercitar el

¹⁹ En sentido similar, *vid.* FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 235.

correspondiente interdicto frente al propietario, aparte de disponer, en su caso, de los remedios contractuales pertinentes.

Si un piso o local pertenece a varios *pro indiviso* será indispensable, para efectuar las operaciones materiales que contempla el artículo 8 LPH, el consentimiento de todos los condóminos (art. 397 CC); sin embargo, cuando lo que se pretende es extinguir la comunidad mediante la división de la cosa común, bastará con que cualquiera de ellos lo pida (arts. 400.I CC y 4 LPH), aunque seguirá siendo precisa la aprobación de la junta.

Tratándose de un *departamento procomunal*, como no cabe la acción de división (art. 4 LPH), su división jurídica –y también la material– requerirá el consentimiento de todos los copropietarios del edificio en cuanto titulares afectados; si esto se consigue, se habrá obtenido al propio tiempo la también precisa aprobación de la junta²⁰.

2. Según el artículo 8.II LPH, las operaciones que el precepto contempla requieren en segundo lugar la *aprobación de la junta de propietarios*, a quien incumbe además fijar las nuevas cuotas de participación.

Tal y como ya traté de razonar páginas atrás, a las que ahora me remito²¹, a la vista del artículo 8 LPH cabe sostener que la junta no es libre para, sean cuales sean las circunstancias del caso, negar su aprobación, pudiéndose considerar incluso, y según los casos, obligada a prestarla²².

La necesaria intervención de la junta *se justifica* porque las operaciones de que estamos tratando implican una modificación del título constitutivo, en cuanto en éste se describen los pisos y locales con su extensión, linderos, planta en que se hallan y anejos (art. 5.I LPH); también la cuota, que necesariamente ha de tener cada piso o local (art. 3.II LPH) y que ha de constar en el título (art. 5.II, primer inciso, LPH), deberá ser variada cuando se altera la superficie útil del departamento en cuestión (efecto necesario de cualquiera de las operaciones del artículo 8 LPH), su emplazamiento, o el uso que vaya a efectuar de servicios o elementos comunes²³. De aquí resulta que el acuerdo de aprobación y fijación

²⁰ En realidad, como el departamento procomunal es un elemento común (por destino), y cualquier alteración de éstos queda sujeta al artículo 12 LPH, al supuesto puede considerarse aplicable tanto este precepto como el artículo 8 LPH, con el mismo resultado. En cambio, cuando lo que se pretende alterar es un elemento común distinto a un piso o local, es el artículo 12 LPH el único aplicable (*vid.*, *v. gr.*, la RDGRN de 12 de noviembre de 1991 [RJ 8631], a propósito de la segregación de una parte del solar del edificio).

²¹ *Vid. supra*, número 1, del epígrafe 2 de este comentario.

²² La STS de 3 de mayo de 1989 (RJ 3583) señala sin paliativos que se trata de «un consentimiento [el del artículo 8 LPH] que la Ley impone».

²³ *Vid. STS* de 30 de mayo de 2002 (RJ 4722).

de nuevas cuotas deba adoptarse *por unanimidad* (arts. 3.II.i.f., 5.IV y 17.1.^a.I LPH)²⁴.

Además de aprobar la división material, la agregación o la segregación, la junta deberá consentir, *también por unanimidad, las obras a realizar a tal fin cuando las mismas alteren la seguridad del edificio, su configuración o estado exteriores, su estructura o fábrica, o las cosas comunes* (arts. 7 y 12 en relación con el 17.1.^a LPH)²⁵. En relación con esto cabe preguntarse si la aprobación *en junta de cualquiera de las operaciones del artículo 8 comporta necesariamente la de las obras precisas para practicarla y que requieran autorización*. Lo lógico sería que la junta sólo diese aquella aprobación tras conocer el alcance de las obras, que, de este modo, quedarían amparadas por ella de ser necesario. Pero si no fuera así, y la junta se limitara sin más a dar su aprobación a la operación material, no parece que la misma pueda extenderse más allá de eso, de modo que siempre que la intervención proyectada vaya a alterar la seguridad del edificio, su configuración o estado exteriores (art. 7 LPH), su estructura o fábrica, o un elemento común (art. 12 LPH), será imprescindible un acuerdo unánime de la junta autorizándolo expresamente (art. 17.1.^a LPH)²⁶; además, según el inciso final del artículo 12 LPH, ese acuerdo habrá de contener determinadas menciones acerca de la alteración y sus efectos, menciones que necesariamente faltarán en el que se limite a aprobar la división, agregación o segregación de un departamento.

²⁴ En este sentido, v. gr., ALBIEZ DOHRMANN, «Comentario...», p. 946; CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ, *Derecho*, p. 544; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, vol. III, p. 267; FUENTES-LOJO, *La Ley*, pp. 237 y 248; GÓMEZ DE LA ESCALERA, «El régimen...», pp. 53 y 54; LOSCERTALES FUERTES, *Propiedad*, p. 112, y MATA POSADAS, «Ley...», p. 175; ECHEVERRÍA SUMMERS (*Comentarios*, p. 221), tras dar cuenta de la polémica surgida tras promulgarse la LPH acerca del quórum preciso para la aprobación de la junta del artículo 8 (cuestión a la que también alude FUENTES-LOJO, *op. cit., loc. cit.*), señala que la tesis de la unanimidad fue la que predominó entonces y se mantiene hasta hoy.

Vid., a este respecto la STS de 17 de septiembre de 1993 (RJ 6643), y, a propósito de casos de división de locales, las SSTS de 10 de noviembre de 1992 (RJ 8960) y 10 de diciembre de 1997 (RJ 8968), y las RRDGRN de 24 de septiembre de 1992 (RJ 6922) y 5 de octubre de 2002 (RJ 10175). Esta última resolución apunta como doctrina reiterada de la DGRN que la división material de un elemento privativo supone una modificación del título constitutivo, por lo que «queda sujeta a las exigencias legalmente impuestas para proceder a tal modificación, básicamente, el acuerdo unánime de todos los propietarios que exige el artículo 17.1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal, superando así la que pudiera ser una interpretación restrictiva del artículo 8 tendente a considerar que en tales casos la única intervención de la junta de propietarios se limita a la fijación de las nuevas cuotas de participación...».

²⁵ *Vid.* SSTS de 3 de febrero de 1987 (RJ 677) y 10 de octubre de 1997 (RJ 8968) y RDGRN de 5 de octubre de 2002 (RJ 10175). También ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 229.

²⁶ En este sentido se pronuncia también, respecto de las obras que afecten a elementos comunes, FUENTES-LOJO, *La Ley*, pp. 246 y 247.

3. Según el artículo 8.II LPH, *incumbe a la junta fijar las nuevas cuotas de participación de los pisos (o locales, aunque no se diga) reformados*, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5; esta última precisión no hubiera sido necesaria, puesto que ya del segundo inciso del artículo 5.II LPH resulta con claridad que son los criterios allí citados los que deben ponderarse para determinar la cuota. No parece preciso que se proceda a su fijación en el mismo acuerdo en que se aprueba la operación y las obras, pudiendo dejarse para un momento posterior²⁷.

El artículo 8.II LPH matiza, además, que *no cabe alterar las cuotas de los restantes pisos o locales*. Sin embargo, la operación realizada podría justificar en determinados casos esa alteración, pues para fijar la cuota no sólo deben tomarse en cuenta la superficie útil y la situación de cada departamento (cuya variación en los departamentos reformados no afecta en nada a los demás), sino también el uso que racionalmente se presume que va a efectuar de los servicios o elementos comunes (art. 5.II, segundo inciso, LPH); el cambio de este dato respecto de los nuevos pisos o locales podría justificar una variación generalizada de las cuotas; si esa variación fuera admitida unánimemente por todos los copropietarios, no debería haber inconveniente para modificar el título constitutivo en tal sentido, a pesar de lo dispuesto por el artículo 8.II.i.f. LPH; a falta de tal unanimidad, siempre cabría acudir al juez para que procediera a fijar las cuotas conforme a la nueva situación: así resulta del primer inciso del artículo 5.II LPH, frente a lo cual tampoco parece que quepa oponer la frase final del artículo 8.II LPH.

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ESTATUTARIAS QUE AUTORIZAN A LLEVAR A CABO OPERACIONES DEL ARTÍCULO 8 LPH SIN APROBACIÓN DE LA JUNTA

Probablemente la cuestión que con mayor frecuencia suscita en la práctica la aplicación del artículo 8 LPH sea la de la validez o no de las cláusulas estatutarias que permiten realizar operaciones de división material, agregación o segregación sin contar con la necesaria aprobación de la junta. Quizá por ello el Grupo Popular presentó una enmienda durante la tramitación de la reforma de la LPH por Ley 8/1999²⁸,

²⁷ Así, también, FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 248.

²⁸ En concreto, se trataba de una enmienda a la Proposición de Ley 120/000002, sobre reclamación de deudas comunitarias (ésta, publicada en el *BOCG* de 18 de febrero

para que se adicionara al artículo 8 el siguiente párrafo: «Se exceptúa de la necesidad de autorización de la Junta, los supuestos en los que en los estatutos de la propiedad horizontal, se hubiera pactado o reservado la facultad de división, segregación o agregación de los elementos independientes sin tal autorización, siempre que no se alteren las cuotas de los demás pisos o locales ni afecten a elementos comunes»; para justificar la enmienda se aducía la acomodación a la doctrina de la DGRN, favorable a la validez de estas cláusulas, silenciándose así la posición del TS que, como en seguida veremos, es por lo general bastante restrictiva en la materia. Sea como fuere, el informe de la Ponencia del Congreso fue contrario a la incorporación de la enmienda²⁹, que finalmente no prosperó.

En muchos casos, el promotor establece este tipo de cláusulas en su propio beneficio cuando desea otorgar unilateralmente el título constitutivo, pero aún desconoce cómo va a terminar la obra en la planta destinada a locales (a veces también en otras superiores, destinadas a oficinas), a expensas de cuál sea la demanda en el mercado inmobiliario al momento de iniciar las ventas; por ello, asigna en el título un número y una cuota de participación únicos a todo el espacio, al tiempo que se reserva la facultad de dividirlos o segregarlos sin necesidad de la autorización de la junta. Otras veces, estas cláusulas se establecen en beneficio de quienes quiera que sean los propietarios de los locales o, en ocasiones también, de los pisos. Ambos casos merecen, como intentaré demostrar al analizar la doctrina, y después de exponer las posiciones de la jurisprudencia y la DGRN, un tratamiento distinto.

4.1 POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

El TS no suele hacer distinciones entre los dos supuestos que acabo de apuntar a la hora de pronunciarse sobre la validez o no de estas cláusulas, punto sobre el que se ha manifestado de forma contradictoria, al menos en el plano del razonamiento formal; así, cabe distinguir dos líneas jurisprudenciales básicas:

1. El Supremo ha mantenido la *nulidad* de cláusulas de este tipo en sus sentencias de 7 de febrero de 1976 (RJ 611) (la primera en que hubo de pronunciarse sobre esta cuestión), 31 de enero de 1987 (RJ 1988, 10209), 3 de mayo de 1989 (RJ 3583) y 19 de

de 1997, y aquella en el *BOCG* de 16 de diciembre de 1997), que, junto con otras dos Proposiciones de Ley, dio lugar a la de Reforma de la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal.

²⁹ *BOCG* de 20 de noviembre de 1998.

julio de 1993 (RJ 6160), basándose para ello en el *carácter imperativo del artículo 8.II LPH*, con la consiguiente imposibilidad de prescindir, por el juego de la autonomía privada, del requisito de la aprobación de la junta. Las de 31 de enero de 1987 y 19 de julio de 1993 se apoyan, además, en la imperatividad del artículo 11 (hoy 12) LPH, al imponer éste –lo mismo que el artículo 8– en beneficio de la comunidad el consentimiento unánime de los propietarios respecto de ciertas operaciones³⁰.

2. En otras ocasiones, el TS ha admitido la validez de estas cláusulas, afirmándola con rotundidad en la Sentencia de 5 de mayo de 1986 (RJ 2341)³¹, y supeditándola a la observancia de ciertas exigencias en la mayoría de los casos. En efecto, la citada STS de 5 de mayo de 1986, refiriéndose a las facultades que se concedían en la escritura de división horizontal a los propietarios de ciertos departamentos para agruparlos, y al constructor para completar y rectificar la descripción de las fincas que conservara de su propiedad, sin autorización de la junta³², señala que las mismas «no quebrantan normas imperativas de la Ley de propiedad horizontal y, por tanto, han de considerarse válidas y eficaces en derecho...»; la oposición, al menos formal, a las sentencias citadas en el párrafo precedente no puede ser más clara.

No obstante, *la validez de estas cláusulas se estima supeditada al respeto de ciertas limitaciones*³³; la sentencia del Supremo más explícita en este sentido es la de 30 de septiembre de 1988 (RJ 6935), que desglosa las siguientes:

1.^a Los locales resultantes de la operación deben ser «susceptibles de aprovechamiento independiente “por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública”», tal y como se desprende del artículo 396.I CC.

2.^a Por aplicación del artículo 7.I LPH, se «prohíbe que como consecuencia de tal división “se altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o perjudique los derechos de otro propietario”».

³⁰ *Vid.*, también, la STS de 7 de julio de 1997 (RJ 5969), que, *obiter dictum*, afirma que si los estatutos permitieran unir locales de plantas distintas sin autorización de la junta, habría que considerarlos contrarios a los artículos 8.II y 16 (hoy 17) LPH.

³¹ Que, curiosamente, es del mismo ponente que la STS de 3 de mayo de 1989 (RJ 3583) (Excmo. Sr. Santos Briz), que acabo de citar como representativa de la línea jurisprudencial opuesta a ésta.

³² Como se ve, se hallan aquí los dos tipos de cláusulas que distinguía al inicio de este epígrafe 4.

³³ Que aparecen ya apuntadas en la misma STS de 5 de mayo de 1986 (RJ 2341), que se acaba de citar, al destacarse que no se habían alterado elementos comunes ni perjudicado a la comunidad.

3.^a No deben alterarse los elementos comunes, pues del artículo 11 (hoy 12) LPH se desprende que ello afectaría al título constitutivo y debería someterse al régimen establecido para su modificación³⁴.

En bastantes otras sentencias, el TS sigue una línea parecida, insistiendo en que la autorización estatutaria para dividir, agregar o segregar (cuya validez, es cierto, no se afirma explícitamente, pero tampoco parece ponerse en duda, sino darse por supuesta para, a continuación, señalar sus límites) *en ningún caso permite llevar a cabo sin aprobación unánime de la junta obras que superen los límites derivados de los arts. 7 y (actual) 12 LPH*. En este sentido cabe citar las SSTS de 22 de mayo de 1995 (RJ 4087)³⁵, 21 de noviembre de 1995 (RJ 8736)³⁶ y 30 de julio de 1998 (RJ 6381)³⁷.

³⁴ En la demanda que dio origen al pleito resuelto por esta STS de 30 de septiembre de 1988, los propietarios de los locales con facultad de división pretendían que se declarase su derecho a abrir accesos a los locales resultantes a un patio interior común. Pretensión que el TS rechazó en atención a los límites expuestos, dado que en el título constitutivo no se habían previsto los huecos cuya apertura quería practicarse, y que afectarían, al propio tiempo, al uso que del patio correspondía a los demás propietarios. De aquí resulta, en definitiva, la necesidad de *prever*; a la vez que se establece la reserva de la facultad de división, *las salidas que los posibles departamentos resultantes van a tener, y el uso que de los elementos comunes les corresponde*.

Vid., sin embargo, la STS de 7 de mayo de 1997 (RJ 4111), cuyo razonamiento viene a relativizar en la práctica la importancia de los límites expuestos; mantiene esta sentencia que la facultad de segregación concedida en el título constitutivo a los propietarios del sótano para instalar locales y garajes comportaba la desafectación de la condición de elemento común del muro de cierre de la planta sótano, y llevaba implícita la facultad de abrir en él accesos a los locales conformados tras la división, pues en otro caso aquella facultad sería ilusoria.

³⁵ Según la cual, «la facultad concedida a los dueños de la planta y entreplanta de efectuar en ellas divisiones, segregaciones y agrupaciones, sin permiso de la junta unánime de propietarios [*sic*], no comprende a las obras efectuadas», que, a la sazón, alteraban la estructura y fábrica del edificio; «... los estatutos –añade– pueden establecer cuantos pactos no sean contrarios a las normas de carácter imperativo, contenidas en la ley, y entre éstas se cuentan las que impiden hacer obras que afectan de modo sustancial al edificio...».

³⁶ Esta sentencia, citando otras en que el Supremo ha mantenido la nulidad de estas cláusulas, destaca el criterio restrictivo mantenido por la misma Sala al respecto, y concluye: «Una autorización que no provenga de la Junta de Propietarios no puede en modo alguno ignorar los límites del artículo 7 LPH ni, en su caso, los del artículo 11 [hoy 12]... *Una cosa es que la cláusula estatutaria permita una agregación, división o segregación utilizando (no alterando) elementos comunes, y otra que permita obrar sin ningún respeto a los límites legales*» (la cursiva es mía). Del mismo ponente que ésta (Excmo. Sr. Gullón Ballesteros) es la STS de 27 de junio de 1996 (RJ 4795), que, asimismo, insiste en que una cláusula de este tipo no puede interpretarse extensiva ni analógicamente «por representar, aun admitiendo que es eficaz mientras no se pida y declare nula, una acusada restricción al régimen legal de la propiedad horizontal»; de ahí se deduce que la autorización para dividir un local no facultaba para verificar una obra en un elemento común sin el consentimiento de los demás copropietarios.

³⁷ En ésta se destaca: «... si bien es cierto que la Ley, en el artículo 8, habla de división material de pisos o locales y sus anejos, *lo que en ningún pasaje admite la Ley que [sic] tales obras, incluso previstas estatutariamente, puedan alterar elementos comunes, la estructura del edificio...*» (la cursiva es mía). De modo parecido, aunque *obiter dictum*, apunta la STS de 21 de diciembre de 1994 (RJ 10366) cómo estas cláusulas no autorizan a ocupar elementos comunes ni a incidir en la seguridad del edificio.

Vid., también, las SSTS de 27 de marzo de 1984 (RJ 1438) y 16 de diciembre de 1985 (RJ 6588).

3. Prácticamente en todos los casos citados en el apartado precedente (número 2)³⁸, la inobservancia de los límites expuestos condujo al Supremo a entender que el propietario facultado para dividir, agregar o segregar sin autorización de la junta, no podía llevar a cabo las obras que pretendía (o que ya había hecho) sin contar con el consentimiento de todos los demás³⁹. Resultado idéntico, pues, al que se habría llegado desde la tesis jurisprudencial expuesta en primer término y que niega validez a las cláusulas estatutarias que estamos analizando.

A la inversa, los casos contemplados por aquellas sentencias⁴⁰ seguramente se habrían resuelto del mismo modo aunque se hubiera partido de la tesis favorable a la admisibilidad con ciertos requisitos; de una parte, porque podría haberse considerado que las cláusulas en cuestión estaban redactadas en términos demasiado amplios e imprecisos, sin adoptarse en ellas las precauciones que para su validez resultan de la doctrina jurisprudencial expuesta en el apartado precedente (número 2)⁴¹; de otra parte, en varios casos⁴², las obras realizadas afectaban a elementos comunes; en el resuelto por la STS de 19 de julio de 1993 (RJ 6160), bien leídos los estatutos, los mismos no autorizaban –aunque se hubiese admitido su validez en este punto– la operación pretendida⁴³; por último, aunque la STS de 3 de mayo de 1989 (RJ 3583) niega validez a estas cláusulas, obliga a la junta a dar su aprobación a la división material verificada por un propietario.

Resulta, en fin, que las diferencias prácticas no son muchas, se parta de una u otra de las tesis defendidas en la materia por el TS, dado que las exigencias impuestas para admitir la validez de estas cláusulas comporta frecuentemente su ineptitud para amparar las obras que acompañan a la división, agregación o segregación pretendidas⁴⁴.

³⁸ A salvo los de las SSTS de 5 de mayo de 1986 (RJ 2341) y 7 de mayo de 1997 (RJ 4111).

³⁹ En este sentido destacan Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema*, vol. III, p. 267) cómo las matizaciones del TS para admitir la validez de estas cláusulas equivalen muchas veces a la inutilidad de la autorización.

⁴⁰ *Supra*, apartado número 1.

⁴¹ Así lo entendieron, v. gr., GARCÍA GARCÍA («Comentario...», pp. 442 y 447) y VERGER GARAU («Algunos...», p. 246) por lo que se refería a la del caso de la STS de 7 de febrero de 1976 (RJ 611).

⁴² Concretamente, los resueltos por las SSTS de 31 de enero de 1987 (RJ 1988, 10209) y 7 de julio de 1997 (RJ 5969).

⁴³ *Vid.*, al respecto, ALBIEZ DOHRMANN, «Comentario...», p. 950.

⁴⁴ Sobre la cuestión aquí tratada es de citar también la STSJ Navarra de 15 de marzo de 2001 (RJ 6143), que parte de la validez de una cláusula estatutaria por la que se facultaba a cualquiera de los propietarios a dividir, segregar, agregar o agrupar las entidades de su propiedad siempre que las obras precisas al efecto no afectaran la seguridad o estructura total del edificio. La constructora, al vender en documento privado uno de los pisos en construc-

4.2 DOCTRINA DE LA DGRN

La DGRN se ha expresado claramente a favor de la admisibilidad de las cláusulas de que vengo tratando. Así, en la resolución de 31 de agosto de 1981 (RJ 3273) entendió que la reserva estatutaria de la facultad de segregar los locales no era contraria al artículo 8 LPH porque, además de limitarse a los bajos a fin de acomodarse a las demandas del mercado, y haberse establecido por quien aún era titular único del edificio, respetaba las normas del artículo 8 sobre inalterabilidad de las cuotas, «así como los criterios pactados de futura determinación de las cuotas de los nuevos locales dentro de esta norma anterior».

En su posterior resolución de 26 de febrero de 1988 (RJ 1322), la DGRN admitió la validez de una cláusula que permitía a los propietarios, tanto de pisos como de locales de un edificio, unirlos o dividirlos sin autorización de la comunidad; comienza por interpretar

ción a los actores en el pleito, les había informado de la existencia de la escritura de división horizontal que recogía los estatutos, y se había reservado en el contrato el derecho de efectuar en las obras las modificaciones que fueren autorizadas oficialmente y vinieren motivadas por exigencias técnicas, jurídicas o comerciales durante su ejecución; en efecto, la vendedora efectuó obras en la planta bajo cubierta en cuanto obtuvo la correspondiente licencia municipal, y construyó en ella varios departamentos con terraza; poco antes de concluir tales obras, la constructora otorgó unilateralmente nueva escritura de obra nueva y régimen de propiedad horizontal, alterando la anterior, e incluyéndose las nuevas entidades construidas; poco después se elevó a escritura pública el contrato de compraventa privado antes referido, haciéndose expresión en ella de la escritura de alteración de la obra nueva, que los compradores declararon conocer y aceptar. Al cabo de algunos años fue vendido y ocupado el piso construido sobre el de los actores, que denunciaron entonces que la constructora había construido la vivienda en zona destinada a trasteros y terraza, cambiando su destino, apropiándose y alterando elementos comunes, y todo ello sin el consentimiento unánime de los copropietarios y modificando el título constitutivo. En lo que ahora y aquí interesa, el TSJ Navarra, tras destacar que los actores no podían haber concurrido al otorgamiento de la escritura de alteración de obra nueva por no ser entonces aún propietarios, entendió que la cláusula estatutaria y la reserva incluida en el contrato privado de compraventa antes citadas legitimaban a la constructora a alterar unilateralmente la escritura de obra nueva.

Es de notar, con todo, que en la segunda escritura de obra nueva se asignó a las viviendas una cuota de participación inferior a la fijada en la primera (pasó de un 9 a un 8 por 100); en mi opinión –y como resulta de lo que apunto más adelante en el texto– las cláusulas estatutarias que autorizan a verificar unilateralmente las operaciones contempladas en el artículo 8 LPH no pueden justificar, en ningún caso, la modificación, asimismo, unilateral de las cuotas de participación de los departamentos de los demás condueños (o, como ocurría en el caso de que aquí se trataba, de los departamentos ya comprados, pues el objeto de la compraventa comprende también la cuota de participación correspondiente al departamento en el total del edificio –*vid.*, al respecto, mi artículo: «A propósito del artículo 3...», epígrafe 1, nota 5–; además, cabe interpretar el artículo 5.II LPH en el sentido de que la modificación –o fijación– de la cuota por el propietario único del edificio sólo es admisible en tanto no haya iniciado la venta de los pisos, que es lo que querría decir el citado precepto al referirse a la determinación de la cuota por el propietario único del edificio «al iniciar su venta por pisos»: me remito, en este punto, a mi artículo «A propósito del artículo 3...», apartado 1 del epígrafe 3.2.). Sin embargo, la demanda no incidió en esta cuestión, pues lo que se pretendía era que se deshicieran las obras hechas bajo cubierta y se declarara la nulidad de la compraventa de los apartamentos resultantes.

el artículo 396.IV CC en el sentido de que la propiedad horizontal se rige por la voluntad de los interesados, salvo disposiciones legales imperativas, entre las que no se encuentra, según la resolución, el artículo 8 LPH⁴⁵, «pues no hay razón de orden público que lo justifique. Es más –continúa el razonamiento–, imponer en todo caso, para la modificación de las entidades hipotecarias, la aprobación de la Junta de propietarios, exigiendo su unanimidad, implica otorgar imperativamente a cada uno de ellos un exagerado derecho de veto que, sobre prestarse a abusos de imposible o complicado remedio, puede, además, constituir sin justificación suficiente, un grave obstáculo para que los edificios sean jurídicamente estructurados del modo más adecuado a su aprovechamiento económico con el consiguiente detrimento de la economía nacional». La DGRN termina señalando que si uno de los propietarios realizara una operación permitida en el título, no se trataría de una modificación de éste ni de los estatutos –precisada en todo caso de unanimidad–, sino de una simple aplicación de sus reglas mediante el ejercicio de las facultades en ellas conferidas.

También cabe citar la RDGRN de 25 de septiembre de 1991 (RJ 6236) que, si bien no se pronuncia directamente sobre la validez de estas cláusulas, parece darla por supuesta cuando destaca respecto de una de ellas cómo la misma no autorizaba a transformar, sin aprobación de la junta, el destino de un elemento privativo de desván-trastero en vivienda.

Después, la DGRN hubo de pronunciarse –en Resolución de 21 de marzo de 2001 (RJ 2002, 2187)– acerca de la inscribibilidad o no de la reserva hecha por el promotor de un conjunto inmobiliario (destinado a cementerio y constituido en régimen de propiedad horizontal) para poder variar su configuración global mediante la agregación o incorporación al mismo de otras fincas colindantes, o la segregación de zonas no edificadas; el promotor pretendía reservarse asimismo la facultad de reasignar cuotas. La defensa de la entidad promotora invocó en apoyo de su pretensión la RDGRN 26 de febrero de 1988 (RJ 1322) –a la que me he referido *supra*–. Pero, en esta ocasión, las particularidades del caso, notablemente distinto al de la anterior resolución, llevaron a la Dirección General a negar la inscripción de una facultad de agregación o segregación que «en cuanto afecta[ba]n ya a elementos comunes que habrían de ampliarse o reducirse implica[ba]n una modificación del propio título constitutivo del régimen y los derechos que al amparo del mismo se hayan adquirido...». En cuanto a la facultad atribuida al promotor de reasignar cuotas, la resolución distingue,

⁴⁵ Lo mismo mantuvo, como ya vimos, la STS de 5 de mayo de 1986 (RJ 2341).

pues —señala— siendo admisible cuando «se limite a la redistribución de las ya asignadas a los subconjuntos pendientes de desarrollar si con ocasión de su construcción se subdividieran en dos o más, no cabe hacerla extensiva a la modificación de las ya asignadas a los subconjuntos plenamente definidos...».

También las resoluciones de la DGRN de 13 de junio de 2002 (RJ 8907) y 18 de marzo de 2003 (RJ 4137) parten de la validez de la reserva estatutaria de la facultad de dividir materialmente naves o locales sin el consentimiento de los demás propietarios; con todo, ninguna de las dos admitió la inscripción del documento presentado en el Registro y en el que se reflejaba la correspondiente división; la primera, por entender que, si bien el acuerdo de la junta no era preciso para la división (pues así lo establecían los estatutos), sí lo era para construir una nueva planta en la nave antes de dividirla, y ese requisito no se había cumplido; y, la segunda, porque la norma estatutaria en cuestión no aparecía inscrita en el Registro, por lo que no podía «hacerse valer frente a los que ha[bía]n adquirido pisos desconociendo tal posibilidad...» (art. 5.III LPH).

Por último, la RDGRN de 16 de febrero de 2004 (RJ 2375) elude pronunciarse sobre la validez de una cláusula de este tipo por entender que, sin necesidad de juzgar esa cuestión, procedía denegar la inscripción de una escritura de segregación que se pretendía efectuar al amparo de dicha cláusula, porque tal operación excedía los propios límites de la facultad tal y como se había reservado; las facultades reservadas, señala la Dirección General, «no incluyen la segregación total de una parte del solar [que era lo reflejado en la escritura], sino únicamente las segregaciones necesarias para realizar determinadas construcciones en el subsuelo», por lo que aquella operación precisaba del consentimiento de la junta.

4.3 ANÁLISIS DOCTRINAL Y OPINIÓN PERSONAL

Aunque la doctrina mantiene en este punto posiciones encontradas, domina la tesis favorable a la admisibilidad de las cláusulas que estamos analizando, sobre todo en el caso de reserva en favor del promotor de la facultad de dividir, agregar o segregar los locales aún no terminados.

Antes de analizar por separado los dos tipos de cláusulas a que aludí al comienzo de este epígrafe 4, hay que apuntar que un sector doctrinal defiende su nulidad en general y sin hacer distinciones. Para ello se basan en el tenor literal de la Ley⁴⁶ o en el carácter

⁴⁶ Es el caso de Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones*, vol. II/1, nota 7 de la p. 180.

imperativo de los preceptos que las mismas contrarían (arts. 5, 8 y 16.1.^a [hoy 17.1.^a] LPH)⁴⁷. Asimismo hay quienes defienden su validez en términos generales⁴⁸. Sin embargo, en mi opinión, es preciso partir de la distinción que se hace en las páginas siguientes.

4.3.1 La reserva en favor del promotor de la facultad de configurar definitivamente los locales sin tabicar

1. Como acabo de apuntar, muchos de los autores que se expresan a favor de la *admisibilidad* de estas cláusulas lo hacen teniendo presentes las establecidas en favor del promotor respecto de las plantas diáfanas y sin tabicar destinadas a locales. Los argumentos barajados en pro de esta tesis –de los que derivan, al propio tiempo, los *límites* a que se estiman sometidas tales cláusulas– pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1.º Son cláusulas que responden a un *interés legítimo y digno de protección*: el del promotor a demorar la configuración definitiva de los locales para adaptarse a la demanda del mercado⁴⁹.

2.º *No tienen por qué perjudicar a la comunidad ni afectar a los demás propietarios*, siendo éste un requisito imprescindible para su validez⁵⁰; a tal fin es preciso observar las siguientes pautas⁵¹:

a) Se ha de atribuir al espacio pendiente de división una *cuota global*, dentro de la cual habrá que operar al fijarse la de cada

⁴⁷ Así, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (*La Ley*, pp. 742 a 744), para quien el acuerdo unánime de la junta es imprescindible para modificar la extensión y linderos de los departamentos, así como las cuotas asignadas; *vid.*, también ALVAREZ ÁLVAREZ, «El título...», p. 534.

Por su parte, ESCRIBA DE ROMANI («Lo imperativo...», pp. 1252 y 1259) entiende que lo único imperativo del artículo 8 LPH es que fije las cuotas la junta, y que la reserva a favor de algún copropietario de la facultad de determinarlas (por ejemplo, las que resultan de la división de un local), han de considerarse, todo lo más, como apoderamientos revocables.

⁴⁸ Por ejemplo, CÁMARA ÁLVAREZ («Modalidades...», pp. 241 y 242) para quien, siendo la finalidad del artículo 8 LPH evitar que de forma incontrolada los propietarios alteren sustancialmente la fisonomía y el destino del edificio, si no existe tal riesgo, o es mínimo, y además hay razones claras que justifiquen la reserva, no se violenta la *ratio iuris* del precepto por incluirla en los estatutos. *Vid.*, también, en línea parecida, AZPITARTE CAMY, «Los garajes...», p. 101, y MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «Segregación...», pp. 423 y 424. A favor de este tipo de cláusulas se manifiesta, asimismo, GÓMEZ DE LA ESCALERA («El régimen...», pp. 54 y 55), enumerando los requisitos que deben cumplir a tal fin, y sobre los que volvemos en las líneas que siguen.

⁴⁹ Así, por ejemplo, AZPITARTE CAMY, «Los garajes...», p. 101; ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 225 (quien llega a decir que estas reservas se constituyen en beneficio de los intereses de los futuros compradores y no en el exclusivo y egoísta de quien las establece); GARCÍA GARCÍA, «Comentario...», p. 445; MONET Y ANTÓN, «Problemas...», pp. 303 y 304, y VERGER GARAU, «Algunos...», p. 246. *Vid.*, también, DORREGO Y ARANDA, *Derecho*, p. 107.

⁵⁰ VERGER GARAU, «Algunos...», p. 246. Según cita de ECHEVERRÍA SUMMERS (*Comentarios*, p. 225), la V Comisión del I Simposio sobre Propiedad Horizontal se expresó a favor de este tipo de cláusulas por entender que no afectan ni a los verdaderos y esenciales elementos comunes ni a los privativos de los demás propietarios.

⁵¹ A este respecto *vid.* GARCÍA GARCÍA, «Comentario...», pp. 443, 447 y 448; GÓMEZ DE LA ESCALERA, «El régimen...», pp. 54 y 55, y HUERTA TROLEZ, «Reserva...», p. 1191.

nuevo local conforme a los criterios del artículo 5.II. *i.f.* LPH; así no se verán afectadas las cuotas correspondientes a los demás departamentos⁵².

b) Es preciso que los departamentos resultantes de la división –y cuyo número máximo debería fijarse– cumplan los requisitos que exige la LPH: *susceptibilidad de aprovechamiento independiente* por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común; en este sentido debe preverse por dónde se establecerá esa salida para cada uno de los departamentos eventualmente resultantes⁵³.

c) Debe determinarse *el espacio que corresponderá a los locales que se formen en los elementos comunes* (por ejemplo, en el garaje), para que los demás propietarios no puedan verse perjudicados en este punto.

Si, observados estos extremos en la cláusula de reserva, la misma fue *aceptada* por quienes después adquirieron otros departamentos del edificio conociéndola, se concluye que les vincula. Y ello *aun cuando se tratara de un pacto de adhesión*⁵⁴.

3.º Algunos autores⁵⁵ destacan la *analogía existente entre el supuesto que aquí interesa y el de la reserva del derecho de vuelo a favor del propietario del edificio*, admitido por el artículo 16.2.º RH, aparte –dicen estos autores– de por la doctrina⁵⁶, la jurisprudencia y la DGRN⁵⁷. Efectivamente, la citada norma⁵⁸ permite al propietario

⁵² *Vid.*, al respecto, ALBIEZ DOHRMANN, «Comentario...», pp. 946 y 947. Esto no obstante, como observa ECHEVERRÍA SUMMERS (*Comentarios*, p. 226), si la comunidad o cualquier propietario consideraran que habían variado las circunstancias tomadas en cuenta en su momento para la fijación de las cuotas, podrá instarse su modificación por la junta y, caso de no obtenerse en ésta el consenso preciso, acudir al juez para que decida al respecto.

⁵³ En la misma línea que después seguiría la ya citada STS de 7 de mayo de 1997 (RJ 4111), HUERTA TROLEZ («Reserva...», p. 1190) entiende que las cláusulas que autorizan al propietario de un local para dividirlo llevan inherente la facultad de abrir los huecos necesarios para dotar a los departamentos resultantes de salida propia a un elemento común o a la vía pública.

⁵⁴ Así, BATALLA, «La Ley...», p. 657. GARCÍA GARCÍA («Comentario...», p. 445) destaca, al respecto, que «no por tratarse de un pacto de adhesión hay que considerarlo nulo»: ello ocurriría si fuese contra la Ley imperativa, la moral o el orden público, lo cual no se da en el caso.

⁵⁵ En concreto, AZPITARTE CAMY, «Los garajes...», pp. 102 y 103; GARCÍA GARCÍA, «Comentario...», p. 446, y VERGER GARAU, «Algunos...», p. 246.

⁵⁶ En la actualidad sigue considerándose pacífica la aceptación por la doctrina de dicha reserva (*vid.*, a este respecto ALBALADEJO, «¿Inadmisibilidad...?», p. 421 ss., quien, por su parte, también defiende su validez).

⁵⁷ A este respecto citaba GARCÍA GARCÍA (*op. cit. loc. cit.*) la STS 14 de marzo de 1968 (RJ 1740) y la RDGRN de 7 de abril de 1970 (RJ 3459); *vid.*, también, ALBALADEJO, «¿Inadmisibilidad...?», p. 421. A resoluciones más recientes aludo poco más adelante.

⁵⁸ Que fue reformada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y se ha visto afectada después por las SSTS –Sala 3.ª– 24 de febrero de 2000 (RJ 2888), que anuló el apartado c) del artículo 16.2 RH, y 31 de enero de 2001 (RJ 1083), que, además de insistir en ello, anuló también el apartado b) del mismo artículo.

reservarse o transmitir a un tercero el derecho –inscribible en el Registro– a levantar nuevas plantas en el edificio, derecho cuyo ejercicio lleva consigo, obviamente, la necesidad de asignar cuotas a las nuevas plantas y de alterar las de los demás departamentos. Para justificar la tesis de que dicha disposición no quedó derogada por el (posterior y de más alto rango normativo) artículo 11 LPH (hoy artículo 12), Amorós Guardiola⁵⁹ adujo: «La Ley exige la unanimidad para la fijación y modificación de las cuotas. Y el Reglamento permite que esa unanimidad pueda estimarse cumplida a priori cuando el constructor se reserve el derecho a levantar nuevos pisos, siempre que en esa reserva se especifiquen las cuotas futuras». Pues bien –se razona–, si se admite la reserva de este derecho, que es lo más, dado que comporta la modificación de las cuotas de los demás pisos, ha de admitirse la de la facultad de formar uno o más locales en el espacio que se deja sin definir.

Sin embargo, este argumento se encuentra hoy en entredicho dado que la STS 10 de mayo de 1999 (RJ 2886)⁶⁰ ha negado cualquier eficacia jurídica al artículo 16 RH en los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, por oponerse al artículo 396 CC y artículos 3 y 11 (hoy 12) LPH, y contrariar así el principio de jerarquía normativa; razona el Supremo que el vuelo es un elemento común, por lo que para apoyar una construcción en él es imprescindible el consentimiento de la junta, en cuyo defecto lo construido será, por accesión, otro elemento común. Niega, asimismo, que la mención del derecho de elevación en las escrituras de venta de los pisos implique consentimiento tácito de los adquirentes, dada la indisponibilidad institucional y por separado de los elementos comunes⁶¹.

⁵⁹ En su comentario a la RDGRN de 7 de abril de 1970, p. 983.

⁶⁰ Comentada, entre otros, por ALBALADEJO, «¿Inadmisibilidad...?», pp. 413 ss. (quien se muestra especialmente crítico respecto a la sentencia); GALVAN GALLEGOS, «Imposibilidad...», marginales 1559 ss.; GONZÁLEZ CARRASCO, *CCJC*, núm. 51, pp. 1081 ss., y LOIS PUENTE, «Incompatibilidad...», pp. 285 ss.

⁶¹ GONZÁLEZ CARRASCO («Comentario...», pp. 1086 ss. [1089 y 1090]) critica estas afirmaciones que con carácter general hace la sentencia, y destaca acertadamente cómo el fallo sólo puede explicarse a la vista de las irregularidades que la reserva del derecho de vuelo revestía en el caso concreto; en efecto, el promotor, además de haber otorgado por sí solo el título constitutivo cuando ya había transmitido la propiedad de varios pisos y locales, había introducido la reserva unos meses después de dicho otorgamiento, al amparo de una supuesta mera corrección de errores del título, recortando así los derechos ya adquiridos por los otros dueños.

La DGRN, por su parte, no ha puesto en duda la vigencia del artículo 16.2 RH, y cuando ha negado la inscribibilidad de alguna reserva del derecho de vuelo ha sido invocando el principio de especialidad, y por faltar en ella una delimitación precisa y completa de los derechos en cuestión (*vid.*, las Resoluciones de 6 de noviembre de 1996 [RJ 7928], 29 de abril de 1999 [RJ 2762] y 18 de noviembre de 2002 [RJ 2634]).

2. Hay quien, desde la perspectiva de la tesis que estamos analizando, viene a atribuir al artículo 8 LPH algo así como una imperatividad atenuada, que dejaría margen para la validez de estas cláusulas⁶².

Frente a esta opinión, se ha sostenido –a mi juicio, con razón– que las reservas a que he venido refiriéndome *quedan fuera del ámbito del artículo 8 LPH*, y por ello no lo contrarían; ni a éste ni a ningún otro precepto imperativo, la moral o el orden público, siempre que respeten los límites que resultan de lo expuesto en las líneas precedentes. Esta idea fue defendida, bastante tempranamente, por José Manuel García García⁶³, quien apuntaba cómo el artículo 8 LPH se refiere a pisos y locales propiamente dichos, que son objeto de una reforma, mientras que la cláusula en estudio afecta a locales que no están terminados, de manera que lo que su titular se reserva no es tanto la facultad de dividir un piso o local, como la «normal de todo propietario de terminar la obra y de decidir un poco más tarde lo que podría hacer libremente desde el primer momento: formar uno o varios locales»⁶⁴.

Siguiendo esta línea, yo misma defendí hace años⁶⁵ la validez de las cláusulas de reserva en favor del promotor, siempre que respetaran ciertos límites (los ya indicados al hilo de la exposición de doctrina y jurisprudencia); «en nuestra opinión –decía entonces y sigo creyéndolo hoy– el artículo 8 LPH está pensando en una comunidad de propietarios en régimen de PH que ya se encuentra en pleno funcionamiento y en la que todos los departamentos se hallan perfectamente delimitados y definidos; en tal caso, la aprobación de la Junta viene impuesta por el hecho de que la Ley exige para toda modificación del título constitutivo los mismos requisitos que para su constitución (art. 5, últ. pfo.). En cambio, la reserva que se mantenga dentro de los límites aludidos está pensando en una situación previa a ésta, una situación en que la configuración definitiva de los locales aún no esta concluida por razones justificadas, y en la que se adoptan las medidas precisas para que los demás propietarios no resulten perjudicados por dicha conclusión. Cabría decir –terminaba– que, en cierto modo, no se opera una modificación total del título constitutivo, sino una concreción de los datos que ya constaban en él de forma genérica (la descripción de todo el espacio y la cuota global)»⁶⁶.

⁶² Así, por ejemplo, VERGER GARAU («Algunos...», p. 246) destaca que el artículo 8 LPH no es «tan rotundamente imperativo».

⁶³ «Comentario...», pp. 442, 443, 445 y 447.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 443.

⁶⁵ En mi artículo «Significación...», p. 1571.

⁶⁶ En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, pp. 225 y 226.

4.3.2 Cláusulas de división, agregación y segregación de pisos o locales ya construidos

1. Estas cláusulas se establecen con frecuencia también por el promotor, al otorgar el título constitutivo y redactar los estatutos antes de iniciar las ventas, aunque pueden ser asimismo fruto de un acuerdo comunitario. A diferencia de las anteriores (con las que pueden concurrir en los mismos estatutos), éstas permiten prescindir de la aprobación de la junta para llevar a cabo operaciones del artículo 8 LPH *respecto de pisos o locales ya terminados, y a quien quiera que sea su propietario.*

Pretenden justificarse con el argumento de que facilitan la adaptación de los edificios a las cambiantes condiciones del mercado⁶⁷; por mi parte, creo que pueden facilitarle la venta al promotor, que así está en condiciones de garantizarle al adquirente la posibilidad de alterar el o los departamentos comprados sin depender de la junta (en el supuesto, claro está, de que la disposición estatutaria al efecto se considere válida).

Sea como fuere, quienes defienden la validez de estas cláusulas insisten en que las mismas no autorizan a llevar cabo cualquier obra que resulte necesaria para adaptar el o los nuevos departamentos a su nuevo destino y, en concreto, no autorizan a alterar los elementos comunes (art. 12 LPH) ni a franquear los límites que resultan del artículo 7 LPH⁶⁸. Avanzando en esta línea, se mantiene⁶⁹ que la cláusula debe especificar el alcance de las obras a realizar, al menos genéricamente. Pero si no lo hace, o se formula de forma tan genérica que autoriza a realizar cuantas obras sean precisas para la división, segregación, etc., los beneficiarios de la cláusula sólo estarán autorizados para llevar a cabo las estrictamente necesarias para que los nuevos locales sean susceptibles de aprovechamiento independiente (básicamente instalación y destrucción de tabiques), precisando de la autorización de la junta todas las que excedan de aquéllas y sobrepasen los límites previstos en el artículo 7 LPH⁷⁰ o supongan una alteración de las cuotas de parti-

⁶⁷ Así, ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 227; *vid.*, también, AZPITARTE CAMY, «Los garajes...», p. 101.

⁶⁸ Tal fue la posición mayoritariamente defendida por los encuestados sobre esta cuestión en el número 174 de la revista *Sepin*, cuyas respuestas recoge FUENTES-LOJO en *La Ley*, pp. 237 a 239.

⁶⁹ Así, *v. gr.*, ALBIEZ DOHRMANN, «Comentario...», pp. 945 y 946, y ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, pp. 227 ss.

⁷⁰ ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, pp. 229 y 230; no obstante observa este autor cómo una oposición indiscriminada de la comunidad a las alteraciones imprescindibles para dotar de accesos a los nuevos locales puede ser contraria a la buena fe.

cipación⁷¹. De esta forma, la admisibilidad de las cláusulas que ahora estamos analizando se supedita, al igual que las examinadas en el epígrafe anterior, a la observancia de ciertas medidas que garanticen la falta de perjuicio a la comunidad y a los demás copropietarios.

2. Las que ahora estamos analizando son cláusulas llamadas a surtir efectos en comunidades que ya están en pleno funcionamiento y, como tales, *sometidas sin duda al artículo 8 LPH*. Por ello, es aquí donde cobra toda su relevancia la polémica acerca del carácter imperativo o dispositivo del citado precepto. A este respecto hay que partir del artículo 396.IV CC, del que resulta que los preceptos de la LPH son imperativos, salvo que permitan que la voluntad de los interesados establezca una regulación diferente a la legal en un punto concreto. Así lo han defendido en nuestra doctrina autores como Coca Payeras⁷² y Miquel González⁷³, aunque en ocasiones el TS y la DGRN han hecho la lectura opuesta del precepto en cuestión⁷⁴.

Pues bien, si se tiene en cuenta que el tenor literal del artículo 8 LPH no deja margen alguno a la voluntad de los interesados para establecer un régimen distinto al que contempla, parece necesario concluir que su carácter *es imperativo*; de aquí resulta la *nulidad de las cláusulas* que estamos analizando, por virtud de lo dispuesto en el artículo 6.3 CC. No obstante, es cierto que cuando las cláusulas en cuestión observan los requisitos a que se ha hecho referencia (aquéllos a los que supedita su validez el sector doctrinal y jurisprudencial que la admite), permiten la operación en unos términos tales que el titular interesado en llevarla a cabo podría –aun sin la existencia de tal cláusula– exigir de la junta su aprobación, y ésta estaría obligada a darla⁷⁵; en consecuencia, si lo hiciera se llegaría

⁷¹ Así, ALBIEZ DOHRMANN («Comentario...», pp. 945 y 946), quien, sin embargo, admite que se pueda atribuir a determinados propietarios la fijación de las cuotas de sus departamentos cuando, por tener éstos ya una antes de ser alterados, se trata de realizar una mera operación aritmética que no puede afectar a la cuota de los demás (*op. cit.*, pp. 946 y 947).

⁷² «Comentario...», pp. 2987 y 2988.

⁷³ «Comentario», p. 1087.

Difiere de esta opinión ALBIEZ DOHRMANN («Comentario...», p. 945), quien, sin embargo, llega a una extraña conclusión al mantener que en la LPH hay normas imperativas que permiten «que la autonomía pueda desarrollarse al margen de ellas o al menos dentro de ciertos límites», y «normas propiamente dispositivas»; entre las primeras sitúa al artículo 8.II LPH.

⁷⁴ En el sentido de que la propiedad horizontal se rige por la voluntad de los interesados, salvo cuando las disposiciones legales especiales impongan con carácter imperativo otro régimen: así, la RDGRN de 26 de febrero de 1988 (RJ 1322), que cita al efecto las SSTs de 14 de marzo de 1968 (RJ 1740) y 5 de mayo de 1986 (RJ 2341).

⁷⁵ *Vid.*, a este respecto lo dicho *supra*, en el número 1 del epígrafe 2, y, especialmente, la STS de 3 de mayo de 1989 (RJ 3583).

al mismo resultado que se obtiene, de manera mucho más rápida, declarando directamente la validez de las cláusulas que permiten prescindir de la autorización de la junta, cuando es esto lo que aduce quien ha realizado la operación frente a la pretensión de la comunidad de que deshaga las obras. Quizá sea ésta la razón —en cualquier caso, no explícita— que subyace en algunas decisiones del Supremo favorables a la validez de las cláusulas que acabamos de estudiar.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: «¿Inadmisibilidad legal del derecho de elevación del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario? Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 1999», *RDN*, mayo 2000, p. 413.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «Comentario a la STS de 19 de julio de 1993», *CCJC*, núm. 33, 1993, p. 933.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L.: «El título constitutivo de la Propiedad Horizontal». *Estudios de Derecho Notarial publicados en el Centenario de la Ley del Notariado*, vol. II, sección 2.ª, Madrid, 1965, p. 427.
- AMOROS GUARDIOLA, M.: «Comentario a la RDGRN, 7 de abril de 1970», *RCDI*, 1970, p. 974.
- AZPITARTE CAMY, R.: «Los garajes en el título constitutivo de la Propiedad Horizontal», *RDN*, 1979, núm. 103, p. 7.
- BATALLA, M.: «La Ley sobre Propiedad Horizontal y el Registro», *RCDI*, 1961-II, p. 651.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la (con la colaboración de E. GARRIDO CERDA y A. SOTO BISQUERT): «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad horizontal», *RDN*, 1969, núm. 64, p. 145.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3.ª ed., Madrid, 2000.
- COCA PAYERAS, M.: «Comentario a la STS de 10 de octubre de 1985», *CCJC*, núm. 9, 1985, p. 2981.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. III/1, 2.ª ed., Madrid, 1998.
- *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 5.ª edición, Madrid, 1990.
- DORREGO DE CARLOS, A., y ARANDA ESTEVEZ, J. L.: *Derecho de la Propiedad Horizontal*, Barcelona, 2000.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M.: «Comentario al artículo 8» y «Comentario al artículo 12». *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (Coordinador: R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 2.ª ed., Pamplona, 2002.
- «Comentario a la STS de 7 de julio de 1997», *CCJC*, núm. 45, 1997, p. 1235.
- ESCRIVÁ DE ROMANI, F.: «Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», *RCDI*, 1967-II, p. 1233.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español*, Madrid, 1962.
- FUENTES-LOJO, J. V.: *La Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999*, T. I. Barcelona, 2000.

- GALVÁN GALLEGOS, A.: «Imposibilidad de la reserva por el promotor del derecho de vuelo sobre un edificio en régimen de propiedad horizontal (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999)», *Act. Civ.*, 1999, LXXV, marginal 1559.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: «Comentario a la STS de 7 de febrero de 1976», *RCDI*, 1977-I, p. 438.
- GISBERT CALABUIG, F.: «La división de pisos o locales en régimen de Propiedad Horizontal», *Pretor*, 1962, núm. 8, p. 9.
- GÓMEZ CALLE, E.: «A propósito del artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal», *RdP* núm. 14, 2005-1, p. 61.
- «La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal», *ADC*, 1992-IV, p. 1533.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: «El régimen aplicable a la unión o división de los diferentes pisos, locales o garajes de un edificio regido por la Propiedad Horizontal. ¿Es necesario el consentimiento de la Junta de propietarios? Comentario a la Resolución de 25 de octubre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 1996)», *Sepin*, núm. 168, 1997, p. 49.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. del C.: «Comentario a la STS de 10 de mayo de 1999», *CCJC*, núm. 51, 1999, p. 1081.
- HUERTA TRÓLEZ, A.: «Reserva estatutaria de la facultad de dividir locales en régimen de Propiedad Horizontal. Comentario a la STS de 30 de septiembre de 1988», *La Ley*, 1989-2, p. 1188.
- LOIS PUENTE, J.: «Incompatibilidad de derecho de elevación de artículo 16 RH con régimen de propiedad horizontal de artículo 396 CC (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999)», *RJG*, 23/1999, p. 285.
- LOSCERTALES FUERTES, D.: *Propiedad Horizontal. Comunidades y urbanizaciones*, t. I, 4.^a ed., Madrid 2000.
- MATA POSADAS, G. de la: «Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal», *RJNot*, núm. 30, 1999, p. 169.
- MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E.: «Segregación y división de locales en régimen de Propiedad Horizontal», *RDN*, 1977, núm. 96, p. 423.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Comentario del artículo 396». *Comentario del CC*. t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- MONET Y ANTÓN, F.: «Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal». *Estudios de Derecho Notarial publicados en el Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, sección 2.^a, Madrid, 1962, p. 243.
- VERGER GARAU, J.: «Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal», *RJC*, 1981-I, p. 237.

La usucapión de las servidumbres de paso en el Código civil

PEDRO ROBLES LATORRE

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Las diferentes categorías de servidumbres y la influencia de su naturaleza respecto del derecho a ser usucapidas.* 1. Régimen Legal Actual de las servidumbres. Conceptos legales: 1.1 El origen histórico de las distintas clasificaciones. 1.2 Régimen jurídico de países de nuestro entorno. 2. El concepto de servidumbre discontinua y su influencia en la posibilidad de usucapión de la misma. 3. La evolución histórica de la posibilidad de usucapir servidumbres de discontinuas. La compatibilidad de posesiones entre propietario y el usuario del paso. Posesión tolerada y en concepto de dueño. III. *Propuestas de soluciones jurídicas ante la imposibilidad de usucapión de la servidumbre de paso.* 1. La negación del paso y el artículo 7 del CC. A) La teoría de los actos propios aplicada a la pretensión de una acción negatoria de servidumbre de paso. B) La teoría del abuso del derecho aplicada a la pretensión de una acción negatoria de una servidumbre de paso. C) ¿Doctrina de los actos propios o abuso de derecho? 2. Las soluciones francesas al conflicto planteado por el paso continuado durante largo tiempo por finca ajena. 3. La aplicación de la doctrina de la accesión invertida al ámbito de la utilización continuada de un paso por finca ajena. 4. La alegación de prescripción de la acción negatoria de servidumbre.—IV. *Reflexión final.*—V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de este estudio —la situación creada por el uso continuo de un paso a través de la finca de un vecino— ha sido objeto de numerosos análisis, más o menos profundos, por un enorme número de tratadistas, no sólo dentro de nuestro país, sino también en el extranjero, y no sólo en épocas recientes sino en tiempos muy

lejanos. Se añade a este dato el que el número de sentencias dictadas por nuestros Tribunales de Instancia y por el mismo Tribunal Supremo, en el que el hecho base es el paso del vecino por finca ajena, ha sido alto y constante a lo largo de muchos años. Esta realidad nos sitúa ante la certeza de que podemos estar ante uno de esos problemas perennes que conviven con las legislaciones de los distintos países y que por los intereses en juego —el del propietario de la finca por la que se ejercita el paso y el del colindante que pasa— no ofrece la posibilidad de encontrar soluciones justas para la totalidad de los casos, lo que hace especialmente atractivo el estudio del mismo¹.

Por otro lado (y tampoco es de extrañar), la mayoría de las reflexiones dedicadas al problema del paso del vecino por la finca ajena, se han centrado en la posibilidad de adquisición prescriptiva del derecho de paso. Posibilidad que se ha enfrentado tradicionalmente a la negativa por parte del Tribunal Supremo de adquisición de las servidumbres discontinuas (entre ellas, las de paso) en base a una serie de argumentaciones —apoyadas en la normativa civil vigente— que tendremos tiempo de analizar a lo largo de este trabajo. Estos trabajos se han limitado —y no es poco— a plantearse la posibilidad de que dicha servidumbre de paso fuese usucapible o no. Pero una vez analizada la situación real en nuestro Derecho y tras concluir la imposibilidad legal de optar por la usucapión de la servidumbre de paso, en el mejor de los casos abogan por una reforma legislativa que permita este tipo de adquisición que nuestro ordenamiento actualmente no concede.

Este estudio que aquí iniciamos pretende algo más. Analizaremos la realidad jurídica en torno a la posibilidad de adquirir por prescripción las servidumbres de paso, intentando explicar las razones que llevan a la Jurisprudencia a mantener una constante doctrina impidiendo la usucapión de estas servidumbres. Analizaremos los distintos argumentos usados por nuestros Tribunales y por nuestros tratadistas para justificar la situación actual. Pero nos haremos una pregunta más. ¿Qué ocurre cuando un señor ha estado pasando durante 20, 25, 30 ó 40 años por la finca del vecino, cada vez que le ha convenido o le ha parecido oportuno, sin que, en ningún momento se le haya impedido y un buen día el dueño de la «finca sirviente» decide prohibirle el paso? ¿Qué mecanismos técnicos-jurídicos podría ofrecer nuestro ordenamiento jurídico para

¹ DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoleon*, tomo XII, París, 1882, p. 250. Ya decía este autor a finales del siglo XIX que, «Ce qui conceme l'établissement des servitude par la prescription, est l'une des parties les plus importantes de notre sujet, et l'une de celle en même temps qui a toujours été, si haut que l'on remonte dans l'histoire du droit., le plus environnée d'obscurités et de controverses».

proteger a quien ha estado pasando durante tanto tiempo? ¿Qué remedios podrá ofertar el profesional del Derecho a quien le plantean esta situación?

Éste es el objeto de nuestro trabajo. Buscaremos mecanismos protectores del derecho de paso sin limitarnos a los derechos reales, ampliando el espectro en el que buscar las soluciones al ámbito de los derechos de crédito o a la teoría general del Derecho. Ello nos permitirá hacer un repaso de diferentes instituciones de Derecho Civil, interrelacionando materias que quizá, a primera vista, pudiesen estar lejanas. Quizá se nos pueda achacar que buscamos una ventana abierta para entrar en una casa donde el ordenamiento ha cerrado la puerta conscientemente. Pero también es cierto que tratamos de buscar soluciones a situaciones que pueden parecer injustas. No es malo dejar las ventanas abiertas con tal de que normalmente se siga entrando por la puerta. Una ventana abierta puede suponer la solución a un problema mayor.

II. LAS DIFERENTES CATEGORÍAS DE SERVIDUMBRES Y LA INFLUENCIA DE SU NATURALEZA RESPECTO DEL DERECHO A SER USUCAPIDAS

1. RÉGIMEN LEGAL ACTUAL DE LAS SERVIDUMBRES. CONCEPTOS LEGALES

El régimen general de nuestro sistema de servidumbres se haya regulado en el CC español entre los artículos 530 y 536. Es esta normativa una reglamentación descriptiva y podríamos calificarla de didáctica. Tras darnos un concepto genérico de lo que es la servidumbre (art. 530)² y afirmar que estos derechos no sólo se establecen en beneficio de bienes inmuebles (art. 531)³ prosigue el CC clasificando las servidumbres en función de su continuidad o discontinuidad— apariencia o falta de apariencia (art. 532)⁴; positividad o negatividad en relación con la actitud que como consecuen-

² Artículo 530: *La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.*

El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre, se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente.

³ Artículo 531: *También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad a quienes no pertenezcan la finca gravada*

⁴ Artículo 532: *Las servidumbres pueden ser continuas o discontinuas, aparentes o no aparentes.*

cia de la existencia de la misma tenga que mantener el dueño de la finca sirviente (art. 533)⁵.

Lógicamente, esta clasificación tiene una trascendencia práctica en distintos órdenes y, de entre ellos, uno de los más destacados es el referente a la posibilidad de usucapir el derecho de servidumbre. Pero antes de enfrentarnos al problema de la influencia de las características de las servidumbres en el ámbito de la prescripción adquisitiva veamos el origen de la división de las servidumbres en las categorías previamente enunciadas y si dicha clasificación ha sido seguida por los ordenamientos de nuestro entorno o por el contrario es una peculiaridad de nuestra legislación.

1.1 El origen histórico de las distintas clasificaciones

Las categorías de continuidad, apariencia y positividad están íntimamente unidas a la oposición de la servidumbre a terceras personas. En base a la posibilidad de adquisición por usucapición de las servidumbres, dichas categorías han ido evolucionando históricamente en relación con las variaciones sufridas por las instituciones de las que traen su referencia. Por ello, la evolución histórica de la usucapición como medio adquisitivo de la propiedad está inseparablemente ligada a la existencia de servidumbres continuas y discontinuas.

Igualmente, cuando la idea de usucapición era más restringida que en la actualidad⁶, la existencia de ciertas categorías era innecesaria. ¿Qué más daba que las servidumbres fuesen aparentes o no, positivas o negativas, continuas o discontinuas si, en ningún caso, podían usucapirse? Sólo una vez que fue admitida la posibilidad de adquirir por usucapición derechos reales limitados, como las servidumbres, tuvo sentido el intentar clasificarlas para poder diferenciar aquellas que eran usucapibles de las que no lo eran. Por ejemplo, la idea de continuidad o no en la servidumbre no parece

Continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre.

Discontinuas son las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre.

Aparentes, las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas.

No aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia».

⁵ Artículo 533: *Las servidumbres son además positivas o negativas.*

Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre».

⁶ ALAS, DE BUEN, RAMOS, *De la usucapición*, Madrid, 1916, pp. 21 ss. Un completo estudio histórico se puede encontrar en MORALES MORENO, A., *Posesión y Usucapición*, Madrid, 1972.

proceder del Derecho Romano *strictu sensu*, sino de una época posterior, ya con los glosadores⁷ en cuyo tiempo fue admitida la posibilidad de usucapir el derecho real de servidumbre y, en consecuencia debía estar regulada dicha cuestión con un mayor rigor.

Aparece así como una cuestión de necesidad práctica la existencia de las categorías o clasificaciones dentro de las servidumbres. Y no deja de ser curioso que dichas clasificaciones de una u otra manera están siempre e íntimamente relacionadas con el problema de la «oponibilidad» o de la apariencia frente a los fundos dominantes y en relación a la «forma de ejercicio de la posesión» respecto del dueño del fundo sirviente. Dicho de otro modo, no deja de ser curioso que la presencia histórica de las clasificaciones provenga de la necesidad de apariencia tanto en la existencia como en el ejercicio del derecho real, ámbitos que desde luego están íntimamente unidos con el la posibilidad de usucapión de un derecho. De este modo comenzaban un duro y difícil camino de convivencia las servidumbres y la usucapión, camino que, como veremos más adelante, en alguna ocasión no desemboca en ningún lado.

Sea como fuere, realmente las distinciones y clasificaciones sobre el derecho de servidumbre son una realidad innegable en nuestro ordenamiento. Veamos qué ocurre en los vecinos.

⁷ ALAS, DE BUEN, RAMOS, *Opus cit.*, p. 248: «Sobre la base del derecho romano han construido los intérpretes diversas doctrinas. De gran importancia es la que hace referencia a la clasificación de las servidumbres en continuas y discontinuas, cuya clasificación, iniciada por los glosadores, fue construida por Bártolo y combatida por muchos doctores, entre los cuales debemos citar a Donello. Esta clasificación influía, tal como Bártolo la concibió, en la doctrina de la usucapión, pues según dicho autor las servidumbres continuas podían ser adquiridas por ese medio, y en cambio no podían serlo las discontinuas, para las cuales se exigía la prueba del tiempo inmemorial; tal criterio, muy combatido, obtuvo, sin embargo, una favorable acogida, y aun subsiste, en algunas legislaciones modernas, en sus puntos esenciales»; JUAN ROCA, JUAN, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales* (arts. 530 a 604), Editorial Edersa, Madrid, 1978, p. 35. «La distinción entre servidumbres continuas y discontinuas tuvo en el Derecho Romano menor trascendencia. Parece que fue obra del Derecho común, sobre la base de distinguir servidumbres en las que existe y en las que no existe la «causa continua» o «perpetua» Y ello contemplando la usucapión de las servidumbres que, presuponiendo la posesión continua, al ser debida la servidumbre al fundo –que no podía tener *animus possidendi*– en caso de discontinuidad del *corpus* había que excluir la usucapión. De aquí que ésta exigiera un ejercicio continuo, equivalente a una *causa in continuam*, o perpetua, y el origen de la distinción queda, así, debido a una interpretación de Bártolo a los fragmentos de las fuentes que hacen alusiones a la «causa perpetua»: Serían continuas –y por tanto usucapibles– aquellas servidumbres en las que existe la causa continua, o perpetua; discontinuas aquellas en las que la causa perpetua no se da». GUILARTE GUTIÉRREZ, V. La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español, Madrid, 1984, p. 303: «Como hemos expuesto, el fundamento de la exigencia de continuidad y apariencia ha de buscarse en la glosa y no en el Derecho Romano. Hoy, sin embargo, la moderna doctrina critica esta norma especialmente refiriéndolo a la continuidad». Un interesante estudio histórico se puede encontrar en la monografía de LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho Civil español*, Murcia, 1962, pp. 35 ss.; en el mismo sentido, CHARRIN, A., «¿Pueden ganarse las servidumbres continuas por el sólo hecho de la posesión de 10 años, aun cuando no reúnan los requisitos de Buena fe y justo título?»; *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1872, pp. 245 ss.

1.2 Régimen jurídico de países de nuestro entorno

Comenzaremos por Francia como país más próximo, y no sólo geográficamente, al nuestro. El Ordenamiento Civil francés distingue también entre servidumbres positivas y negativas, aparentes y no aparentes, continuas y discontinuas. El artículo 688 del Code Civil afirma: *Les servitudes sont ou continues, ou discontinues.*

Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait de l'homme: tels sont les conduites de l'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce.

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin de fait actuel de l'homme pour être exercées: tels sont les droits de passage, puisage, pacage, et autres semblables.

El artículo siguiente, 689, distingue las servidumbres aparentes de las no aparentes:

Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent para des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminé».

No distingue el ordenamiento francés entre servidumbres positivas o negativas, pero sí que al estudiar el modo de constitución de la servidumbre en base a la utilización de las mismas excluye la posibilidad de adquisición por usucapión de aquellas servidumbres que sean discontinuas o continuas pero no aparentes. Así, en su artículo 691, afirma:

Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres.

La possession même immémoriales ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière».

Ninguna diferencia en este punto respecto del Ordenamiento español, salvo en lo referente a la prescripción inmemorial, de la que más adelante haré mención, Sí hay una circunstancia dentro del Ordenamiento francés que es importante y que quiero remarcar. En el Derecho francés, expresamente está descartada la existencia de servidumbres personales en el artículo 686, por lo que no es posible hablar de servidumbres sobre predios y sobre las personas o más correctamente hablando, simplemente de servidumbres personales.

En general, pese a las diferencias señaladas entre uno y otro ordenamiento, en la cuestión central de este trabajo no existen grandes disimilitudes. Ni en Francia ni en España está permitida la usucapión de las servidumbres discontinuas y, entre ellas, las de paso.

Ha sido en el CC italiano donde se ha apreciado una mayor evolución en este punto. La legislación anterior a la entrada en vigor del Código de 1942 era una legislación muy similar a la nuestra actual. Existía la división entre servidumbres continuas y discontinuas. Con la entrada en vigor del nuevo Código se estableció un nuevo sistema en el que «se rechaza el requisito de la continuidad, limitándose la usucapión a las servidumbres aparentes, eliminándose además la contradicción que se sigue dando en nuestro derecho al excluirse la norma sobre el inicio del cómputo para las servidumbres negativas. Hoy existe únicamente el artículo 1061, donde se especifica que las servidumbres no aparentes no pueden establecerse ni por usucapión ni por destino del padre de familia⁸».

⁸ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Opus cit.*, pp. 227 ss. Puede encontrarse en este trabajo referencias interesantes a otros derechos como el alemán, el suizo y el inglés. Respecto de este último dice:

a) «En primer lugar, que el uso se ejercite por quién y contra quien tiene la pertenencia plena absoluta en posesión (*user in fee simple*), que en la práctica significa una restricción de la legitimación a los respectivos propietarios de los fundos.

Por otro lado, tal uso ha de ser *nee vi, nee clam nec precario (use of right)*, es decir, uso como derecho.

Por último, ha de ser un uso continuo, continuidad que se relaciona con cada especie de servidumbre, y así, por ejemplo, el paso se estima continuo si se usa tantas veces como resulte necesario.

Son tres los modos prescriptivos de estas servidumbres de uso, como a continuación exponemos:

1. *Prescripción según el derecho común (Prescription al Common Law)*.—Un uso predial con los requisitos antes citados y existente desde tiempo inmemorial es apto para convertirse en una servidumbre. Arbitrariamente se fijó que la inmemorialidad equivalía a su uso desde, al menos, 1189 (año que inicia su reinado Ricardo I), fecha adoptada por los Tribunales como referencia para dar una dimensión concreta a la antigua expresión «desde tiempo inmemorial».

Sin embargo, esta presunción era, a veces, fácilmente destructible, pues, por ejemplo, respecto de luces y vistas, era comprobable la inexistencia del edificio desde tal, poca. Por ello se arbitraron otros medios prescriptivos.

2. *Otorgamiento moderno en un documento extraviado (Lost modern grant)*.—La debilidad de la doctrina de la prescripción en el Derecho común, especialmente ante casos como los expuestos, llevó a una postura jurisprudencial un tanto peregrina pero de gran proyección práctica. Así, quien usa una servidumbre sin que su título conste en escritura solemne lo hace en base a un otorgamiento cuya escritura «desgraciadamente» se ha extraviado. La idea se va perfeccionando hasta llegarse a una ficción que vincula a las partes ante usos prediales ejercidos desde tiempo inmemorial (en el sentido de uso cuyo inicio se desconoce) y aun cuando no hubiera la menor duda sobre la inexistencia de tal otorgamiento. Ficción que se ha ido concretando en el sentido de fijarse como plazo de inmemorialidad el de veinte años, estando muy restringida la prueba en contrario.

Se mantiene, igualmente, la clasificación entre servidumbres positivas o negativas, pero sólo con efecto respecto de la prescripción extintiva y no de la adquisitiva.

Igualmente ocurría con la legislación portuguesa, en la que existía la distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes y continuas y discontinuas, siendo permitida la usucapión solamente entre las continuas y aparentes. Sin embargo, en su redacción actual el CC portugués permite la adquisición por prescripción de las servidumbres, sean continuas o discontinuas y tan sólo excluye este tipo de adquisición respecto de las servidumbres no aparentes (arts. 2272 y 2273)⁹.

Del análisis comparado de los ordenamientos más cercanos al nuestro podemos resaltar la existencia de un mínimo común en materia de prescripción de servidumbres y es la prohibición de la usucapión de servidumbres discontinuas y, de entre ellas, quizá la más destacada sea la de paso. Esta oposición frontal del ordenamiento a dicha prescripción, que puede dar lugar a situaciones injustas y que en algún grado han sido matizada por las reformas legislativas, ha sido puesta de manifiesto por numerosos autores y ha sido matizada por interpretaciones jurisprudenciales que han

3. *Adquisición según la Ley de Prescripción de 1832.*—Para evitar los problemas que planteaban los medios anteriores y con el fin de centralizar la materia nace esta Ley, que distingue las servidumbres de luces y vistas, por un lado, y el resto de servidumbres de uso, por otro.

Estas últimas se consideran existentes cuando se disfrutaban sin interrupción durante veinte años no admitiendo la prueba en contrario de que su uso dio comienzo con posterioridad a 1189, pero sí otras pruebas admitidas en derecho. Los períodos en que el titular del fundo sirviente estuviera incapacitado han de deducirse del plazo de veinte años, lo mismo que si ha habido acciones judiciales que pudieran haber afectado a la titularidad del fundo sirviente.

Interesa destacar el tratamiento que esta Ley hace de la interrupción del plazo prescriptivo, que ha de ser mediante un acto de obstrucción que produzca la interrupción del uso al menos durante un año.

Junto a esta prescripción llamémosla ordinaria, existe un plazo extraordinario de cuarenta años y que da lugar a una adquisición absoluta e irrevocable, salvo que se acredite que el uso se hizo en base a un consentimiento reflejado en escritura solemne.

Respecto de las luces y vistas, la regulación es distinta, pues sólo se admite un plazo prescriptivo de veinte años, plazo que resulta, en todo caso, suficiente, salvo que tal uso derive de consentimiento o acuerdo escrito. Por otro lado, la Ley omite la concreta exigencia de que sea el titular del derecho quien disfrute tal uso, lo cual se interpreta como su falta de necesidad. La interrupción de este uso presenta ciertas complicaciones para el titular del fundo sirviente, lo cual se ha tratado de mitigar en la Ley de Servidumbre de Luces de 1959.

b) Servidumbres de disfrute.

No presentan especiales novedades respecto de los dos primeros modos adquisitivos. Únicamente la Ley de Prescripción ofrece un tratamiento distinto en el sentido de que los plazos son de treinta y sesenta años en lugar de los vistos de veinte y cuarenta.

⁹ La legislación sobre esta materia en otros países puede ser consultada en LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el CC español*, Publicaciones del Seminario de Derecho Privado, Universidad de Murcia, 1963, pp. 106 ss.

intentado, en alguna medida paliar la situación de posible injusticia que pueden presentar estos supuestos.

Será del estudio de las razones por las que dicha prohibición se ha producido de donde podamos extraer algunas consecuencias que nos sean útiles a la hora de comprender el alcance de la misma y, por tanto, si es aplicable a todos los supuestos en los que se da esta situación o, por el contrario, sería posible distinguir algunos casos de otros.

2. EL CONCEPTO DE SERVIDUMBRE DISCONTINUA Y SU INFLUENCIA EN LA POSIBILIDAD DE USUCAPIÓN DE LA MISMA

Antes de proseguir con las razones que llevaron a la prohibición de la prescripción de las servidumbres discontinuas vamos a intentar delimitar qué es una servidumbre discontinua. Y ello porque el término de discontinuidad es en sí mismo una de las razones por las que se prohíbe la prescripción de este tipo de servidumbres.

El concepto vulgar del término «discontinua» nos puede llevar a pensar en una servidumbre que no es usada de forma perenne. De este modo, la mayoría de las servidumbres podrían calificarse de discontinuas, pues no se están usando de una manera constante. De hecho casi ningún derecho real es utilizado de una manera incesante y, sin embargo, no por ello desde nuestro punto de vista dicho derecho deja de ser «continuo». Pensemos en el derecho de propiedad, El titular del derecho no está todo el tiempo realizando actuaciones que le presenten frente a los demás como propietario de un bien determinado. Sin embargo, nadie pondrá en duda que él es propietario de una manera continua, durante todo el tiempo. Lo mismo podría decirse, si consideramos la continuidad desde un punto de vista vulgar, respecto de la servidumbre de paso. Aun no estando ejercitando el paso, en todo momento el titular de la servidumbre de paso tiene un derecho continuo a pasar por la finca ajena. Sin embargo, la servidumbre de paso es el ejemplo típico de las servidumbres discontinuas y nadie pone en duda esta afirmación.

La razón es que la idea para calificar como continua o discontinuo una servidumbre, desde un punto de vista técnico no estriba tanto en que el derecho se pueda ejercitar de forma continua o discontinuo (lo que ocurre en todos los derechos reales) como en que para ejercitar el derecho sea necesario realizar una actividad humana¹⁰. Si para utilizar el derecho es necesario una actividad humana la servidumbre será

¹⁰ Artículo 532 CC.

discontinua. Argumento que es lógico, pues no será posible estar siempre realizando dicha actividad –sea la que sea– de donde se deduce que siempre que para la utilización de una servidumbre sea necesaria una actividad humana dicha servidumbre será discontinua. Sólo aquellas servidumbres que no necesiten nunca una actividad humana serán continuas, como, por ejemplo, la que consiste en el paso de agua, en el vertido de aguas provenientes de las lluvias, etc. Nótese que dichas servidumbres, aunque continuas, tampoco son incesantes. Sólo se utilizarán cuando pase el agua, cuando llueva, etc. Pero aun cesando su utilización, tienen el carácter de continuas, pues no es necesaria ninguna actividad humana para ejercitarlas.

Hay quien a la vista de esta percepción que tiene el CC hace notar que nuestro Ordenamiento parece confundir o mejor hacer depender un ámbito del derecho en sí, el de *titularidad* de la servidumbre, con otro ámbito diferente como es el del ejercicio del derecho –el que sea utilizado continua o discontinuamente–, es decir confunde la titularidad del derecho que normalmente va a ser continua con el ejercicio del derecho, que siempre que depende de un hecho humano tiene que ser necesariamente discontinuo. Esta idea ha sido expresada por Lucas Fernández¹¹ citando a Berlini quien en vez de ejercicio y titularidad distingue entre funcionamiento y ejercicio. Dice este autor: «Para precisar más, podemos distinguir, como lo hace Berlini, entre funcionamiento de la servidumbre y ejercicio de la servidumbre. El funcionamiento consiste en el logro efectivo del fin práctico que el Derecho tiende a garantizar a su titular. El ejercicio no es más que la actuación del contenido del derecho; basta para ello que surja una situación de hecho correspondiente al contenido de la servidumbre. Para el funcionamiento de la servidumbre es preciso: el mismo requisito que para el ejercicio y además que sea lograda efectivamente la utilidad económica que el titular se propone obtener a través del ejercicio del derecho.

Como dice Berlini, es al ejercicio y no al funcionamiento al que hay que mirar cuando se trata de decidir de la continuidad o discontinuidad de una servidumbre. Y esto es lógico porque precisamente es tan sólo de la continuidad del ejercicio –esto es, del uso incesante–, de lo que depende la continuidad de la usurpación del señorío del titular del fundo sirviente, en su caso, que es el elemento esencial y característica de las servidumbres continuas».

Nace de aquí una primera crítica a la imposibilidad de usucapión de las servidumbres discontinuas en razón de dicha disconti-

¹¹ LUCAS FERNÁNDEZ, *opus cit*, p. 31.

nidad. Las servidumbres, aun no siendo constantes en el ejercicio del Derecho, sí lo son en cuanto a «titularidad»¹² del mismo. Por ello, el requisito de continuidad exigido como necesario para poder determinar una concreta posesión como preordenada a conseguir un derecho mediante la usucapión debe referirse a la titularidad del mismo y no a su ejercicio. Si la referencia fuese el ejercicio del derecho, ninguno que tuviese como requisito la actividad humana, fuese servidumbre u otro diferente (usufructo, uso, propiedad, etc.), sería susceptible de ser.

No es ésta la doctrina que la jurisprudencia ha seguido respecto de las servidumbres discontinuas. Basándose en este término no ha distinguido entre titularidad y ejercicio y, por tanto, desde nuestro punto de vista de una manera errónea y en algún momento hasta zafia ha mantenido la imposibilidad de usucapir las servidumbres de paso sobre la base del carácter discontinuo de la servidumbre.

Es criticable el cambio de criterios seguidos en función del tipo de derecho que se trate de usucapir. Mientras que respecto de la propiedad se sigue el criterio de la continuidad en la titularidad del derecho, en la servidumbre se sigue el criterio de la continuidad en el ejercicio del derecho. Y no es válido como argumento que cuando el ejercicio de un derecho es siempre discontinuo, la titularidad se convierte automáticamente en discontinua, impidiendo de esta forma su usucapión. No es válido este argumento porque siempre que el ejercicio de un derecho dependa en cierto modo de la presencia de un acto humano —y esto ocurre en todos los derechos— se podría hablar del mismo tipo de discontinuidad. Y la jurisprudencia no mantiene la imposibilidad de usucapión de la propiedad porque el ejercicio del derecho sea discontinuo. Lo que debe ser discontinuo, en ese caso, es la «titularidad» del mismo¹³.

¹² Hablando de titularidad dentro de los límites posibles enmarcados en la posesión *ab usucapionem*.

¹³ Esta idea se desprende claramente de las palabras de DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, tomo XII, París, 1882, pp. 278 ss. *Mais pourquoi les servitudes apparentes, lorsqu'elles sont discontinues, ne peuvent-elles pas s'acquérir par la possession?*

Plusieurs jurisconsultes ont expliqué cette disposition de notre article 691, en disant que la possession des servitudes discontinues n'était pas continue, ainsi que l'exige l'article 2229, et que tel était le motif de leur imprescriptibilité.

Il faut convenir que cette explication paraît, à première vue, fort naturelle; car les mots discontinue de l'article 691, et continue de l'article 2229, semblent bien se correspondre, et devoir exprimer la même idée. Le jurisconsulte Paul fournit même un puissant appui à cette doctrine, dans la loi 4, princ., au Digeste (de Servitutibus).

Nous no croyons pas pourtant, malgré cette ressemblance des mots, que les idées soient les mêmes.

Quel est, dans l'article 2229, le sens de ce mot: continue? 'Veut-il dire qu'il est nécessaire que la possession á l'effet de prescrire n'ait pas d'intermittences, et qu'aucun intervalle ne sépare les actes de jouissance dont elle se compose? Mais, à ce compte, aucune possession no serait continue! Les actes même les plus significatifs et les plus répétés de jouissance, que l'on exercerait sur un champ en labourant, en semant, en récolant,

Se ha dicho, también, que como la beneficiaria de la servidumbre es la finca dominante, es ella quien usucape y no quien la posee en ese momento. De este modo sólo sería posible que se usuca-

n'auraient jamais ce caractère! et la possession des maisons elles-mêmes en manquerait toujours aussi; car enfin en no se tient pas, et en no peut pas toujours se tenir chez soi sans bouger! Talle no peut donc pas être l'acception da mot continué, dans l'article 2229.

Lorsque le législateur exige que la possession soit continue, ce qu'il veut, c'est qu'elle ait été persévérante; c'est qu'elle n'ait pas été abandonnée et reprise; c'est que le possesseur enfin n'ait pas cessé d'exercer les actes de jouissance, dont la possession est susceptible, eu égard à la chose qui en est l'objet, et aux époques plus ou moins rapprochées en éloignées, auxquelles ces actes de jouissance devraient seulement se renouveler; car la possession une fois acquise, compore et animo, se conserve par la seule intention, animo tantum. La possession d'un fonds est donc parfaitement continue, dans le sens de l'article 2229, lors même que le possesseur serait resté plusieurs mois, sans y revenir, s'il y revient toutes les fois que l'exige l'espèce de culture et d'exploitation de ce fonds.

Or, la possession peut être certainement continue, en ce sens, pour les servitudes dites discontinues; et quand, par exemple, j'exerce plusieurs fois par jour peut-être, sur le fonds de mon voisin, une servitude de passage ou de puisage, il est évident que ma possession s'exerce par ces actes répétés et multipliés, est, sous ce rapport, aussi continue que la possession d'un champ, sur lequel je ne vais qu'à d'assez longs intervalles pour les besoins de l'exploitation ».

En este mismo sentido, Lucas Fernández, *Opus cit.*, p. 101. Cabe perfectamente, según vimos, posesión continua de una servidumbre discontinua. No es preciso para que la posesión de la servidumbre de paso sea continua que la persona que la ejercite esté continuamente, día y noche, transitando por la finca, porque aparte de que esto sería prácticamente imposible y además no sería paso sino paseo, chocaría dicha exigencia con el concepto de continuidad de la posesión. Como dice Laurent, la posesión es continua cuando el poseedor realiza los actos de goce que la naturaleza de la cosa poseída exige; no hace falta para que la posesión sea continua –añaden Alas, De Buen, Ramos– que de un modo constante e incesante actuemos sobre la cosa, sino que basta que nos portemos con ella como hace ordinariamente el propietario, utilizándola cuando sea oportuno y posible y no dejándola perecer ni pasar contra nuestra voluntad a poder de otro. El que posee un bosque, no corta los árboles constantemente, ni siquiera todos los años, y no por eso abandona el bosque ni cesa en su posesión, puesto que, según su naturaleza, la manera de aprovecharlo no requiere una actividad continua. Como explican Alas, De Buen, Ramos el poseedor actúa como tal de dos maneras distintas: 1.^a Utilizando económicamente la cosa según su naturaleza. 2.^a Defendiendo su derecho contra cualquier perturbador. Pero el poseedor no necesita estar siempre actuando en una de estas dos formas, y aun cabe añadir que no puede hacerlo. Hay, pues, muchos momentos en que el poseedor de una cosa no tiene relación alguna de hecho con ella, sin que por eso pueda nadie afirmar que la posesión se ha interrumpido. En realidad –siguen diciendo los mismos autores– hay infinidad de casos en que sólo aparentemente falta la relación de hechos entre el poseedor y la cosa poseída, pero virtualmente el poseedor continúa portándose como tal. Si una persona, en un momento dado, cuenta con una cosa suya y se porta como teniendo por seguro que podrá utilizarla en cuanto lo desee, no puede decirse que no se relaciona con la cosa. El que sale de su casa no la abandona. El hecho de seguir contando con la casa y de proceder con la seguridad de que se tiene ésta a la propia disposición para el momento oportuno, ¿no es un acto posesorio en cierto modo? ¿no será posible –añaden– afirmar que el poseedor no ha dejado de poseer *corpore et animo* mientras es– tuvo en la calle?

Pues bien, aplicando esta doctrina a la servidumbre de paso, bien puede decirse que el que realiza actos de tránsito sobre un fundo determinado con la intención de ejercitar un derecho de servidumbre de paso, y los verifica en cualquier momento en que precise transitar, aun cuando esto no lo haga incesantemente, bien puede afirmarse que tiene la posesión continua de la servidumbre de paso. Basta con que el poseedor cuente con la posibilidad de transitar sobre el presunto fundo sirviente y se porte como teniendo por seguro que podrá hacerlo en cuanto lo desee. Su posesión será continua cuando realice los actos de tránsito normales dadas las circunstancias de los predios y de las necesidades en contemplación a las cuales se verifica el paso, y sin que medie entre uno y otro de los actos de tránsito un intervalo tal que haga presumir el abandono de la posesión o se produzca la interrupción natural de la misma.

piesen servidumbres que tuviesen una «causa continua o perpetua», entendiendo por tales aquellas cuyo ejercicio no dependiese de un hecho humano. Por tanto, las servidumbres discontinuas carecerían de dicha causa y por ello no serían usucapibles¹⁴.

Pero lo que ocurre es que quien usucape no es la finca dominante, sino el poseedor de la misma. Y los requisitos de la usucapión se predicán respecto del poseedor —o mejor dicho, respecto de la posesión del poseedor— como en el resto de derechos y no respecto de la finca¹⁵. ¿Alguien puede imaginarse una finca de mala fe o una finca cuya posesión sea clandestina? La posesión es un hecho jurídico irremediamente unido al poseedor, a una persona que ejercita dicha posesión, pero nunca a un objeto. Recae sobre un objeto, pero es ejercitada por una persona. Aunque sea cierto que el derecho adquirido permanezca indivisiblemente unido a la finca dominante ante el cambio de titular de la misma.

Siguiendo la doctrina sentada por el CC puede plantearse el problema de si cuando se refiere a hecho del hombre lo hace exclusivamente para el ejercicio del derecho o, por el contrario, se refiere también a la intervención en la constitución y formación de la servidumbre. Aclaremos esta idea con un ejemplo. Es posible que la utilización de una servidumbre no necesite ninguna actuación humana. Por ejemplo una servidumbre de acueducto o de aguas. Sin embargo sí que es posible que la conducción del agua sea debida a una actuación humana. En algún momento se ha pensado que al exis-

¹⁴ JUAN ROCA JUAN, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2.º p. 35. La distinción entre servidumbres continuas y discontinuas tuvo en el Derecho Romano menor trascendencia. Parece que fue obra del Derecho común, sobre la base de distinguir servidumbres en las que existe y en las que no existe la *causa continua*, o *perpetua*. Y ello contemplando la usucapibilidad de las servidumbres que, presuponiendo la posesión continua, al ser debida la servidumbre al fundo —que no podía tener *animus possidendi*— en caso de discontinuidad del *corpus* había que excluir la usucapión. De aquí que ésta exigiera un ejercicio continuo, equivalente a una *causa in continuam*, o perpetua, y el origen de la distinción queda, así, debido a una interpretación de Bartolo a los fragmentos de las fuentes que hacen alusiones a la *causa perpetua*: Serían continuas —y por tanto usucapibles— aquellas servidumbres en las que existe la causa continua, o perpetua; discontinuas aquellas en las que la causa perpetua no se da.

¹⁵ Es más, a la hora de hablar de modo genérico de la posesión, dice MORALES MORENO, A., *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, p. 20, que a efectos de la usucapión, dicha posesión debe ir referida a un determinado derecho subjetivo y en función del derecho a que vaya referido, será la posesión para usucapir o no: «Aunque el Código designe con el apelativo genérico de posesión de cosas a posesiones referidas a los diferentes derechos usucapibles que recaen sobre un objeto corporal, ello no obsta a que tenga en cuenta, en relación con la usucapión, el concreto tipo de derecho al cual se ha de referir la tenencia de la cosa. Por eso esta tenencia material sirve para atribuir ese y no otro tipo de derecho. El tipo de derecho subjetivo al que se refiere la posesión y que, por tanto, va a ser adquirido por la usucapión, actúa configurando el *corpus* a través del otro elemento de la posesión ad usucapionem, el concepto jurídico en que se posee (concepto de dueño) (art. 1941 C. e.). Se cualifica así la tenencia de la cosa, por referirla a un tipo de derecho subjetivo, y se potencia por ella la adquisición de este derecho».

tir actuación humana en la creación de la servidumbre, ese hecho contaminaba de discontinuidad toda la existencia de la servidumbre. Pero esta idea parece errónea. El Código parece querer hacer depender la continuidad de las servidumbres del hecho de que para su ejercicio sea necesaria una actividad humana, independientemente de que para su nacimiento o para su utilización posterior sea necesaria, previamente, algún tipo de actividad. De otra forma sólo podrían calificarse de servidumbres continuas aquellas que de modo natural hubiesen surgido entre finca y finca, sin la más mínima intervención humana. No parece ésta la doctrina dictada por el CC¹⁶.

Vemos cómo desde el punto de vista de la posesión y en consecuencia de la adquisición por usucapión es difícilmente defendible la existencia de servidumbres discontinuas. Discontinuidad en el ámbito de las servidumbres y en ámbito de la prescripción se parece tan sólo en que existe una palabra común, pero dicha palabra no tiene el mismo sentido cuando se refiere a servidumbres y cuando lo hace respecto de la usucapión¹⁷.

Esta situación hace que nos podamos plantear la siguiente pregunta. ¿Desde el punto de vista de la posesión, el ejercicio discontinuo de una servidumbre tiene que reputarse como posesión discontinua? Parece evidente que no. Que por contradictorio que parezca una servidumbre discontinua puede poseerse continuamente, pues la titularidad de la misma será continua. Tan sólo su ejercicio es discontinuo, como suele ser el ejercicio del resto de derechos. Y si la

¹⁶ ROCA JUAN, J., *opus cit*, p. 36. A mi entender, la manera de interpretar esta «dependencia del acto del hombre» consiste en hacer una distinción que el precepto no hace claramente: Que «el acto del hombre» –expresión que emplea el precepto para la «discontinuidad»– sea constitutivo del ejercicio mismo, en cuanto permanezca la servidumbre, mientras que «el hecho del hombre» –expresión que emplea para la continuidad– aunque sea preciso para constituirla inicialmente (a fin de crear los medios materiales o instrumentales precisos para que el uso pueda ser «incesante», y la servidumbre se desarrolle según su finalidad), no excluye la constitución de una servidumbre continua.

Esto explica que sea continua una servidumbre de acueducto (art. 561), y las de luces y vistas, porque el fundo dominante obtiene la utilidad del sirviente sin necesidad de acto alguno del hombre (aunque inicialmente sea preciso construir la conducción o abrir los huecos o ventanas), mientras que son discontinuas las servidumbres de paso, de *aquaehaustus* de pastos y leñas, y la de labrar cada tres años en finca ajena, porque su ejercicio requiere el acto de pasar, tomar el agua, llevar el ganado, labrar, etc. De manera que en las discontinuas el *acto del hombre* es la causa misma del ejercicio, la actuación del contenido del derecho.

¹⁷ No por conocidas dejan de ser claras a este respecto las palabras de LAURENT F., *Principes de droit civil français*, tomo 8, 2.^a edición, Bruxelles, 1876, cuando dice: *Quant à la condition de continuité, elle ne tient pas aux caractères que doit réunir la possession en vertu de, l'article 2229. Il est vrai que cette disposition exige que la possession soit continue, et il y a des auteurs qui ont cru que la loi interdisait la prescription des servitudes discontinues, parce que la possession n'en était pas continue. C'est confondre la continuité de la possession et la continuité des servitudes. Le mot est le même, mais l'idée est toute différente. On dit que la servitude est continue quand elle peut être exercée sans le fait actuel de l'homme; et la possession est continue quand le possesseur fait les actes de jouissance que la nature de la chose comporte.*

jurisprudencia y el CC parecen vetar la posibilidad de usucapión de este tipo de servidumbres, ¿no será por otra razón y no por su discontinuidad? ¿No será su carácter discontinuo un mero pretexto, fácilmente comprensible *a priori* y con el que convencer a primera vista?

Parece evidente que deben existir otras razones u otra razón que permita comprender por qué las servidumbres que tienen un carácter discontinuo no son susceptibles de adquisición prescriptiva. ¿Quién es el beneficiado con esta normativa? El propietario de la finca «sirviente», el que se puede ver afectado por la existencia de una presunta servidumbre es el verdadero beneficiario de esta doctrina.

Y es por este camino por el que puede empezar a comprenderse la negativa del código a la usucapión de estas servidumbres. Y no por la continuidad o no. Hay un dato que es evidente y que no admite ningún tipo de discusión. Si la razón fuese la falta de continuidad de la servidumbre, es decir, si fuese una razón *técnica* la causa de esta imposibilidad no estaría permitida la adquisición de las servidumbres, aunque sean discontinuas, que tengan un carácter inmemorial. Sin embargo, el CC, en su artículo 1939 y la disposición transitoria 4.^a¹⁸, permite la adquisición por vía prescriptiva de este tipo de servidumbres. ¿Es menos discontinua una servidumbre de paso cuando ha nacido hace ciento treinta años que una que tan sólo tiene una antigüedad de cuarenta ? ¿Por qué una es usucapible y otra no?

Por ello coincido plenamente con Arechederra Aranzadi¹⁹ cuando piensa que estudiar el problema de la imposibilidad de la prescripción de la servidumbre discontinua desde un punto de vista de estricta técnica posesoria no lleva a ninguna meta. *En el planteamiento del CC subyace una propuesta de política legislativa. Ésta es la matriz sobre la que se redactará el articulado relativo a la constitución de servidumbres. Como es claro, únicamente desde ella pueden entenderse dichos preceptos. Tratar de entenderlos desconectados de aquélla, necesariamente es un esfuerzo inútil. El vicio de esos planteamientos es de raíz.* Por ello quizá, como dice Demolombe²⁰, lo que concierte al establecimiento de servidumbres por prescripción es una de las partes más interesantes de las mismas y al mismo tiempo ha sido, remontándose en la historia del derecho, una de las más llenas de oscuridades y polémicas.

¹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, «Comentario a la STS de 7 de enero de 1920». *Revista de Derecho privado*, 1920, p. 236; ESPÍN CÁNOVAS, D., «El derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el CC español», *Anuario de Derecho Civil*, 1965, p. 621. MURIAS TRAVIESO, J. «Notas sobre la prescripción inmemorial». *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1948, p. 306.

¹⁹ ARECHEDERRA ARANZADI, L., *Propiedad y constitución de servidumbres*, Madrid, 1993, p. 14.

²⁰ DEMOLOMBE, *Opus cit.*, p. 250.

Se trata entonces de un problema de valores o de intereses que están en juego. Y de entre ellos el que el Código parece proteger es el del propietario frente a quien perturba su propiedad²¹.

Que sea éste el valor prioritario, como siempre que se hablan de criterios de política legislativa, pueden parecer más o menos correcto en función de los puntos de vista ideológicos de los que se parte o a los que se pretenda llegar. Lo cierto es que el Código parte de una visión decimonónica de la propiedad particular, especialmente respetuosa con ella y que le puede llevar a consentir determinadas inmisiones en la misma siempre que existan razones de mayor peso para ello. Pensemos en los supuestos en que se permite expropiaciones forzosas en aras de un interés público superior. Pero en el caso que nos ocupa, el enfrentamiento se produce entre un particular y otro particular y en dicho caso el código prefiere al particular propietario que ha visto invadido su ámbito de soberanía.

Por tanto, lo que protege el código es la propiedad privada frente a los ataques de agentes externos, salvo que dicha inmisión estuviese justificada por un interés común superior.

Pero cabe hacerse otra pregunta. ¿Por qué en el ámbito de las servidumbres discontinuas y no en el de la propiedad, en el de las servidumbres continuas y aparentes o en el del resto de derechos reales? ¿Por qué prohibir la adquisición mediante usucapión de un derecho menor si el gran derecho se puede conseguir a través de este mecanismo? ¿No ataca más la propiedad privada de una persona el que le priven de ella definitivamente que el ser perturbado en su posesión de modo esporádico?

Para responder estas preguntas convendrá hacer un poco de memoria histórica y ver cómo han ido evolucionando la posibilidad de usucapir servidumbres discontinuas a lo largo de la historia.

3. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA POSIBILIDAD DE USUCAPIR SERVIDUMBRES DE DISCONTINUAS. LA COMPATIBILIDAD DE POSESIONES ENTRE PROPIETARIO Y EL USUARIO DEL PASO. POSESIÓN TOLERADA Y EN CONCEPTO DE DUEÑO

Históricamente así ha sido. En los últimos dos siglos en Francia y desde la promulgación del CC en España es posible adquirir por usucapión la propiedad de una finca, pero no lo es adquirir un dere-

²¹ ARECHEDERRA ARANZADI, L., *opus cit.*, p. 19: «El CC, al hacer suyo el planteamiento cultural vigente, potenciará –al asumirlas como centrales– ciertas instituciones.

cho de paso por la finca vecina. ¿Qué ha ocurrido para llegar a esta situación?

Comencemos viendo el Derecho francés, antecedente directo del nuestro y primer Código en el que de una manera expresa se prohíbe en su artículo 691 la usucapión de las servidumbres cuando son discontinuas.

En los antiguos derechos consuetudinarios franceses ésta era una cuestión discutida. Había derechos, como los de París y Orleáns, en los que la prohibición de la usucapión de este tipo de servidumbres era ya mantenida. Estos derechos convivían con otros en los que se seguía la tradición romana que en la época de los Glosadores permitió la usucapión de las servidumbres. Esta situación dio lugar a que se crease una gran variedad legislativa a la hora de la redacción del CC y como dice Demolombe²² no había otra materia en la que fuese más necesario la presencia de una legislación unitaria debido a la confusión de normativa y de interpretaciones que sobre la misma se había mantenido. Y la opción elegida fue la de prohibir la usucapión de las servidumbres que tenían carácter discontinuo.

Por lo que respecta a España, en la Ley de las Siete Partidas estaba permitida la usucapión de las servidumbres, incluso de las discontinuas siempre y cuando éstas tuviesen una duración inmemorial y además su posesión hubiese reunido los demás requisitos necesarios para poder ser usucapidas. Dicen las partidas sobre este punto: *«De tal natura seyendo la seruidumbre, que fiziesse ser uicio a otri cotidianamente, sin obra de aquel que la recibe; assi como si fuesse aguaducho que corriessse de fuente que nasciessse en campo de alguno, o otra semejante della; si el vezino se sirue de esta agua, regando su heredad diez años, estando su dueño en la tierra e non lo contradiziendo, o veynte seyendo fuera della; e esto ficiessse de buena fe, cuydando que auia derecho de lo fazer e non por fuerça nin por ruego que ouiesse fecho al dueño de la fuente, o del campo por do passaua, ganaria por este tiempo tal seruidumbre. Esto mismo seria si alguno oulesse viga metida en pared de su vezino; o abriese finiestra en ella, por do entrasse lumbre a sus casas; o le contrallase que non airasse su casa porque non le*

Así pueden encontrarse las claves interpretativas del régimen de la familia, del crédito y de la propiedad.

Estas instituciones, al ser tomadas como básicas, van a ser favorecidas. En el concierto social, la prevalencia siempre es a costa de otros valores, otros derechos, que no son descalificados, simplemente son supeditados. Es decir, son razones de oportunidad, de convivencia, las que establecen una jerarquía de prioridades»

²² DEMOLOMBE, *Opus cit.* p. 250: *«Ce qui concerne l'établissement des servitude par la prescription, est l'une des parties les plus importantes de notre sujet, et l'une de celle en même temps qui a toujours été, si haut que l'on remonte dans l'histoire du droit., le plus environnée d'obscurités et de controverses».*

tollesse la lumbre ca en cualquier destas seruidumbres o otras semejantes dellas, de que ome se aprouechasse sin obra de cada dia, se podria ganar por tanto tiempo e en aquella manera que de suso diximos del aguaducho. Mas las otras seruidumbres de que se ayudan los omes para aprouechar e labrar, sus heredades e sus edificios, que non vsan dellas cada dia, mas a las vezes, e con fecho, assi como senda o carrera, o via que ouiesse en heredad de su vezino; o en agua que viniessse vna vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada dia; tales seruidumbres como estas e las otras semejantes non se podrian por el tiempo sobredicho: ante dezimos que quien las quisiere auer por esta por esta razon, ha menester que haya vsado dellas, ellos, o aquellos de quien las ouieron, tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que la començaron a vsar.»

Sin embargo, a pesar de la tradición favorable de nuestra legislación a la permisibilidad de la usucapión de las servidumbres, nuestro CC siguió el ejemplo del francés y terminó por proscribir del ordenamiento este tipo de usucapión.

Esta evolución histórica no hace más que confirmar que existe alguna razón de tipo no técnico que hace preferir al legislador la prohibición de la adquisición prescriptiva a su permisibilidad, pero no nos responde a la pregunta de fondo que no es otra que cuál es el verdadero motivo de esta prohibición.

Seguramente la razón la encontraremos más en el análisis de la situación fáctica creada por la posesión de una servidumbre discontinua que en el estudio de las razones teóricas que pueden sostener la viabilidad y oportunidad de la usucapión de estas servidumbres. Si analizamos la posesión de una servidumbre discontinua veremos claramente cómo destacan dos características que están íntimamente relacionadas entre sí. La primera de ellas es que se trata de una posesión cuyo ejercicio no es continuo. Eventualmente es utilizada por el poseedor. Por su propia naturaleza nadie puede estar pasando por la finca «sirviente» continuamente. Al depender la utilización de un hecho humano se provoca automáticamente la intermitencia en su posesión. Pero este dato, que diferencia a las servidumbres discontinuas de las continuas permitiendo encontrar una razón «lógica» para excluirlas de la usucapión, sin embargo no nos es válida para diferenciarla de otros derechos reales como puede ser el usufructo o la misma propiedad y respecto de los cuales es perfectamente viable predicar el derecho a ser usucapidos.

Es sobre la base de la segunda característica de la posesión de estas servidumbres respecto a la cual encontramos la forma de diferenciarla de derechos como el usufructo y la propiedad y justi-

ficar la usucapibilidad de unos negando dicha posibilidad al otro. La posesión de las servidumbres discontinuas por parte del dueño de la finca dominante no implica la pérdida de la posesión material del dueño de la finca sirviente. De este modo, ambas posesiones pueden ser ejercidas de forma conjunta e incluso simultánea. Esta posibilidad está vetada al poseedor que se comporta como un usufructuario o como un propietario frente al *verus dominus*. No es posible que ambos posean el mismo terreno al mismo tiempo. Las posesiones son absolutamente incompatibles entre sí.

Ello ha llevado a pensar en la imposibilidad de tener una posesión en concepto de dueño respecto de las servidumbres que son discontinuas. Al existir ya un verdadero dueño y ser su posesión compatible con la del vecino, no es posible que ambas posesiones sean en concepto de dueño y por ello parece más razonable concederla al *verus dominus*. La posesión de una servidumbre discontinua sobre una finca ajena se convertiría de este modo en un caso automático de posesión tolerada por el dueño de la finca sirviente. Y ello conllevaría al mismo tiempo la imposibilidad de que dicho tipo de posesión fuese utilizable para alegar la usucapión de dicho derecho en virtud de dos artículos de nuestro CC, el 1942 que dice que: *No aprovecharán para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño* y el artículo 444 en el que se afirma que: *Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión.*

Toda posesión de una servidumbre discontinua supondrá una posesión meramente tolerada y por ello nunca se podría hablar de posesión en concepto de dueño, faltando de este modo uno de los requisitos básicos para poder alegar la usucapión de dicho derecho. Por ello se puede adquirir por usucapión la propiedad y el usufructo pero no es posible adquirir el derecho sobre una servidumbre discontinua.

Pero a este razonamiento se le pueden hacer también algunas críticas para demostrar que técnicamente no es correcto y que si no se permite la usucapión de las servidumbres discontinuas no es por otra razón que por motivos de política legislativa.

No es el momento de intentar hacer una clasificación de los actos meramente tolerados distinguiendo entre precario, actos tolerados en sí mismos, actos realizados bajo licencia, etc.²³. Pero sí es

²³ Pueden verse sobre esta materia diversos trabajos. Destacan por su calidad y claridad MORALES MORENO, A., *Posesión y Usucapión*, Madrid, 1972; SILLERO CROVETO, B., *Los actos meramente tolerados y la posesión*, *Actualidad civil*, 1996, vol. 2, p. 525.

el momento de analizar qué debe entenderse como tolerado respecto de la servidumbre discontinua de paso.

La primera crítica que se le puede hacer a este razonamiento es que califica toda posesión de una servidumbre discontinua como posesión meramente tolerada, sin atender a las voluntades de las partes que conforman una determinada situación posesoria. La existencia de un acto tolerado depende de la voluntad de las personas intervinientes en la relación posesoria y no es posible predicarlo siempre, de forma objetiva, respecto de determinados comportamientos tipificados. Éstos pueden dar lugar a presunciones cuando de un modo claro o nítido no esté precisado el carácter del acto. Pero en modo alguno, de forma automática y prescindiendo de la intención o voluntad de las partes, es posible calificar el acto per se como meramente tolerado. Como afirmaba Morales Moreno²⁴. *Es inadecuado caracterizarlos en atención a la naturaleza del acto, olvidando que es la voluntad de quien los ejecuta y los soporta la que configura la situación. Los actos limitados, transitorios o poco molestos pueden no ser actos tolerados. Habrá ciertamente en el carácter del acto un criterio para presumir la tolerancia; pero con él no se puede contradecir a la falta de tolerancia expresa. Parece, pues, que la razón por la cual un comportamiento posesorio merece el calificativo de «meramente tolerado» radica en la voluntad, como veremos más adelante.*

Por tanto, para calificar un acto como meramente tolerado debemos atender a qué es lo que las partes participantes en dicha relación posesoria han pactado. Si han llegado a un acuerdo tácito para permitir el paso por una parte de la finca en aras a la buena vecindad o, si dicho acuerdo es expreso y consta documentalmente, si simplemente no hay acuerdo pero de hecho se produce una situación de paso permitida por el dueño de la finca colindante²⁵. Evidentemente no todas estas situaciones son actos meramente tolerados. Cuando existe un acuerdo expreso o tácito que permite el paso a favor de una persona o de la titular de una finca colindante estaremos en presencia de un derecho personal o real que estará configurado en el título del que trae causa. El dueño de la finca sirviente no tendrá derecho a hacer cesar el paso de su vecino en cualquier momento, sino en virtud de lo expresado en el título constitutivo. Por el contrario, cuando no exista título alguno y se

²⁴ MORALES MORENO, A., *opus cit.*, p. 129.

²⁵ RIVERA SERRANO, M., *Régimen jurídico de las servidumbres de paso en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 1998, p. 83. Aunque la regla es que no puede pensarse en la existencia de un consentimiento tácito para que sirva de título en la adquisición de una servidumbre, sin embargo, en esta página cita una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la que de un presunto consentimiento admite la existencia de una servidumbre.

esté produciendo el paso estaremos ante un acto meramente tolerado cuando las partes así lo hayan consentido y la consecuencia será la falta de efectos posesorio de dicha posesión, así como la posibilidad del dueño de la finca dominante de poner fin a dicho estado posesorio en cualquier momento.

Visto que la calificación de un acto como tolerado o no depende de la voluntad debemos preguntarnos si esta voluntad debe ser coincidente en ambas partes o basta con que una sola parte considere el acto como tolerado. La cuestión es importante, pues si concluimos que es necesario un acuerdo o un reconocimiento mutuo de que la situación es simplemente tolerada, los términos de posesión tolerada y posesión en concepto de dueño serán antagónicos y no se podrá predicar respecto de una única situación que estemos ante una posesión en concepto de dueño y a la vez que esta situación es tolerada. Esta posición ha sido mantenida por la mejor doctrina. Así Morales Moreno piensa que la condición de mera tolerancia de un acto debe tener simple un origen bilateral que si bien no justifica el nacimiento de un derecho real o un derecho de crédito sí que justifica el nacimiento de una posesión con un estatus especial como es la posesión meramente tolerada. Dice este autor: *Fundada la mera tolerancia en la voluntad surge la cuestión de la unilateralidad o bilateralidad de estas situaciones, cuestión que entendemos referida a si basta la voluntad de una sola parte (tolerante o tolerado) o es precisa la conjunción de ambas con un mismo contenido: la actuación sin derecho propio (meramente tolerada).*

Del texto del artículo 1942 se infiere su carácter bilateral. La mera tolerancia, sin llegar a constituir una relación jurídica, actúa como título configurador del concepto en que se posee, haciendo a la posesión que la subsigue no idónea para usucapir, por no ser en «concepto de dueño». Esta voluntad se manifiesta, por parte del dueño, en una actitud de liberalidad, cuyo concreto contenido es la tolerancia (incluso tácita o presunta), y por parte del tolerado, en que su animus se apoya en esa misma liberalidad («actos... por mera tolerancias) (art. 1942 CC).

El acuerdo de voluntades entre tolerante y tolerado no está encaminado a la constitución de una relación jurídica, pero tiene valor para calificar la licitud de la situación del poseedor tolerado, al par que para impedir la usucapión.

No se puede pensar el comienzo de una posesión tolerada sin que medie tolerancia, pero se puede presumir ésta en atención a variadas circunstancias (usos sociales, familiares)²⁶.

²⁶ MORALES MORENO, A., *opus cit.*, p. 131

Desde este punto de vista sería incompatible una posesión en concepto de dueño con una posesión meramente tolerada. Entre otras cosas, para que la posesión fuese tolerada sería necesario que ambas partes así lo desearan. Sin embargo, cuando hubiese cesado la tolerancia por parte del dueño de la finca dominante, la posesión de la otra persona no cambiaría automáticamente de naturaleza convirtiéndose en posesión en concepto de dueño. Según Morales Moreno, se seguiría hablando de posesión consentida, por lo que parece que tan sólo es necesario el acuerdo en el momento de constitución de la situación posesoria y no en el desarrollo de dicha situación posesoria²⁷.

No es éste nuestro punto de vista. Estando de acuerdo en que no es posible hablar de situaciones en las que objetivamente se esté en presencia de relaciones meramente toleradas y que, por tanto, la voluntad juega un papel imprescindible en éstas, sin embargo no creemos que necesariamente dicha situación tenga que tener un carácter bilateral. Parece mejor dejar a la única voluntad del *verus dominus* el determinar si un acto es tolerado o no. Y la razón es que como su propio nombre indica el acto es tolerado por el propietario, por lo que tan sólo a él pertenece soberanamente esta decisión.

Será indiferente la opinión que sobre dicha posesión tenga el poseedor del derecho. Él podrá conocer y aceptar dicha situación, haciéndola suya. En este caso, no estaremos más que ante una situación de mera tolerancia. Pero podrá no conocerla, comportándose como si fuera un auténtico titular del derecho, independientemente de que acepte o no la situación –lo que tendría que ver más con una posesión de buena o mala fe– con lo que tendría un comportamiento que podría calificarse como «en concepto de dueño». De esta manera, ante una misma situación posesoria fáctica podemos encontrar dos tipos de posesiones desde un punto de vista jurídico, meramente tolerada para el *verus dominus* –de cuya voluntad depende esta calificación– y en concepto de dueño para el poseedor²⁸.

²⁷ MORALES MORENO, A., *opus cit.*, p. 131: En cambio, iniciada la posesión bajo el signo de la tolerancia, no parece que pueda cesar en este carácter y permitir la usucapión por la revocación del tolerante, porque, aunque ilícitos ya, los actos del tolerado siguen amparándose en la tolerancia inicial hasta que el mismo oponga al tolerante una posesión en nombre propio. Con ello se matiza el carácter bilateral de estas situaciones posesorias: la bilateralidad debemos referirla al comienzo de la posesión; por ella se fija el animus del tolerado; mas la revocación del concedente no transforma a la posesión tolerada en posesión en nombre propio. En las situaciones posesorias continuadas con posterioridad a la extinción del título que las justificaba, que impropiaamente pueden encuadrarse entre las meramente toleradas, la tolerancia se debe al hecho de que el concedente, pudiendo reclamar la cosa (incluso judicialmente), no lo haga, lo cual permite atribuir a su comportamiento la significación de tolerante.

²⁸ En general, en nuestra doctrina se han opuesto los términos posesión en concepto de dueño al de posesión meramente tolerada de modo que la existencia de una situación comportaba la exclusión de la situación contraria. Como muestra de esta opinión, LUNA SERRANO, A., *Comentario al artículo 1942 de Comentarios al CC organizados por el*

Pero en dicho supuesto al poseedor no le bastará con probar su posesión en concepto de dueño, además de los demás requisitos necesarios –continuidad, publicidad y no violencia– para poder alegar que ha usucapido dicho derecho. Estará siempre pendiente de la alegación del *verus dominus*, pues si éste prueba que aun dándose la posesión en concepto de dueño, desde su posición se trataba tan sólo de una posesión meramente tolerada, no prosperaría la solicitud de que se reconociese la adquisición del derecho por medio de la usucapión.

Pero lo que sí es claro, independientemente de que se mantenga una u otra posición, es que la situación creada de hecho es una situación especialmente confusa cuando lo que se trata de probar es la posesión simplemente tolerada o en concepto de dueño referida a una servidumbre discontinua como es la de paso. En otros derechos reales, probada la posesión en concepto de dueño por el poseedor, será complicado al *verus dominus* probar la posesión meramente tolerada del ejercicio de tal derecho. Ambas posesiones son incompatibles y normalmente un tipo de posesión excluye al otro. Pero en la servidumbre discontinua, al ser ambas posesiones compatibles, la prueba de uno u otro punto de vista reviste una especial complicación para el Juez que tenga que optar entre dar la razón al poseedor que alega un tipo de posesión o al *verus dominus* que alega otro.

No se trata de nuevo, como ocurría con la discontinuidad, de una imposibilidad de poseer la servidumbre discontinua en concepto de dueño, desde un punto de vista de técnica jurídica. Es posible poseer en concepto de dueño una servidumbre discontinua como lo es poseer una continua o un derecho de usufructo o propiedad. De nuevo ha sido el legislador el que ante la complicada situación que hemos descrito ha optado por tomar una decisión unívoca en estos supuestos, no permitiendo la usucapión de las servidumbres discontinuas o dicho de otro modo, protegiendo el valor superior de no permisión de inmisiones en la propiedad privada²⁹. Ha realizado una presunción legal, frente a la que no es posible realizar ninguna prueba en contrario, por

Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, afirma: «Es cierto que el que actúa bajo licencia o por tolerancia del dueño o titular es detentor de la cosa o del derecho real sobre ella, puesto que ejecuta –como bien indica la regla objeto de comentario– actos de carácter posesorio, pero la licencia o la tolerancia dan a la tenencia el sentido de la posesión para otro y, en todo caso, evitan que se pueda conformar como posesión en concepto de dueño, sin perjuicio de que se tenga eventualmente derecho a mantener el estado o situación posesoria subordinada reconociendo la titularidad ajena.

La doctrina tradicional solía indicar que la mera tolerancia de los actos posesorios, entre otros supuestos, hacía inequívoca la posesión, de manera que la faltaba uno de los caracteres o requisitos necesarios para hacerla legítima a los efectos de la prescripción adquisitiva o usucapión».

²⁹ ARECHEDERRA ARANZADI, *opus cit.*, p. 35: *La prescripción, como legitimación en la práctica, es exponente de una inercia social que no debe impedir el cambio. Por otro*

la que ha preferido considerar que en estas situaciones siempre estamos en presencia de una posesión tolerada, despreciando de este modo la posibilidad de usucapión de las mismas. Da por tanto igual que se posea o no en concepto de dueño, el legislador ya ha concedido al propietario, al *verus dominus* la máxima protección posible.

Además, si los poseedores de una servidumbre discontinua, cuya posesión se mezcla con la del *verus dominus*, tuviesen una oportunidad de conseguir la titularidad de la misma, los verdaderos propietarios se cuidarían mucho de permitir la existencia de situaciones equívocas, lo que perjudicaría de modo directo las relaciones de vecindad³⁰.

Estos dos motivos parecen suficientes como para justificar la decisión legislativa tomada en nuestro código y seguida de manera uniforme por nuestra jurisprudencia.

*lado, como tal uso es de difícil control por el propietario. Luego no cualquier prescripción es oponible al propietario: sólo aquella que siendo legítima (no rechazada por la ley) sea controlable por el propietario. Es decir, susceptible de ser rechazada por el mismo. Imperio de la ley o imperio del propietario, señas de identidad de una nueva legitimidad. Esta misma idea de impedir la usucapión ante la imposibilidad de defensa del *verus dominus* es mencionada por JUAN ROCA JUAN, *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, artículos 530 a 604, tomo VII, volumen 2.º, Editorial Edersa, p. 59 cuando afirma: *Fija el artículo 537 en veinte años el término para la prescripción adquisitiva de las servidumbres. Mas admitida la usucapibilidad, dos ideas parecen estar dominando esta materia: La búsqueda de un criterio indicativo de la diferencia que existe entre los actos de mera tolerancia –que pueden realizarse y dejarse realizar sin ánimo de constituir un derecho– y no afectan a la posesión, y la de la notoriedad de los actos de ejercicio de un derecho sobre predio ajeno, que de no tener este carácter pueden dar lugar a que el dueño sirviente no llegue a percibirlo y tomar sus medidas defensivas, de manera, que falte esa «ciencia y paciencia» del que la sufre, que justifica la adquisición del derecho por el dominante.**

Una prueba de ello está, –acaso–, en que después de declarar la prescripción adquisitiva de las servidumbres en el artículo 537, el 539 se ocupa de afirmar seguidamente que las servidumbres «continuas no aparentes», y las «discontinuas», sean o no aparentes, sólo pueden adquirirse en virtud de título, lo que se explicaba porque «las servidumbres continuas y aparentes pueden ser reprimidas a cada momento por el propietario, que no puede ignorarlas; si no lo hace así, hay culpa o negligencia por su parte, y justo es que corra contra él, la prescripción». Pero el propietario puede no apercibirse de las discontinuas, que no se usan sino por actos de largos intervalos, y frecuentemente equívocos, que puede él haber permitido por simple tolerancia o complacencia, idea que como el mismo autor apunta ya había expresado GARCÍA GOYENA en sus concordancias, artículo 538, p. 464, Madrid, 1852.

³⁰ DEMOLOMBE, *opus cit.*, p. 280: *Le vrai motif de cette imprescriptibilité, c'est que la possession de ces sortes de servitudes est toujours réputée équivoque et à titre précaire (art. 2229, 2232); c'est que le législateur a présumé, «plein droit qu'elle était toujours le résultat de la tolérance, de la familiarité et des rapports de bon voisinage. Il n'y a pas vu cette double condition toujours nécessaire dans la possession à l'effet d'acquérir, d'une part, la volonté, dans celui qui l'exerce, d'acquérir un droit; d'autre part, dans celui sur le fonds duquel elle est exercée, l'abandon de son propre droit et le consentement à l'établissement de la servitude. Et si cette présomption, basée sur la vérité des faits, sur l'expérience, est aussi éminemment conforme à l'intérêt général de l'état. N'est-il pas évident que si la loi eût attaché à ces relations de bon voisinage le germe d'une prescription, elle aurait rendu la propriété défiante, égoïste, intraitable! Et ce qu'elle veut, tout au contraire, c'est de la civiliser, de la rendre sociale et humaine! C'est de porter dans toutes ces relations de voisinage, la paix, l'harmonie, la tolérance réciproque et les bons offices. Et voilà pourquoi elle a rassuré les propriétaires, en leur déclarant que cette tolérance et ces bons offices ne deviendraient jamais contre eux la cause d'une servitude passive.*

Igualmente pasan a ser irrelevantes, para este caso, los esfuerzos que ha hecho la doctrina de intentar encontrar algunos criterios que identificasen la presencia de actos meramente tolerados³¹. Se ha dicho que dichos actos se podrían caracterizar por la presencia de relaciones familiares entre poseedor y *versus dominus*, por la falta de molestia para la utilización normal de bien por parte del propietario, por la ausencia del cambio de estructura en el bien provocado por la posesión de quien no es titular del mismo, etc. Y estos criterios pueden ser válidos para acercarnos a la realidad de si la posesión es tolerada o no por parte del titular del bien. Pero en el caso que nos ocupa ha sido el legislador quien se ha encargado de darnos un criterio para determinar que siempre habrá posesión tolerada y que por tanto no es posible la usucapión. Y no se trata de que objetivamente haya una situación de posesión tolerada. Se trata simplemente de una presunción legal motivada por razones de política legislativa.

Es normal que esta decisión legislativa haya provocado numerosas críticas³², pues conlleva inmediatamente la imposibilidad de

³¹ LAURENT, F, *opus cit.*, p. 250, refiriéndose a los actos meramente tolerados dice: *Le principe est certain, puisqu'il est écrit dans la loi. Mais l'application n'est pas sans difficulté. Quand y a-t-il possession de pure tolérance? La loi no la définit pas, c'est donc une question de fait; on essaierait vainement d'établir un principe en cette matière. Ainsi on a dit que la possession no serait plus de tolérance si la servitude causait une incommo-dité réelle au propriétaire de l'héritage assujetti, et si ce dernier avait un intérêt sérieux à s'y opposer. Il nous semble que l'idée de tolérance ou de familiarité implique des liaisons d'amitié ou du moins de bon voisinage. Par suite le juge doit surtout considérer la nature des rapports qui existent entre voisins; Ils ne toléreront rien s'ils sont ennemis, ils tolé-reront tout s'ils sont amis. Il n'y a pas moyen de généraliser là où tout dépend des relations individuelles.* GUILARTE GUTIÉRREZ, *opus cit.*, p. 295 apunta el siguiente criterio «En materia de servidumbres discontinuas el principal criterio para distinguir si estamos o no ante un auténtico ejercicio posesorio es el de la frecuencia en la utilización. Así, si el titular del fundo eventualmente dominante utiliza el paso cuantas veces lo requiere su fundo, no es posible hablar de posesión discontinua y, paralelamente, de posesión tolerada. La idea de ejercicio posesorio de una servidumbre discontinua, de acuerdo con las necesida-des del fundo sirviente, parece acarrear la presunción de no tolerancia de tales actos. Presunción que cobra más fuerza cuanto mayor sea la frecuencia del paso.

Otro dato muy a tener en cuenta, ligado más bien a la apariencia, es el del posible menoscabo que tales actos suponen para el fundo sirviente: cuanto mayor sea la injerencia, más difícil será hablar de tolerancia, máxime cuando existan obras o signos compli-cados y gravosos para el fundo a través de los que se verifica el paso.

El último dato a reseñar, que deberemos conjugar con los anteriores, es el que deriva de analizar si objetivamente los actos son susceptibles de constituir el objeto de una servi-dumbre y especialmente la presencia de sus dos elementos esenciales: la utilidad al fundo, que no a las personas, y la permanencia de tal situación.

³² Son muy numerosas las críticas que esta presunción *iuris et de iure* ha provocado. A título de ejemplo podemos recoger la de LUCAS FERNÁNDEZ, *opus cit.*, p. 101, cuando afirma: *En cuanto a la presunción de precariedad de la posesión en las servidumbres dis-continuas, ha tenido y tiene mayores partidarios en la doctrina científica. Se dice que los actos por los que se ejercita la servidumbre discontinua tienen un carácter equívoco, no concluyente, y en consecuencia el dueño del fundo sirviente, al carecer de un conocimien-to suficiente del carácter con que se ejecutan dichos actos, no podría defender adecuada-mente sus derechos, podría verse privado de sus derechos o de parte de ellos «por sorpre-*

crear servidumbres de paso por medio de un acuerdo tácito. A falta de un documento se presumirá siempre la existencia de una posesión tolerada y ésta sólo dejará de ser presumida cuando medie una declaración de voluntad del dueño de la finca en tal sentido³³.

sa», temor que le conduciría a prohibir incluso el paso de mera tolerancia si se admitiese aquella posibilidad.

Pero tampoco son satisfactorios los argumentos aducidos, ni deben conducir necesariamente a rechazar la usucapibilidad de la servidumbre de paso y en general de las discontinuas, ya que de un lado bastaría la aplicación a este supuesto de las normas contenidas en los artículos 444 del CC según el cual «Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión», y 1.942 del mismo cuerpo legal conforme al cual «No aprovechan para la posesión, los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño». Y por otro lado no siempre podrá decirse que los actos de tránsito sobre el presunto predio sirviente son equívocos, cabe la posibilidad de que el que ejercita el paso lo haga con intención de ejercitar un derecho de servidumbre de paso al margen de toda tolerancia del dueño del fundo sirviente, lo que será aún más evidente en el caso en que se hayan ejercitado obras sobre el fundo sirviente.

Como dicen BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL el sistema legal prohibitivo de la usucapación de las servidumbres discontinuas es defectuoso. Podrá alegarse que el paso es de mera tolerancia en los supuestos en que el dueño del fundo permite el paso al vecino de cuando en cuando por uno u otro punto de su fundo, pero cuando el vecino pasa a través del fundo durante treinta años e incluso para facilitar su paso ha construido un sendero de suerte que el terreno que ocupa queda excluido a toda clase de cultivo no puede decirse ya que hay simple tolerancia. Lógicamente la prescripción debería ser posible –dicen– en esta hipótesis, y sin embargo el artículo 691 (del CC francés) se opone a que se pueda cumplir», etiam per mille annos porque la servidumbre de paso es discontinua.

³³ REBOLLEDO VARELA, «La servidumbre de paso. El artículo 540 del CC: Interpretación e importancia en Galicia», *La Ley*, I, 1986, pp. 1113 ss. *Hay una última cuestión que se puede plantear: ¿es posible constituir una servidumbre de paso mediante declaraciones de voluntad tácitas? En principio, y casi de manera automática, se responde negativamente. Salvo el supuesto previsto en el art. 541, en que a veces se mantiene la existencia de una voluntad tácita y único caso al que suele referirse la expresión «constitución tácita de servidumbres», tal posibilidad parecería contradecir frontalmente toda la interpretación jurisprudencial que mantiene que la propiedad se presume libre mientras no se demuestre lo contrario (?), que toda la materia de servidumbres es de interpretación restrictiva; que la existencia del gravamen, su alcance y contenido han de estar claramente especificados y que, ante cualquier duda, la interpretación ha de favorecer la libertad del fundo sirviente, etc. Sin embargo, quizá pueden hacerse unas consideraciones.*

Punto de partida es la consideración de que en nuestro Derecho, como norma general y en cuanto a los negocios jurídicos de carácter patrimonial, rige el principio de libertad de forma (art. 1278), lo que implica que el consentimiento, requisito esencial, puede manifestarse no sólo verbalmente, sino también tácitamente, mediante hechos concluyentes. Cuando el dueño del predio dominante ha ejercido de hecho la servidumbre durante años, a ciencia y paciencia del propietario del fundo sirviente, quien lo ha consentido y no se ha opuesto a ello ¿puede entenderse que ha prestado tácitamente su consentimiento? Veamos qué se objeta a tal posibilidad.

1. *Los actos tolerados: recurso tan socorrido en Galicia como la prescripción inmemorial. Se dice que el paso es un acto meramente tolerado y que no afecta a la posesión (art. 444) y, por lo tanto, del uso ningún derecho se puede derivar para quien lo ejerce. Ahora bien, cuando los actos no son equívocos sino que existen signos evidentes de servidumbre, cuando el paso se realiza durante años y se forma camino, se realizan obras y reparaciones por la persona que ejercita el paso siempre con el conocimiento y pasividad del teóricamente perjudicado, ¿sigue habiendo mera tolerancia? Cuando es inequívoco el significado de actos repetidos que se realizan con intención de adquirir un derecho se podrá decir que, ante la falta de actividad en defensa de su derecho, el dueño del predio sirviente soporta la intromisión, pero no que la tolera en razón de la vecindad. En este punto, a mi juicio, en la jurisprudencia se ha calificado muchas veces de actos tolerados que no afectan a la*

No ha sido esta, sin embargo, la tendencia seguida en algunos de nuestros derechos forales ni en la aplicación que de dichas normas han realizado nuestros tribunales. Haciendo un breve repaso por las legislaciones forales encontramos que en muchas de ellas es posible adquirir por prescripción las servidumbres discontinuas o, incluso, específicamente la de paso. Así el artículo 128 de la Ley del Derecho Foral del País Vasco, recogiendo el fuero civil de Bizkaia establece literalmente que *La servidumbre de paso se adquiere en virtud de título o por prescripción de veinte años*; el artículo 25 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo (parlamento de Galicia) de Derecho civil de Galicia establece que *La servidumbre de paso se adquiere por ley, por dedicación del dueño del predio sirviente o por negocio jurídico bilateral, cualquiera que sea la forma en que aquél se expresase. Igualmente, puede adquirirse por su posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años, que comenzará a contarse desde el momento en que hubiese empezado a ejercitarse*».

posesión a intromisiones que tratándose de supuestos de usucapión en sede de derecho de propiedad nunca hubieran recibido tal calificación; sin embargo, la imprescriptibilidad de la servidumbre de paso parece haber concluido que todo es acto tolerado.

2. *El uso del paso, el ejercicio y disfrute de la servidumbre puede ser, pues, en ocasiones un acto no meramente tolerado pero que, sin embargo, tampoco da lugar al nacimiento de un derecho de servidumbre. El uso por sí solo, en materia de servidumbres de paso sometidas a la regulación del CC, es irrelevante para su constitución. A pesar de los esfuerzos de LACRUZ BERDEJO en sentido contrario, hemos de admitir que de lege data no cabe la adquisición por usucapión, ni ordinaria ni extraordinaria, de esta servidumbre, por lo que el uso o ejercicio con el desconocimiento u oposición del titular del predio pretendidamente sirviente no impedirá, en cualquier momento, la prosperabilidad del ejercicio de la acción negatoria, pues en este caso no hay consentimiento de ningún tipo, ni expreso ni tácito. Ahora bien, cuando el uso o ejercicio se efectúa con pleno conocimiento del propietario del predio por el que se pasa, quien durante años permite tal estado de cosas sin oponerse, ¿puede existir un consentimiento tácito que forma parte del negocio jurídico de constitución? Se dice que toda la materia de servidumbres es de interpretación restrictiva y que nada que perjudique al predio sirviente puede presumirse, pero, a mi modo de ver, ha de distinguirse entre consentimiento tácito y presunto. En éste, el consentimiento es una presunción, se deriva de unos hechos probados de los que se presume algo que no ha sido demostrado directamente. En el consentimiento tácito, los hechos concluyentes muestran directamente su existencia sin presunciones de ningún tipo. Si a alguien que es propietario de una finca un tercero le discute dicha propiedad y éste se comporta como dueño ante la pasividad de aquél, cabe presumir que está reconociendo, por ejemplo, su mejor derecho; pero si no sólo soporta la intromisión, sino que también realiza actos positivos que inequívocamente suponen reconocimiento de la propiedad del tercero, en este caso no se presume, sino que es un reconocimiento real y existente, pero tácito. Todo esto, aplicado a la servidumbre de paso, quiere decir que la mera pasividad ante el uso o ejercicio de la servidumbre podrá entenderse, si no acto tolerado, sí como reflejo de un consentimiento presunto, excluible claramente en materia de servidumbres; pero cuando se permite el paso durante años, realiza obras en su finca respetando el camino, cierra el predio y deja practicable el paso, permite al que ejerce el paso realizar obras de conservación del camino, en documentos que suscribe se alude a la existencia de la servidumbre que él ha respetado, ¿hay consentimiento presunto o tácito derivado de hechos concluyentes? ¿Es posible que, dadas estas circunstancias, prospere la acción negatoria porque no existe un documento que refleje o recoja el negocio constitutivo o no sea de aplicación la prescripción inmemorial?*

En Aragón, y en virtud de lo establecido en el artículo 147 (Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe) y 148 (Las servidumbres no aparentes, susceptibles de posesión, pueden adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título. En todo caso, la posesión inmemorial, pacífica e ininterrumpida produce, sin otro requisito, los efectos de la prescripción adquisitiva) de la Ley 15/1967, de 8 de abril (Jefatura del Estado), sobre Compilación del derecho civil de Aragón, la posibilidad de usucapir servidumbres queda determinada en función de su apariencia o falta de la misma. De modo que aun siendo discontinuas, si lo son aparentes, serán usucapibles extraordinariamente en el plazo de 10 años y si no son aparentes los serían en un plazo igualmente de 10 años, pero con los requisitos de la usucapión ordinaria. También en Navarra, en la Ley 397 de la Compilación del Derecho Foral de Navarra se permite la usucapión de las servidumbres discontinuas, como las de paso, pues dichas servidumbres son servidumbres positivas. Y dicho artículo establece que *Las servidumbres se adquieren por la prescripción ordinaria de bienes inmuebles o por la extraordinaria. El tiempo empezará a contar, en las servidumbres positivas, desde el primer acto de su ejercicio; en las negativas aparentes, desde la aparición de los signos de servidumbre, y en las negativas no aparentes, desde la prohibición formal del acto que la servidumbre impediría realizar.* Quizá, de todas las legislaciones forales, la menos explícita respecto a la posibilidad de usucapión de las servidumbres discontinuas sea la Catalana que sin distinguir entre ningún tipo de servidumbre –por lo que debe entenderse comprendidas también las servidumbres discontinuas– establece en el artículo 11 de la Ley 13/90, de 9 de Julio (parlamento de Cataluña), de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad que *La adquisición de las servidumbres por usucapión tendrá lugar mediante la posesión, pública, pacífica e ininterrumpida, en concepto de titular del derecho de servidumbre, por un periodo de treinta años.*

De lo expuesto se puede deducir que en todos nuestros ordenamientos forales está permitida, más o menos expresamente la usucapión de las servidumbres discontinuas y de entre ellas de la de paso. Lo que vuelve a ratificar que la posición adoptada por nuestro CC lejos de deberse a una cuestión de imposibilidad técnica de usucapión de este tipo de servidumbres, es debida a una cuestión de elección entre algunos de los intereses en juego, es decir, a una cuestión de política legislativa.

III. PROPUESTAS DE SOLUCIONES JURÍDICAS ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE USUCAPIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE PASO

Hasta ahora he tratado de demostrar que la imposibilidad de usucapir servidumbres discontinuas en el Derecho Civil Común Español obedece más a razones de política legislativa que a una verdadera imposibilidad técnica de que dicha figura se pueda dar en el ámbito de las servidumbres discontinuas.

Sin embargo, esta solución en muchos casos no será satisfactoria en situaciones en las que una persona haya estado pasando por la finca vecina durante un tiempo muy largo. De un día a otro y sin razón aparente puede haber perdido su «derecho» a utilizar el paso que había estado usando anteriormente. Y como hemos visto, por la vía de intentar la usucapión de la servidumbre de paso, poco se podrá tutelar el derecho a seguir pasando. Una pretensión judicial de reconocimiento de su servidumbre de paso, en el ámbito del derecho Civil Común está condenada a no ser aceptada, lo que junto con la pérdida del uso del paso le puede conllevar un perjuicio económico al perder, potencialmente, valor su finca.

Esta situación, en determinadas ocasiones, puede dar un resultado que pueda parecer injusto para quien durante largo tiempo ha estado pasando por la finca ajena. Y más si comparamos la situación con aquel que durante el mismo tiempo ha estado poseyendo otro derecho real, como la propiedad, un usufructo, un derecho de superficie, etc., y al que nuestro ordenamiento sí protege concediéndole la posibilidad de adquirir usucapiendo dicho derecho.

Por ello, en la segunda parte de este trabajo, vamos a intentar buscar soluciones alternativas que posibiliten un cierto margen de actuación a la persona que quiere seguir pasando. Como veremos y adelantamos de esta manera alguna conclusión de la que se puede obtener de este estudio, dichas soluciones no tratan de igualarse con el resultado que se obtendría de ser posible la usucapión del derecho de paso. Como han propugnado muchos autores en nuestro derecho, quizá fuese conveniente una reforma en este ámbito del Derecho Civil Común remitiendo la usucapión de las servidumbres al régimen común de usucapión de los demás derechos reales, y siendo estrictos con el cumplimiento de los requisitos exigidos para poder obtener de este modo la propiedad, podría solucionarse el problema.

Pero mientras dicha reforma no se produce y nuestro ordenamiento mantiene la imposibilidad de usucapir las servidumbres de paso, vamos a intentar buscar soluciones alternativas, en el ámbito

de nuestro ordenamiento, que permitan una protección, aunque sea parcial en el tiempo o aunque aporten a quien pasa por la finca ajena un derecho menos sólido que la servidumbre de paso y que en algunos casos será de carácter personal. Será mejor una protección menor que un desamparo absoluto de su posición jurídica.

Cuatro son las soluciones alternativas que vamos a plantear en este trabajo. Tampoco es nuestra intención agotar todas las vías posibles, sino estudiar aquellas que nos parecen que pueden ofrecer una mejor solución al problema sin «forzar» demasiado las reglas y los soportes interpretativos de nuestro sistema jurídico. No todas ellas conducen a una misma situación jurídica de quien pasa por la finca ajena. Algunas de ellas pretenden colocarlo en una posición de titular de un derecho de naturaleza real y por tanto, oponible a terceros y con acceso al registro de la propiedad. Otras, por el contrario, darán lugar a un derecho de carácter personal y sólo oponible al titular actual de la finca en la que se ejercita el paso, pero no frente a terceros adquirentes de la finca.

Estas son las soluciones que nos disponemos a desarrollar:

1. La utilización del principio general de utilización de los derechos conforme a la buena fe recogido en el artículo 7 del CC en un doble ámbito. Por un lado, en el marco del artículo 7.1, la posible aplicación de la teoría de los actos propios al cambio de actitud por parte del titular del derecho de propiedad sobre la finca en la que se ejercita el paso y que causa un perjuicio al que hasta el momento lo estaba utilizando. Por otro lado, la aplicación de la institución del abuso del derecho recogida en el artículo 7.2 del Código, con la posibilidad del pago de una indemnización por el daño causado y la adopción de medidas para impedir en el futuro la nueva utilización abusiva de derecho. La consecuencia de esta solución puede ser la configuración del derecho de paso como derecho en favor de una persona y no de una finca. Se convertiría el derecho de paso en una servidumbre personal, con las características y limitaciones que doctrinal, jurisprudencial y legalmente le son atribuidas.

2. La adquisición por medio de usucapión de la titularidad no de la servidumbre de paso, sino de la propiedad sobre la franja de terreno sobre la que se ejercita el paso o al menos de un derecho de superficie sobre la misma porción de terreno. En su defecto, la posibilidad de establecer una copropiedad sobre dicha franja de terreno y una cotitularidad respecto del derecho de superficie. Solución que ha sido adoptada por la jurisprudencia francesa.

3. Aplicación analógica de la teoría de la accesión invertida al ámbito de la adquisición del terreno por la que se ejercita el paso.

Desde una perspectiva del análisis económico del derecho proteger el mayor beneficio que se produce a la finca «dominante» que el perjuicio a la finca por la que se ejercita el paso («sirviente»).

4. Alegar la prescripción extintiva de la acción negatoria de servidumbre utilizada por el titular de la finca por la que se ejercita el paso cuando la utilización del mismo se venga produciendo desde un tiempo suficiente para que ésta pueda ser alegada. De este modo, aunque no se reconozca el derecho propio, se impide el ejercicio del derecho ajeno.

Somos conscientes que estas soluciones no conducen a situaciones absolutamente satisfactorias y que todas ellas son criticables. Por ello, en las páginas siguientes vamos no sólo a presentar las posibles ventajas que estas soluciones pueden aportar a la posición jurídica de quien venía ejercitando el paso por finca ajena, sino que pretendemos también realizar una crítica a estas posibles soluciones que nosotros mismos proponemos. Al fin y al cabo, la meta de un trabajo de este tipo no es otro que el de reflexionar sobre el derecho y las posibilidades que nuestro ordenamiento ofrece para encontrar equilibrio en aquellas situaciones en las que aparecen intereses encontrados y ambos dignos de protección.

Ya hemos visto como ante la pregunta de si una servidumbre de paso se puede adquirir por usucapión la respuesta constante de los Tribunales es negativa. Quizá sea hora de comenzar a preguntar otras cosas, como si en dicha situación, dándose determinados requisitos puede existir un abuso de derecho o una actuación contra los actos propios; si se puede haber adquirido por usucapión otro derecho diferente a la servidumbre; si existiría identidad de razón entre la posición del poseedor que adquiere por accesión invertida y el poseedor del derecho de paso. Quizá realizando la pregunta oportuna obtengamos una respuesta que para algunos supuestos pueda acercarse algo más a un equilibrio de las posiciones encontradas. No es otro nuestro propósito.

1. LA NEGACIÓN DEL PASO Y EL ARTÍCULO 7 DEL CC

La redacción actual del artículo 7 del CC procede de la reforma realizada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se modificó el título preliminar de nuestra principal Ley Civil. Por su sistemática colocación, dentro del capítulo dedicado a la eficacia general de las normas jurídicas, el artículo 7 y las instituciones en él contenidas (eficacia de las normas de acuerdo al principio de buena fe y la utilización abusiva del derecho) están configuradas como auténticos límites al ejercicio de los derechos.

Dos son, en función de la estructura del artículo, los ámbitos en los que se manifiestan estos límites al ejercicio de los derechos. Por un lado, un principio general, contenido en el párrafo primero del artículo 7 según el cual *Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*. Principio que por ser general, goza de una amplia indeterminación que deberá ser concretada en cada caso por el juez a la hora de determinar la eficacia y por tanto los límites de un determinado derecho, pero siempre atendiendo a las circunstancias en la que éste se ejercita. De modo que no será fácil hablar de límites determinados para tal o cual derecho sino que caso por caso (lo que sin duda puede suponer un cierto grado de desazón o incertidumbre jurídica –por otro lado siempre necesaria para que el derecho intente alcanzar su fin último–) habrá que establecer las fronteras de ejercicio de un determinado derecho en una situación concreta.

Como manifestación concreta de este principio general de eficacia del ejercicio de los derechos se ha desarrollado la llamada «doctrina de los actos propios», que en el supuesto que estamos estudiando puede tener una aplicación directa. Pues quien ha estado permitiendo el paso durante un tiempo considerable y posteriormente cambia, ejercitando su derecho de protección de la finca propia, es indudable que ha modificado la actuación que hasta dicho momento había estado practicando respecto de la persona que utilizaba su finca para pasar.

La otra institución recogida en el artículo 7 es la conocida con el nombre de abuso del Derecho. A este respecto, el artículo 7 no sólo la recoge como límite del ejercicio del derecho, sino que especifica cuáles serán las consecuencias jurídicas de dicho ejercicio. Así el artículo 7.2 dice: *La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realiza sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*

De nuevo no será difícil pensar en que el dueño de la finca «sirviente», utilizando su derecho de utilización exclusiva de la finca en su propio beneficio, y dándose determinadas circunstancias que posteriormente analizaremos, pudiera estar usando abusivamente de su derecho.

Al análisis de estas posibilidades y la compatibilidad o incompatibilidad entre ellas vamos a dedicar las próximas páginas.

A) LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS APLICADA A LA PRETENSIÓN DE UNA ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO

Antes de utilizar la teoría de los actos propios como herramienta para paralizar una pretensión negatoria del paso que realiza el vecino por la finca propia parece necesario hacer una breve aproximación sobre qué es y qué significa la doctrina de los actos propios.

Como ya expuso Díez Picazo en la monografía que fue publicada en 1963³⁴, pocas veces un recurso que había sido utilizado con tanta frecuencia, había sido tan poco estudiado y había sido empleado, jurisprudencialmente, de un modo tan desordenado. El principio nace del brocardo *adversus facum suum quis venire non potest* y aunque inspirado en fuentes romanas parece que su nacimiento se debe más a los glosadores que al propio derecho romano³⁵. Estos glosadores extrajeron una serie de reglas básicas en las que se resumía de modo claro una serie de ideas que estaban en la base del ordenamiento romano. Una de estas ideas era la de actuar en derecho conforme a la buena fe y una de las manifestaciones de esta regla es la de no cambiar, injustificadamente, de comportamiento, defraudando de este modo la confianza que otras personas habían depositado en la manera habitual de proceder.

Pero esta figura no es monopolio de las legislaciones de origen latino. Tanto en Inglaterra como en Alemania existen figuras afines a la doctrina de los actos propios. En Inglaterra existe la figura del Estoppel y en Alemania la del *Verwirkung*, ambas extensa y perfectamente estudiadas en la monografía del Profesor Díez Picazo.

Este dato nos pone de manifiesto la universalidad de este principio que no es sino reflejo del profundo sentido de justicia que se encierra en él.

Pero debido a la generalidad de su formulación existe el riesgo, del que no es fácil huir, de su aplicación desmedida y hasta cierto punto caótica, utilizándolo en supuestos en los que no es necesario por existir una regulación propia que resuelve el conflicto planteado. Díez Picazo hace mención especial de cómo la Jurisprudencia española había utilizado en numerosas ocasiones el principio de los actos propios para solucionar problemas debidos al incumplimiento

³⁴ DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963. No es frecuente encontrar una monografía que haya supuesto un antes y un después en relación con una determinada institución. Es esta una de ellas. Díez Picazo analiza en ella, pormenorizadamente, toda la institución de los actos propios, desde sus orígenes hasta su fundamento o naturaleza jurídica. Pero lo hace no desde una perspectiva puramente doctrinal o teórica, sino extrayendo las conclusiones del análisis de una compleja y completa jurisprudencia.

³⁵ DÍEZ PICAZO, *La doctrina...*, *opus cit.*, pp. 21 ss.

de determinados compromisos adquiridos previamente en la formación de un negocio, por ejemplo de origen contractual.

Para no caer en la utilización arbitraria y excesiva de este principio, lo que originaría sin duda un alto grado de inseguridad jurídica, vamos a tratar de ceñirnos a él utilizando los criterios que según el profesor Díez Picazo son necesarios para su aplicación y que son ³⁶:

«1.º Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz.

2.º Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.

3.º Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

4.º Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos.»

Queremos resaltar que a pesar de que la doctrina de los propios actos se inscribe como una manifestación especial del principio de la buena fe y que ello podría dar lugar, mediante un mecanismo mental incorrecto, a pensar en la intención sana o insana del que cambia de comportamiento ³⁷, es decir, en si su intención es causar un mal o no a quien viene ejercitando el paso, nada más lejos de la realidad. Según la formulación realizada por Díez Picazo y hoy aceptada unánimemente, la doctrina de los actos propios está ligada íntimamente a la apariencia que un determinado comportamiento provoca en otra persona y cuando se cambia dicho comportamiento lo que se protege es la apariencia que formalmente se ha configurado y esto se hace de un modo objetivo, es decir, sin tener en cuenta la intención con la que actuó la persona cuyo comportamiento cambió ³⁸.

³⁶ Díez PICAZO, *La doctrina...*, *opus cit.*, pp. 194 ss.

³⁷ Mucho más en el ámbito de un trabajo sobre usucapión en donde la buena o mala fe del poseedor sí se identifica con el conocimiento que dicha persona tiene de su derecho a poseer o no.

³⁸ Esta nota de objetividad ha sido claramente puesta de manifiesto en la monografía tantas veces citada del Profesor Díez Picazo. Igualmente, y en relación a un supuesto en el que se resolvía un litigio sobre una servidumbre de paso puede verse el trabajo de CADARSO PALAU, J., «Actos propios y renuncia de derechos», *Poder Judicial*, núm. 9, 1988, p. 73, en el que, con razón a mi modo de ver, critica la yuxtaposición de dos argumentos –la existencia de una renuncia tácita previa y la actuación en contra de los actos previamente realizados– en la resolución de un litigio. Si hay renuncia tácita no es necesario alegar actos propios, porque el derecho se perdió por la renuncia, que es un acto de voluntad y no con los actos propios, que es una apariencia objetiva.

Sentadas las bases sobre las que actúa la doctrina de los actos propios podemos referirla directamente al supuesto que es la base de nuestro estudio. Para ello vamos a ir analizando si realmente se dan cada uno de los presupuestos que son necesarios.

- a) *Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz*

Lo primero que nos deberíamos plantear es si el paso continuado sobre finca ajena se puede considerar como una situación jurídica o no. No es fácil definir un concepto como *situación jurídica*, pero por oposición a otro concepto como es situación de hecho, podemos pensar que una situación jurídica es aquella de la que se desprenden consecuencias jurídicas que les son permitidas exigir a las personas que participan en dicha situación. Realmente no es fácil encontrar una situación en la que participe la actividad humana y que directa o indirectamente no tengan unas consecuencias, mayores o menores en el ámbito jurídico estatal³⁹. Por ello, la mayoría de las actuaciones humanas deben encuadrarse dentro de las actuaciones jurídicas. En nuestro caso no cabe duda que el paso por finca ajena produce automáticamente la posibilidad de nacimiento de determinadas pretensiones jurídicas. Por parte del propietario de la finca invadida será posible la interposición de interdictos, la solicitud del pago de indemnizaciones por los daños ocasionados por el paso de otra persona, la interposición de una acción negatoria de servidumbre, etc. Ello nos lleva a pensar sin duda que realmente la situación creada por el paso de una persona se trata de una situación jurídica.

Además es necesario que en dicha situación jurídica, una parte, la que posteriormente realiza la pretensión, haya actuado de tal forma que su comportamiento pueda ser calificado de jurídicamente relevante y eficaz. Pues bien, en el caso de que una persona permita el paso de otra por su propia finca no nos puede haber duda de que existe un comportamiento que es jurídicamente relevante. Y lo es no porque automáticamente coloque a la persona que utiliza el terreno para pasar en una situación que le permita la obtención directa de su derecho de paso. Ya hemos demostrado cómo nuestro ordenamiento civil, por razones no técnicas, no permite la adquisi-

³⁹ Es posible que determinadas actuaciones no tengan ninguna trascendencia jurídica estatal pero sí la tengan en otro ámbito como por ejemplo el hecho de ser bautizado, para la Iglesia Católica.

ción del paso a través de la usucapión de la servidumbre. La inactividad (junto con la posesión de otra persona) sería la causa directa de la adquisición de la titularidad de determinados derechos, pero no de la servidumbre de paso. Pero sí que sería jurídicamente relevante el comportamiento (en este caso la inactividad) a la hora de crear una apariencia jurídica, que permita a la persona que ejercita el paso –ante la petición del cese del paso por parte del dueño de la finca «sirviente»– alegar que éste está actuando en contra de la apariencia que él mismo ha creado o al menos ha contribuido a crear.

Por otro lado, no cabe la menor duda que la ausencia de actividad –el no reaccionar ante el paso del vecino– puede constituir en sí misma un comportamiento que conlleva determinadas consecuencias jurídicas.

Ahora bien, para que dicho comportamiento fuera jurídicamente relevante, como hemos dicho antes, debe haber creado, objetivamente, una situación jurídica que permita a quien ejercita el paso pensar que dicha situación no va a cambiar. Y en la creación de dicha apariencia jurídica juega un papel fundamental el tiempo. No olvidemos que *paso de tiempo* y creación de apariencia jurídica son bases sobre las que se asienta la figura de la usucapión. De modo que quien permite esporádicamente o durante un período de tiempo limitado o corto el paso a otra persona por su finca, no está creando una situación jurídica que objetivamente pueda llevar a pensar a esta persona que ha adquirido algún tipo de derecho. Igualmente, aunque el paso sea regular y se haga durante un período largo de tiempo, si el dueño de la finca ha dejado claro que dicho paso se produce simplemente por su aquiescencia y que en cualquier momento, como dueño soberano de la situación que ha creado, puede revocarla, tampoco se habrá creado una apariencia jurídica que permita a quien pasa creerse tenedor de ningún derecho.

Sólo cuando el paso se haya producido por un tiempo largo y quien pase, debido a la situación objetivamente creada, se considere con derecho a pasar por la finca ajena, sería aplicable la doctrina de los actos propios. Es decir, sólo cuando del conjunto de comportamientos que se dan en esa determinada situación jurídica se pueda objetivamente concluir que se da una situación con un cierto grado de tendencia a la permanencia, lo que excluye la posibilidad de cambio unilateral de la misma.

Y estas condiciones de objetividad se podrían encontrar en el cumplimiento de los requisitos que son exigidos para obtener por usucapión el resto de servidumbres que son adquiribles por esta

vía. De modo que si se ha estado utilizando el paso durante más de veinte años, sin que haya existido oposición por parte del titular de la finca, se habrá creado una apariencia jurídica que es posible que sea defendida.

Otro criterio para intentar determinar si la situación jurídica creada es objetivamente suficiente para hacer creer a quien está pasando que ha adquirido un derecho a ello sería la de preguntarse si otra persona media, en su misma situación, se creería con ese mismo derecho a ejercitar el paso. Para ello, además del tiempo será necesario que el comportamiento del propietario pudiera haber creado en la persona que ejercita el paso algún tipo de expectativa sobre la continuidad del mismo. No bastará una expectativa ficticia sino que se deberá objetivar dicha esperanza de acuerdo a un comportamiento medio normal.

Igualmente, en la creación de una apariencia jurídica será decisivo el comportamiento de la persona que viene ejercitando el paso. Si lo hace con asiduidad y con la confianza de que no se lo van a impedir (sería un comportamiento parecido a lo que en el ámbito de la usucapión conocemos como «posesión en concepto de dueño») será más fácil demostrar la creación de dicha apariencia.

Contrariamente a lo que ocurre con la usucapión, la apariencia jurídica de la que aquí se habla debe darse sólo entre el dueño de la finca y quien ejercita el paso por ella. La apariencia frente a terceras personas no es relevante desde este punto de vista.

- b) *Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión*

Por la propia naturaleza de la doctrina de los actos propios, en la que es necesario un comportamiento previo y un cambio de orientación por medio de una pretensión posterior, debe ser alegada como respuesta a una pretensión previa. Por ello no será posible una demanda basada en la doctrina de los actos propios, sino que se utilizará siempre por vía de excepción o de réplica, en el caso de ser utilizada por el demandante.

Cabría preguntarse si ante una reclamación extrajudicial (por ejemplo, notarial) en el que el dueño de la finca solicitase que se cesase de modo inmediato el paso sobre ella sería posible, contrariamente a lo que acabamos de exponer en el párrafo precedente, una demanda en la que, basándose en la apariencia creada por

quien realiza la reclamación extrajudicial, se solicite el amparo judicial para poder seguir pasando por la finca.

En nuestra opinión no parece que quien realiza una reclamación extrajudicial esté realmente ejercitando una pretensión en el sentido más preciso del término. Para que pueda ser considerada pretensión debe ser una actuación con vocación de *decisiva*, y éstas sólo lo son las de carácter judicial. Por ello, mantenemos la imposibilidad de alegar la doctrina de los actos propios en el ámbito de una pretensión extrajudicial.

Lo normal será, en el supuesto que analizamos, que el dueño de la finca ejercite una acción negatoria de servidumbre ante la que, quien ejercite el paso, dándose las circunstancias objetivas previamente señaladas, podrá oponer por vía de excepción el comportamiento del demandante que le ha hecho confiar en su derecho a ejercitar el paso tal y como lo ha venido realizando.

- c) *Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior*

Es este el elemento esencial de la doctrina de los actos propios. Es esencial que según el sentido de la buena fe exista una incompatibilidad objetiva entre la conducta anterior y la pretensión que se intenta. En nuestro caso sería que entre la demanda presentada por el dueño de la finca solicitando la negación del paso a otra persona y la conducta anterior mediante la que le había permitido el paso exista incompatibilidad objetiva atendiendo a un criterio de buena fe.

Analicemos más detenidamente este supuesto. La contradicción se debe dar en el comportamiento de quien presenta la demanda, no en la situación fáctica o litigiosa creada. Es decir, siempre que se presenta una demanda solicitando la negación del paso se producirá un conflicto entre quien quiere pasar y quien no lo quiere permitir. Pero sólo habrá contradicción con una actitud previa si quien quiere impedir ahora el paso lo había permitido previamente. Por tanto será siempre necesario que el dueño de la finca haya permitido, de algún modo, el paso por la misma.

Igualmente será necesario que dicha permisibilidad, como anteriormente hemos apuntado, tenga un doble carácter de permanencia. Por un lado debe ser permanente en el sentido de que el dueño de la finca no deje claro que se trata de una situación puramente transitoria y dependiente de su exclusiva voluntad. Bien porque lo haya dicho, o bien porque de las circunstancias

propias de la relación, quien pasa supiera que el derecho a pasar pende de la buena voluntad del dueño, y por tanto no podría alegar que objetivamente –objetivamente entre el dueño y quien pasa– se ha establecido un derecho de paso de carácter permanente. Dicha manifestación de la precariedad del paso deberá haberse realizado previamente o en un tiempo cercano al inicio del paso, pues de lo contrario podría ser contradictoria con la apariencia ya creada.

Por otro lado, el paso de un transcurso largo de tiempo facilitará la creación de dicha apariencia por lo que cuanto más lejana sea la utilización del paso por parte de quien no es dueño de la finca, y siempre que no existan manifestaciones claras –que no tienen por qué ser expresas– por parte del dueño de la finca de que se trata simplemente de una mera tolerancia, más fácil será probar que se ha creado una situación fáctica de la que se deben desprender unas determinadas consecuencia jurídicas presididas por el principio de la buena fe.

- d) *Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos*

Como ya hemos dicho, la apariencia creada por el comportamiento anterior ha debido provocar una confianza en otro sujeto, de modo que el cambio del comportamiento le suponga a este otro sujeto algún tipo de perjuicio o molestia. Y esta apariencia, volvemos a repetir, debe darse, por lo menos entre estos dos sujetos, como mínimo imprescindible para poder ser alegada la doctrina de los actos propios⁴⁰.

Pero en ocasiones, la situación creada por determinados comportamientos de personas concretas, pueden ser transferidas a otras personas por distintas vías. Así, en nuestro caso, el dueño de la finca por la que se está ejercitando el derecho de paso puede transmitir dicha finca ínter vivos o mortis causa. La misma situación puede darse con el dueño de la finca vecina que utiliza el paso por la finca ajena.

⁴⁰ DÍEZ PICAZO, *La doctrina...*, opus cit., p. 206: *La conducta vinculante, es decir, la que pone en marcha la regla que estudiamos, tiene que haber sido observada frente a los interesados en la situación jurídica de que en cada caso se trata. No se pueden esgrimir como actos propios vinculantes, a los cuales no es posible contradecir, conductas observadas frente a personas distintas de aquellas que están interesadas en la concreta situación jurídica o conductas que han sido observadas en círculos de intereses diversos.*

Pues bien, mientras que no se produzca transmisiones de las fincas, y se hayan dado los demás requisitos para, ante una determinada pretensión, paralizarla utilizando la doctrina de los actos propios, al ser los sujetos los creadores de la apariencia jurídica, no existirá ningún problema en la aplicación de la teoría.

Pero el problema se plantea con las transmisiones. Si son a título sucesorio, transmisiones mortis causa, parece más fácil defender que los herederos se colocan en la posición que tenía su causante, ya fuera el dueño de la finca, ya quien ejercita el paso, y que por tanto se encontrarían en las mismas condiciones que ellos. Y ello a pesar de que la apariencia jurídica creada lo hubiese sido por su antecesor. Así lo mantiene Díez-Picazo a quien, sin embargo, desde un punto de vista dogmático le parece difícilmente defendible ⁴¹.

Pero si ya nos parece difícil justificar la asunción del comportamiento del causante como propio del heredero, mucho más difícil nos parece que el causante a título particular, es decir, quien ha adquirido por vía de compraventa, por ejemplo, quede vinculado por los actos de su causante. Se pueden presentar, en nuestro supuesto, dos casos diferentes.

a) Que sea el dueño de la finca por la que se ejercita el paso el que la transmita a otra persona. ¿Quedaría ésta vinculada por la actuación de su causante y tendrá que soportar el paso que hasta ese momento venía realizando el poseedor de la finca vecina por su finca? En caso de interponer una reclamación solicitando el cese del paso, ¿podría alegarse la doctrina de los actos propios en virtud de la apariencia que objetivamente se había creado con el comportamiento mantenido por el anterior titular?

⁴¹ Díez PICAZO, *La doctrina...*, opus cit., p. 233. *Desde el punto de vista dogmático la imposibilidad de que el heredero venga, por decirlo así, contra los actos de su causante encuentra una difícil explicación. Sabemos que la conducta contradictoria no acarrea la pérdida del derecho o de la facultad, de que en cada caso se trate, que por tanto viene transmitida al heredero con el complejo as hereditario; se trata únicamente, decíamos, de una imposibilidad de ejercitar este derecho o, mejor, de una inadmisibilidad de su ejercicio, en virtud de la responsabilidad derivada del hecho de no haber observado una conducta coherente. Para admitir el paso de esta responsabilidad al heredero, exigida por las normas generales que imponen la protección de la confianza suscitada en el tráfico, tendríamos que admitir que en el traspaso sucesorio los derechos se transmiten conformados con el sentido que a su ejercicio ha dado el titular anterior con su conducta, lo que, en pura dogmática, no deja de resultar difícil. Conviene, sin embargo, pensar que uno de los fundamentos claves de todo el Derecho Sucesorio es una idea de continuidad. Hay, por decirlo así, una exigencia social de continuidad de la vida jurídica; continuidad no sólo de los negocios, de los tratos, de las relaciones y de las situaciones, sino también continuidad del sentido atribuido o atribuible a estos negocios y a esas situaciones. Es por esto por lo que, al devenir titular de unos derechos, el heredero queda vinculado por el sentido que al ejercicio de estos derechos había atribuido el causante, de tal manera que un acto de ejercicio, contradictorio con este sentido, debe ser tenido como inadmisibile.*

Parece difícil encontrar algún mecanismo jurídico que imponga al nuevo titular la asunción del comportamiento del titular anterior. Y ante una reclamación temprana desde que él es titular de la finca parece poco viable defender que ha tenido alguna colaboración en la creación de dicha apariencia jurídica.

Pero por otro lado, el hecho de la transmisión de la finca a una tercera persona afectaría de este modo, de una manera definitiva, a quien ha venido ejercitando el paso, sin que tenga la más mínima posibilidad de defender un derecho de paso que sí podría haber hecho valer frente al titular anterior⁴².

Pero por injusta que nos pueda parecer la solución para quien ejercita el paso, somos partidarios de no ligar al causahabiente a título particular a los modos de comportamiento de su causante, de modo que nos parece legítimo que pueda interponer una pretensión negando el paso, sin que en dicho caso sea alegable la doctrina de los actos propios.

b) Que sea quien ejercita el paso por la finca ajena el que transmita la finca vecina a otra persona y ésta prosiga, como lo venía haciendo su causante, utilizando la ajena para efectuar el paso. ¿Podrá alegar ante una pretensión denegatoria de paso el comportamiento mantenido por el titular de la finca «sirviente» frente a su causante?

Creemos que será difícil que prospere una excepción basada en la doctrina de los actos propios frente a la pretensión de la negación de paso, puesto que en principio, el comportamiento mantenido por el titular de la finca por la que se ejercita el paso afecta tan sólo al causante que ha transmitido y no a las demás personas.

De modo que si el causante había transmitido su finca asegurando el paso por la finca ajena, lo único que le queda al causahabiente, adquirente de la finca, es, en caso de negación de paso por el dueño de la otra finca, reclamar al transmitente por vía de incumplimiento contractual. Pero no podrá alegar en su favor el comportamiento que hubiese tenido el titular de la finca en la que se efectúa el paso frente a su transmitente.

La jurisprudencia (hasta el año 1963, según la obra de Díez Picazo) había tratado el tema de la utilización de la doctrina de los actos propios en el ámbito de las servidumbres en la STS

⁴² Esta situación ya se ha planteado y resuelto en nuestro ordenamiento respecto de la usucapión consumada o que le falta menos de un año para consumarse y el nuevo adquirente que tenga la condición de tercero hipotecario y el artículo 36 de la Ley hipotecaria opta por la defensa de los intereses del tercero hipotecario, pero limitando dicha defensa por un período de tiempo de un año.

de 17 de enero de 1891⁴³ y su considerando al respecto decía: *si también se alega el error de derecho, pretende fundarlo en la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos, cuya doctrina, además de no referirse cual debiera a la apreciación de la prueba, carece de aplicación bajo cualquier otro concepto al caso actual, porque el acto atribuido al demandante, reducido a que dejó de ejercitar sus derechos dominicales por espacio de algunos meses, ni le obligaba a dejar de ejercitarlos, ni puede impedirse su ejercicio ínterin que las acciones que le competen para su defensa no hayan prescrito.*

Parece desprenderse de esta sentencia que el ejercicio tardío de un derecho, habiendo creado una situación objetiva que cree confianza en la otra parte, carece de trascendencia en tanto en cuanto no haya pasado el período de prescripción de la acción. Sin embargo, en la materia que nos ocupa es o puede ser dudoso que no existiendo posibilidad de usucapir la servidumbre de paso, el dueño de la finca por la que se ejercita el paso pueda perder por prescripción la acción negatoria que le es concedida para evitar el paso. Y ello porque pensar lo contrario nos llevaría a aceptar una situación en la que ni el dueño pudiese impedir el paso por haber prescrito su acción negatoria, ni quien pasa podrá alegar su derecho al paso al ser imposible su usucapición⁴⁴. Por ello nos parece acertado el criterio del paso de un tiempo de veinte años (tiempo de prescripción adquisitiva de las servidumbres) para pensar que objetivamente se ha creado una situación que puede hacer confiar a quien ejercita el paso que ha adquirido su derecho a hacerlo.

En el fondo lo que nos interesaría es saber la postura que adoptará el Tribunal Supremo ante el ejercicio tardío de un derecho que no ha prescrito pero cuyo goce por otra persona ha sido consentido por el titular del mismo. Que sepamos, el Tribunal no se ha pronunciado sobre este extremo. Un caso parecido, aunque no idéntico, fue resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 24 de enero de 1994⁴⁵, en la que se negó la aplicación de la doctrina de los actos propios a una pretensión en la que se alegaba prescripción de paso, pero no sobre un camino privado sino público. La base de la negación de la aplicación de la teoría de los actos propios es la imposibilidad de aplicarlas contra normas imperati-

⁴³ Citada en el libro de DíEZ-PICAZO, *La doctrina...*, *opus cit.*, p. 274, con el núm. 25.

⁴⁴ A ese tema le dedicaremos un estudio específico posteriormente.

⁴⁵ *Aranzadi Civil* 1994/74. Por una razón parecida se niega la aplicación de la teoría de los actos propios en la STS de 15 de abril de 1988, ref. 3150, en la que se firma un pacto de usufructo por período superior al legalmente permitido.

vas, como es la imposibilidad de prescribir bienes de carácter público.

Una última cuestión referente a la aplicación de la doctrina de los actos propios a situaciones en las que el paso por finca ajena se ha producido durante un largo período de tiempo sin oposición del titular de la finca. Suponiendo que ante una demanda que pretenda impedir el paso por la finca se hubiese interpuesto una excepción alegando la doctrina de los actos propios y el Juez hubiese admitido esta última, ¿qué consecuencias jurídicas debían ser adoptadas en la sentencia? Díez-Picazo⁴⁶ afirma que la consecuencia directa de la aplicación de la doctrina de los actos propios es el rechazo de la demanda interpuesta. Desde un punto de vista procesal parece lógica dicha consecuencia. Pero desde un punto de vista material ¿cómo se traduce dicho rechazo?

Desde el punto de vista del dueño de la finca no se trata de una pérdida de derecho absoluto, de modo que si otra persona comienza a pasar por su finca, estará en pleno uso de su derecho de impedirle el paso. Será sólo respecto de la persona a la que había demandado y cuya demanda ha sido rechazada que su derecho habrá perdido fuerza.

Desde el punto de vista de la persona que realiza el paso, por lógica, al no estar permitido al dueño el impedirle el paso, a ella le estará permitido ejercitar dicho derecho. Pero ¿cómo se configura dicho derecho? ¿Se trata de un derecho personal? ¿Se trata de un derecho real?

En nuestra opinión, la sentencia, limitada como está por el principio de congruencia, debería aclarar dicho extremo. Pero pensamos que será raro que por medio de la aplicación de la teoría de los actos propios pudiese nacer un derecho real, sobre todo por la trascendencia *erga omnes* y por la duración a perpetuidad que tendría la concesión de un derecho de este tipo. De configurarse como un derecho real de paso tendría acceso al registro de la propiedad, con lo que afectaría a los siguientes titulares de las fincas implicadas, lo que parece excesivo, ya que el nacimiento del derecho de paso tiene lugar como consecuencia de una apariencia de derecho creada entre dos personas en concreto.

Por el contrario, parece más lógico que el derecho de paso concedido a través de la aplicación de la doctrina de los actos propios se configure como un derecho personal, no transferible *inter vivos* e incluso podría dotarse al mismo de un carácter personalísimo,

⁴⁶ Díez-Picazo, *La doctrina...*, *opus cit.*, p. 248.

según los casos, para evitar la transmisión del mismo vía mortis causa.

A esta solución se le podrían realizar dos críticas.

La primera de carácter procesal. Aunque hayamos realizado este análisis de las potenciales consecuencias que tendría la admisión de la teoría de los actos propios, sin embargo, y en aras de la utilización correcta del derecho, creo que no sería posible que una sentencia en la que se admitiese que un determinado comportamiento va contra los actos propios pudiese contener ninguna de estas soluciones. Y ello, porque la alegación de los actos propios se hace como excepción a una pretensión y por ello, el juez, se encuentra limitado a negar el derecho solicitado, sin que pueda, sin caer en la incongruencia, dar más de lo solicitado. Por otro lado, tampoco quien está ejercitando el paso podrá solicitar al juez la configuración de su derecho de alguna de las formas analizadas, salvo que tenga un título que justifique su posesión, lo cual nos aleja de la hipótesis que estamos estudiando.

La segunda crítica sería la siguiente: El Código civil, en su artículo 539, impide la adquisición por el uso de las servidumbres discontinuas. Aplicando la teoría de los actos propios estamos protegiendo un interés que el Código no considera digno de dicha protección. Estamos pues, contradiciendo al legislador.

Esta misma crítica se la planteó Puig Brutau en su estudio de derecho comparado al analizar la figura del *estoppel* contraponiéndola a la regulación de la prescripción extintiva. Se planteaba este autor que si el Código establecía un período determinado para que determinados derechos fuesen exigidos, ¿cómo sería posible impedir dicha utilización en un periodo inferior al fijado en orden a la protección de la buena fe y la utilización de la acción, extemporáneamente según dicho criterio, pero dentro del plazo legalmente establecido? Según Puig Brutau ⁴⁷ *No se nos oculta que la aplicación de la doctrina de los actos propios al supuesto de una inactividad transitoria, puede parecer improcedente a quienes crean que sólo el transcurso del plazo de prescripción extintiva puede determinar la pérdida de una acción y del derecho consiguiente. Nosotros estimamos, no obstante, que en este punto los juristas continentales pueden sacar provecho del estudio de la fecunda coexistencia, en el sistema anglosajón, de los statutes of limitations con la doctrina del estoppel o laches, que permite buscar el equilibrio entre los dos factores opuestos y, a la vez, necesarios de segu-*

⁴⁷ PUIG BRUTAU, J., *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona 1951, p. 122.

ridad jurídica y de justicia intrínseca en cada caso. Los primeros, en efecto, imponen soluciones uniformes a varios casos, sin consideración a sus particularidades únicas; en cambio, la doctrina del estoppel atiende a todas las circunstancias del caso para individualizar la sentencia cuando lo exija la justicia elemental o una consideración de orden público.

Aplicando esta idea a nuestra materia, no sería incompatible la regulación establecida de modo general en el Código civil, evitando la adquisición por usucapión de las servidumbres discontinuas con la aplicación de la doctrina de los actos propios para proteger la posición de quien ha realizado el paso por la finca ajena durante un período largo de tiempo y se cree con derecho a realizar el paso, entre otras cosas, gracias a la actitud adoptada por el titular de la finca «sirviente». Será el juez, en cada caso, quien determine el peso específico que debe dar a cada una de estas soluciones.

B) LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO APLICADA A LA PRETENSIÓN DE UNA ACCIÓN NEGATORIA DE UNA SERVIDUMBRE DE PASO

El artículo 7.2 del CC recoge, tras la reforma realizada en mayo del año 1974, la figura del llamado abuso del derecho. La plasmación legislativa de este principio fue fruto de un largo proceso iniciado por los estudios doctrinales de principio del siglo xx⁴⁸, proseguido por la admisión y utilización del mismo por la jurisprudencia⁴⁹, aun recordando el principio según el cual *nullus videtur dolo facere qui ure sou utitur*, es decir que quien usa su derecho no puede ser responsable del daño causado a otra persona o sobre otra cosa, y cuya culminación fue la consagración de la figura en el título preliminar de nuestro Código civil⁵⁰.

La utilización del abuso del derecho como doctrina gracias a la que resolver determinados comportamientos cometidos por los titulares de los derechos ejercitados se ha tropezado con no pocos

⁴⁸ JOSSEMAND, *De l'abus des droits*. París, 1905; CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, 1917; JOSSEMAND, *L'esprit des lois et leur relativité*, París, 1927.

⁴⁹ Notablemente la STS 14 de febrero de 1944, convertida en una cita clásica y un punto referente en la teoría del abuso del derecho.

⁵⁰ Sobre la evolución necesaria para que dicho principio fuese aceptado en la redacción que del título preliminar se realizó en el año 1974 puede consultarse el trabajo de CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «El abuso del derecho en el nuevo título preliminar del CC», publicado por la Academia Matritense del Notariado en los Estudios realizados sobre *El título preliminar del CC*, en el tomo I, pp. 470 ss.

problemas. El principio según el cual quien usa su derecho no debe responder del daño causado a otra persona ha sido y en cierto modo sigue siendo un principio vigente e incluso prioritario frente a la figura del abuso del derecho. Sólo quien usa su derecho en unas determinadas circunstancias o con una determinada intención⁵¹ causando un daño o un perjuicio a otra persona puede ver aplicada en su contra la teoría del abuso del derecho. Teoría que se puede predicar contra cualquier tipo de derecho, pues su base se encuentra en la existencia misma del derecho y en la idea de que todo derecho, en sí mismo, encierra en su utilización unos límites, de modo que el ejercicio del mismo fuera de dichos límites, provoca la reacción del ordenamiento jurídico y la protección de la persona que ha sido perjudicada como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho.

Muchos han sido los trabajos publicados en relación con la doctrina del abuso del derecho⁵². De ellos se puede concluir que para que sea aplicable dicha doctrina será necesario que se den los siguientes requisitos:

⁵¹ No es este el momento de analizar las distintas tendencias doctrinales referentes a los requisitos necesarios para apreciar la presencia del abuso del derecho. Como es conocido han sido las grandes corrientes a este respecto. Una de carácter subjetivo y que pone el acento en la intención de quien realiza el ejercicio abusivo para poder sancionar dicha conducta. Otra, objetiva, que, prescindiendo de la intención, se centra en la existencia real del perjuicio en las circunstancias fácticas en que el comportamiento se encuadra para extraer del análisis de dicho elemento razones justificativas por las que aplicar la doctrina. Existe igualmente una tercera posición, ecléctica, que es un punto medio entre las anteriores. Un análisis pormenorizado de estas posiciones puede ser encontrado en cualquiera de los estudios que sobre esta materia se han realizado y que son citados posteriormente. De entre ellos, dedica un estudio detallado GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentarios al CC y compilaciones forales*, Edersa, tomo I, vol. 1, pp. 904 ss.

⁵² Además de los hasta ahora citados podemos encontrar los siguientes: Díez-PICAZO, L., «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo título preliminar del CC y el problema de sus recíprocas relaciones». *Documentación jurídica*, núm. 4 (octubre-diciembre), 1974, pp. 1330 ss.; ROCA JUAN, J., *Comentarios a las reformas del CC*, Madrid, 1977; CARRILLO QUÍLEZ, *La teoría del abuso del derecho. Doctrina y legislación arrendaticia urbana*, 2.ª edición, Barcelona; BONET RAMON, «Comentario a la STS de 14 de febrero de 1944», *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 408 ss.; GONZÁLEZ BOTELLA, «El nuevo título preliminar del CC», *Documentación jurídica*, núm. 4 (octubre-diciembre), 1974, pp. 1159 ss.; CASSO Y ROMERO, *Aportación a la sistemática del abuso del derecho* (Discurso de recepción en la Academia Sevillana de Buenas Letras), Sevilla, 1935; JORDANO BAREA, J., «Dictamen sobre el abuso del derecho y fraude de ley», *Anuario de Derecho Civil*, 1960, pp. 858 ss.; MONTES VICENTE, L., *Comentario al artículo 7.1 del CC*, tomo I, Madrid, 1977; GARCÍA CALVO, R., «Consideraciones sobre el abuso del derecho», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1015 (25-2-1975), pp. 3 ss.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., «La corrección del automatismo jurídico mediante condenas del fraude a la ley y del abuso del derecho», *Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del Título preliminar del CC*, Publicaciones del ilustre colegio de Abogados de Valencia, 1975, pp. 113 ss.; RUIZ GALLARDÓN, R., «El abuso del derecho en la nueva ley de arrendamientos urbanos», *Anuario de Derecho Civil*, 1956, pp. 1187 ss.; LUQUE, J. E., «El abuso de derecho como subversión a la certidumbre de la norma», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, pp. 245 ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª Carmen, *Comentarios al CC y compilaciones forales*, Edersa, tomo I, vol. 1, pp. 862 ss.

1. Es necesario que exista un ejercicio extralimitado del derecho y que dicha extralimitación lo sea de un modo manifiesto.
2. Es necesario que se haya producido un daño a otra persona.
3. Es necesario que exista un nexo de causalidad entre el ejercicio extralimitado del derecho y el daño producido a la otra persona.

Dándose estos requisitos –que han sido ratificados en numerosas ocasiones por nuestra jurisprudencia– será posible aplicar las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 7.2 de nuestro CC, es decir, deberá la persona que ha realizado el ejercicio abusivo del derecho indemnizar a quien ha causado daño y además, se deberán adoptar las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.

Explicada de manera esquemática la doctrina del abuso del derecho sólo nos queda aplicar lo dicho a nuestro problema concreto, analizar cuáles serían las consecuencias que de dicha aplicación se desprende y en último caso examinar el posible conflicto entre la aplicación, para el problema de la servidumbre de paso, de la doctrina del abuso del derecho y de la doctrina de los actos propios.

- a) *Es necesario que exista un ejercicio extralimitado del derecho y que dicha extralimitación lo sea de un modo manifiesto*

La concepción de la propiedad en nuestro Código civil proviene de la tradición liberal en la que nuestro cuerpo legal está inspirada. Ello conlleva, en el ámbito de la propiedad, la atribución al titular de dicho derecho de un amplísimo margen de actuación. Por ello, los límites del mismo nunca han estado precisamente fijados. Nuestra constitución, en el artículo 33 establece la función social a la que está sometida el derecho de propiedad, en función de la cual debe entenderse el mismo. Pero más allá de dicha función social, la propiedad, como cualquier otro derecho, está limitada en su utilización por el principio general de la buena fe, recogido en el artículo 7 del CC y en particular, su utilización, en determinados supuestos, puede ser calificada de abusiva. De modo que el titular de un bien no puede *usar* y *abusar* de él como quiera, sino que, por lo menos, dicha actuación estará limitada por el carácter social que tenga la misma y en base del principio de buena fe.

La pregunta que nos debemos hacer es si quien niega el paso por su finca al vecino quien lo viene ejercitando, abusa de su derecho o no. Planteada la cuestión de una manera tan genérica la respuesta parece que debe estar presidida por el principio general, de modo que parece lógico que el propietario de un terreno tenga

soberanía suficiente para evitar el paso por la finca de su propiedad de aquellas personas que él determine. No sería esta solución más que la aplicación del principio *nullus videtur dolo facere qui ure sou utitur*. Por tanto, la utilización del derecho de forma no extralimitada no da lugar a plantearse la utilización de la doctrina del abuso del derecho.

Sin embargo, este ejercicio puede realizarse de forma extralimitada. Y en nuestro caso, la extralimitación se manifestará, principalmente, por la utilización tardía del derecho a impedir el paso por la finca propia. Nos encontramos por tanto con el supuesto fáctico que estudiamos. Una persona ha estado pasando durante largo tiempo por la finca ajena y el titular de dicha finca, ejerciendo el derecho que tiene de salvaguardar su finca de la utilización por extraños, intenta detener el uso del que está siendo objeto.

Que el dueño de la finca que intenta impedir el paso que está realizando el vecino está haciendo uso de un derecho propio parece una afirmación que no necesita más demostración. El problema será determinar cuándo el uso de dicho derecho puede considerarse extralimitado o no.

Esta extralimitación puede deberse, según esta redactado el artículo 7.2 de nuestro CC⁵³ tanto a un abuso de tipo subjetivo –por la intención de su autor– como a un abuso de tipo objetivo –por las circunstancias en que se realiza el uso que sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho.

En el primer caso, lo fundamental será el estudio de la intención que ha tenido el dueño de la finca al impedir el paso que ha venido utilizando el vecino. La prueba de que la intención al impedir el paso ha sido una intención puramente dañina y que el ánimo que ha llevado al titular a ejercitar dicho derecho ha sido el de causar un mal y un perjuicio al que hasta ese momento ejercitaba el paso será una prueba en la mayoría de los casos muy difícil. Y ello precisamente porque al utilizar un derecho propio cuenta a su favor con la presunción del principio general según el cual quien utiliza su derecho no causa daño a nadie. Y en base a este primer caso, para destruir dicha presunción habrá que probar la intención de causar daño, lo que es realmente complicado.

No ocurre así, sin embargo, en el segundo caso. En nuestra opinión, de las circunstancias en las que se ha ejercitado el derecho

⁵³ «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realiza sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.»

puede derivarse que éste ha sido usado abusivamente. Creemos que no sería aventurado defender que el paso de un tiempo, al menos igual, que el que sería necesario para adquirir por usucapión otras servidumbres es un requisito imprescindible para poder hablar de uso abusivo, en este caso por extemporáneo, del derecho. Daría igual, en este segundo supuesto, la intención con la que se hubiese realmente realizado la pretensión de impedir el paso. No sería un factor determinante. Y ello porque las circunstancias podrían permitir deducir que quien ha dejado pasar durante más de veinte años por su finca al vecino, sin haber puesto ningún impedimento, no puede, sin más, cambiar de opinión y con ello causar un daño a la otra persona.

Para que el ejercicio del derecho, en este caso, sea abusivo, creemos que debe haber una cierta dosis de sorpresa e irracionalidad en la actuación del titular. Es decir, si el paso se ha venido utilizando durante largo tiempo, pero quien lo utiliza era consciente de que en cualquier momento podía ser privado de dicho paso, y dicha conciencia provenía del comportamiento del titular de la finca por la que pasaba, el cambio de opinión respecto al uso del derecho de paso no consideramos que pueda calificarse de abusivo.

Por tanto, la situación fáctica en que pensamos podría aplicarse la doctrina del abuso del derecho se parece mucho a la situación en la que, de estar permitido, podría plantearse la adquisición de la servidumbre de paso por usucapión, es decir, una situación en la que se den las características de la posesión *ab usucapionem* (en concepto de dueño, pública, pacífica y continua). Habiéndose mantenido este tipo de posesión en la utilización del paso por finca ajena durante al menos veinte años, nos parece que no es impertinente plantearse que la utilización del derecho a impedir el paso por la finca propia, puede ser un supuesto de uso abusivo de dicho derecho.

b) *Es necesario que se le haya producido un daño a otra persona*

La petición de cese de uso del derecho de paso, para que sea aplicable la doctrina del abuso del derecho, debe provocar un daño a quien venía ejercitando el paso. Dicho daño normalmente será de carácter patrimonial –la finca vecina pierde un valor económico como consecuencia de la imposibilidad de utilización del paso por la finca vecina– pero no puede descartarse la existencia de otro tipo de daño (que por supuesto siempre habrá que probar) que se mani-

fieste en la variación del comportamiento que hasta dicho momento ha llevado a cabo quien venía ejercitando el paso.

El daño, en cualquier caso, debe tener una importancia relevante. Por ello habrá que desechar el uso de la doctrina del abuso del derecho cuando la utilización del mismo no provoca más que molestias o trastornos que no alcanzan la intensidad suficiente para ser considerados de importancia relevante⁵⁴. En nuestra opinión, y en base a este factor, la trascendencia económica derivada de la decisión de utilizar el derecho a impedir el paso por la finca propia, será un factor determinante a la hora de la valoración del daño.

En la valoración del daño, al igual que deberán ser tenidas en cuenta las circunstancias de las fincas que se hallan implicadas en el litigio, también habrá de tenerse en cuenta las circunstancias personales de la o las personas que vienen utilizando el paso, así como la finalidad que hasta ese momento tenía el paso realizado por la finca ajena.

- c) *Es necesario que exista un nexo de causalidad entre el ejercicio extralimitado del derecho y el daño producido a la otra persona*

No parece excesivamente complicado establecer el nexo de unión entre la utilización del derecho a impedir el paso y la producción del daño en quien venía ejercitando dicho derecho.

Al igual que hemos hecho con las consecuencias jurídicas que podría tener la utilización de la doctrina de los actos propios, debemos analizar qué consecuencias jurídicas concretas se podrían desprender de aplicar la teoría del abuso del derecho al supuesto que nos planteamos.

Dos son las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de la declaración del uso abusivo de un derecho. Por un lado el pago de una indemnización que intenta compensar el posible mal económico que el uso abusivo del derecho haya provocado. Por otro lado la adopción de una serie de medidas que impidan en un futuro, de nuevo, la utilización abusiva del derecho.

Por lo que se refiere a la primera consecuencia, habrá de demostrarse de manera clara el perjuicio económico causado como consecuencia del período de tiempo en el que no se ha podido ejercitar el paso, si es que ese hecho se ha producido.

⁵⁴ Es evidente que en los casos que estamos estudiando debe existir algún otro paso hacia una vía pública sin necesidad de utilizar la finca ajena, pues de lo contrario el supuesto daría lugar al nacimiento de una servidumbre legal.

Más interesante es la segunda de las medidas a adoptar. De entre las medidas civiles que el juez puede adoptar podemos pensar en las siguientes. Creación de una servidumbre de paso a favor de la finca vecina; obtención de un derecho de paso de carácter personal a favor de la persona que venía ejercitando el paso y contra la persona titular de la finca en ese momento; obtención de un derecho de paso de carácter personal pero oponible a cualquier titular de la finca por la que se ejercita el paso, independientemente de que fuese el litigante en el pleito u otro titular que hubiese adquirido su derecho *inter vivos* o *mortis causa*.

Evidentemente, la adopción de una u otras traerá consecuencias jurídicas radicalmente diferentes. Tanto para las partes implicadas como para terceras personas que con posterioridad se conviertan en titulares de las fincas. No creemos que exista una solución mejor que otra y dependerá de las circunstancias de cada caso que sea más oportuno la adopción de uno u otro tipo de medidas. Lo que sí parece correcto afirmar es que debe, en principio, adoptarse soluciones que no impliquen un cambio definitivo en la situación jurídica creada previamente —como lo sería la creación de una servidumbre de paso— y ello en virtud de que se está solucionando un problema planteado por el uso abusivo de un derecho realizado en un momento puntual, pero como ha manifestado la doctrina de un modo claro, el uso abusivo de un derecho en un momento puntual no debe suponer la pérdida de dicho derecho de un modo definitivo. El derecho a impedir el paso por la finca propia, en principio, sigue existiendo, y es en función de las circunstancias en las que se utiliza que debe ser limitado.

C) ¿DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS O ABUSO DE DERECHO?

En las páginas anteriores hemos visto cómo en determinadas circunstancias podrá, ante una situación de paso continuado, alegarse o bien la doctrina de los actos propios o la doctrina del abuso del derecho. Y no será excesivamente raro que se den las condiciones para alegar una y otra doctrina conjuntamente. Ello es consecuencia de que ambas figuras se hallan construidas sobre el mismo cimiento. Ambas son consecuencia de un principio general del derecho como es la actuación y la utilización de los derechos individuales de acuerdo a la buena fe en el comportamiento.

Esta circunstancia nos puede llevar a la duda de cuál de ambas doctrinas debe ser utilizada con preferencia en el caso, que ya hemos dicho que puede ser frecuente, de que ambas sean alegables.

En base a la redacción del artículo 7 del CC y la estructura que de él se desprende, en el párrafo primero se recoge el principio general y en el segundo, la aplicación especial de dicho principio a una figura más delimitada como es el abuso del derecho. De dicha estructura se ha deducido que existiendo la posibilidad de aplicar la figura del abuso del derecho o bien otra figura no regulada específicamente y relacionada con el principio general de la buena fe (doctrina de los actos propios) sería preferible, en virtud del principio de especialidad, utilizar la norma más concreta a la más genérica. De esta manera, y en base a la redacción actual del Código, tendría preferencia siempre la doctrina del abuso del derecho frente a cualquier otra solución basada en el principio general de la buena fe⁵⁵.

Otro argumento favorece la aplicación de la doctrina del abuso del derecho frente a la de los actos propios. En el artículo 7.2 CC están previstas las consecuencias jurídicas de la existencia de una situación en la que se produzca el abuso del derecho (indemnización y adopción de medidas civiles o administrativa que impidan la persistencia o la producción de una nueva situación de abuso). Por el contrario, nada se dice en el artículo 7.1 de las consecuencias jurídicas que se derivan de la utilización o ejercicio de un derecho contraviniendo el principio de uso de acuerdo a la buena fe. Por esta segunda razón parecería más lógica usar con preferencia la doctrina del abuso del derecho frente a la de los actos propios.

En verdad, esta polémica nos parece un poco falsa. Es cierto que en orden a los presupuestos y por tanto a la prueba de los mismos no será igual alegar una u otra doctrina. Pero al estar basadas ambas sobre un principio común y por tanto resolver ambas cuestiones muy próximas, no creemos que exista gran diferencia entre alegar una u otra. Será la parte que la alegue –en nuestro caso quien está ejercitando el paso durante largo tiempo– quien debe optar entre la utilización de una o otra.

⁵⁵ GETE-ALONSO y CALERA, M.^a Carmen, *Comentarios...*, opus cit., p. 916, opina del siguiente modo: «En ocasiones, cuando concurren los demás requisitos que definen al abuso del derecho no cabrá dudar acerca de la calificación del acto. En otras, y dada la proximidad que existe con el otro principio general recogido en este precepto, puede hacerse especialmente difícil la elección entre uno y otro.

Así sucede, en particular, en relación al retraso desleal en el ejercicio del derecho que –como se vio– aparece considerado como uno de los supuestos típicos de ejercicio contrario a la buena fe y que puede considerarse, también, como acto abusivo respecto de las circunstancias concurrentes (de tiempo, en este caso).

La única manera de diferenciar uno de otro, a fin de aplicar la normativa adecuada, es tomando en consideración todos los datos que contribuyen a identificar la conducta realizada. De modo que si de dan los precisos para apreciar la existencia de abuso serán sus reglas las que deberán aplicarse con preferencia dado el carácter más particular (específico) de éste».

Por lo que se refiere al tema de las consecuencias jurídicas, no vemos inconveniente en que en ambos supuestos puedan predicarse las mismas. No nos parece erróneo que ante la demanda de cese de paso por la finca propia y la contestación alegando la doctrina de los actos propios, la consecuencia de la desestimación de la demanda pueda ir acompañada de la obligación de indemnización de los daños causados a quien ha dejado de ejercitar el paso, así como de las medidas necesarias para que dicho paso se siga ejercitando sin que quien pasa sea perturbado en su derecho en el futuro.

2. LAS SOLUCIONES FRANCESAS AL CONFLICTO PLANTEADO POR EL PASO CONTINUADO DURANTE LARGO TIEMPO POR FINCA AJENA

Como ya hemos visto previamente, el Código civil español adopta una posición idéntica a la que era establecida por el Código civil francés en materia de prescripción de servidumbres discontinuas y no aparentes. En principio, dicha prescripción parece imposible tanto en Francia como en España en virtud de la redacción de los artículos 691 y 539, respectivamente, de los códigos civiles de ambos países.

Y en base a estos principios podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que la regla general es que en una pretensión ante la jurisprudencia francesa en la que se solicite la adquisición de una servidumbre de carácter discontinua como consecuencia del uso continuado de la misma, en un porcentaje muy elevado de casos será desestimada. La actitud contraria de los tribunales franceses estaría injustificada debido a la clara redacción del artículo 691.

Al igual que nuestro país⁵⁶, la doctrina francesa ha criticado severamente la dicción del Código civil desde los primeros comentaristas del código. Fruto de estas críticas y, sin duda, de la situación de injusticia que la solución de la imprescriptibilidad produce en determinados supuestos, la jurisprudencia francesa ha adoptado algunas soluciones que son las que en este momento vamos a comentar.

Y en este punto sí que existe diferencia entre el comportamiento adoptado por la jurisprudencia francesa y el de la española. Nuestros

⁵⁶ Ya hemos visto en la primera parte de nuestro trabajo las críticas que se hacen a la imposibilidad de adquirir por prescripción las servidumbres discontinuas.

jueces se han limitado –quizá sea esa su obligación– a aplicar literalmente la prohibición de usucapión de servidumbres discontinuas establecida en el Código. Por el contrario, la jurisprudencia francesa ha optado por relativizar dicha prohibición convirtiéndola en un principio general –y como tal aplicado en la mayoría de las ocasiones– pero sujeto a revisión en algunos casos en los que su utilización automática puede dar lugar a determinados resultados injustos.

Así, la jurisprudencia francesa ha adoptado, al menos en cuatro ocasiones, la decisión de permitir la prescripción, no ya del derecho de servidumbre, sino de la propiedad o copropiedad del camino por el que se desarrolla la servidumbre, a favor de la persona que ejercitaba el paso durante un largo período de tiempo por finca ajena. Estas sentencias datan de 7 de febrero de 1884⁵⁷; 22 de octubre de 1924⁵⁸; 15 de febrero de 1972⁵⁹; 20 de noviembre de 1974⁶⁰. En todas ellas se opta por la concesión de la propiedad o la copropiedad del terreno a la persona que venía ejercitando el paso por el mismo. En todas ellas se dan circunstancias que hubiesen producido, de haberse aplicado la norma general, una situación injusta. En todas ellas, la utilización del camino sobrepasaba el tiempo necesario para que se hubiesen adquirido por prescripción el derecho de propiedad; la privación del paso producía un perjuicio irreparable a quien hasta ese momento lo venía ejercitando; no se apreciaba un interés relevante en el dueño de la finca «dominante» para impedir el paso; o se producía un quebranto importante en el valor económico de la finca por el hecho de privarle del paso por la vecina.

En estas condiciones, la jurisprudencia francesa ha flexibilizado el principio de imprescriptibilidad de las servidumbres de paso y ha optado por la consabida solución de dar la propiedad o la copropiedad del terreno. En casos parecidos, como la petición de adquisición de una servidumbre de pastos, ha concedido no la prescripción de la servidumbre, sino la prescripción de un derecho de superficie.

Nuestra opinión es que la intención de la jurisprudencia francesa parece loable. Es más, no es otro el propósito de este trabajo que el de encontrar soluciones alternativas a la rigidez de la regla de inadmisibilidad de la prescripción adquisitiva de servidumbres de paso, no de forma general, sino para aquellos supuestos en los que la solución tradicional puede dar lugar a una situación injusta.

⁵⁷ DP de 7 de febrero de 1883, DP de 1884, 1, p. 128.

⁵⁸ *Gazette du Palais*, 1924, 2, p. 695.

⁵⁹ *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1974, III, núm. 101.

⁶⁰ *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1974, III, núm. 42.6.

Sin embargo, a pesar de ser alabable la intención de dichas decisiones jurisprudenciales, podría parecer excesiva la solución que ha sido adoptada. Y ello en base a los siguientes argumentos:

1. Con el seguimiento de esta doctrina se consigue el efecto contrario al que era pretendido por el legislador a la hora de impedir la prescripción de las servidumbres discontinuas. Ya hemos visto como la verdadera razón por la que el Código civil –tanto el español como el francés– prohíben la usucapión de las servidumbres discontinuas es mantener al propietario en una situación de seguridad absoluta frente a las posibles pretensiones de los vecinos a la hora de reclamarle la adquisición de un derecho de paso. Lo que indirectamente produce también un beneficio en los propios vecinos, pues de este modo el nivel de permisibilidad en las relaciones vecinales aumentará sin duda.

Pues bien, con la solución adoptada por la Corte de casación francesa de conceder la propiedad o la copropiedad del terreno por el que se ejercita el paso, no sólo no se les protege de dicha posibilidad, sino que además se ven privados de una porción del terreno que les pertenecía o al menos se le obliga a compartir la propiedad con el vecino.

Parece excesiva la solución adoptada y más cuando se podría haber satisfecho el derecho de paso utilizando otros medios menos agresivos con el derecho de propiedad del vecino. Nosotros creemos que, al menos en el derecho español existen mecanismos menos agresivos con el derecho de propiedad del titular de la «finca sirviente» y que protegen perfectamente el derecho de paso de quien lo ha ejercitado durante largo tiempo.

2. A efectos de prueba, para que la solución francesa fuese viable en España, quien ejercitase el paso debía probar que cumple todos los requisitos para adquirir por usucapión la propiedad del terreno y no el derecho de paso. Es decir, a la hora de probar que su posesión se realizaba en concepto de dueño, no le bastaría probar que ejercitaba el paso como si fuese titular de un derecho de la misma naturaleza, sino que tendría que probar que se comportaba como titular del derecho de propiedad que recayese sobre la porción de terreno que estuviese utilizando.

Además, a efectos de publicidad de su posesión, seguramente no bastaría con alegar y probar, simplemente, el ejercicio de paso realizado durante un largo período de tiempo. Tendría que demostrar algún otro acto que reflejase el dominio que ejercía sobre dicha porción de terreno. Por ejemplo, haber realizado obras a su cargo sobre dicha franja de terreno, haber costado diversos gastos rela-

cionados directamente con el uso, mantenimiento y disfrute del terreno por el que pasa, etc.

En resumen, a nivel de prueba, quien ejercita el paso tendría que probar, para poder beneficiarse de la solución dada por los tribunales franceses, no sólo que se ejercitaba, simplemente un derecho de paso, sino que habrá que probar que realmente el comportamiento ejercitado conllevaba la verdadera intención de convertirse en dueño del terreno por el que se pasa. Algo que a nuestro parecer es muy distinto del problema inicialmente planteado.

Además, en el caso en que el comportamiento fuese realmente como el de un titular del derecho de propiedad y no como simplemente de un derecho de paso la incompatibilidad de posesiones del *verus dominus* y de quien está usucapiendo debería ser absoluta, con lo que tan sólo sería aplicable esta solución a los supuestos en los que el paso se hubiese estado ejercitando con una ausencia total de actividad por parte del titular de la finca por la que se ejercita el paso, ya que algunos actos tendentes a poner de manifiesto dicha titularidad podrían interrumpir la prescripción del vecino. Por el contrario, cuando lo que se adquiere es el derecho de paso y no la propiedad del terreno, el margen de comportamiento del verdadero titular de la finca es más amplio, pues ejercitando facultades propias del titular de la finca, en ocasiones, sin embargo, no serán consideradas como suficientes para interrumpir la posible usucapición del derecho de paso. Sólo las que directamente estuviesen destinadas a impedir dicho paso podían ser consideradas como dignas de interrumpir la posible prescripción. Lo que provoca un problema mucho más sutil, precisamente el que han tratado de evitar los códigos civiles español y francés.

En resumen, nos parece que la opción adoptada por la jurisprudencia francesa puede solucionar sólo un tipo determinado de casos, aquellos en lo que ha existido una actitud absolutamente pasiva por parte del titular de la finca por la que se ejercita el paso; que requiere la prueba de un derecho superior —el de propiedad— de aquel que realmente se está ejercitando —el de paso— y que de no darse dichas circunstancias (comportamiento del titular de la finca y prueba por parte de quien ejercita el paso) la adopción de una medida concesiva de la propiedad del terreno o de la copropiedad del mismo a quien ejercita el paso por él es excesivamente gravosa para el dueño de la finca.

3. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA ACESIÓN INVERTIDA AL ÁMBITO DE LA UTILIZACIÓN CONTINUADA DE UN PASO POR FINCA AJENA

Como es conocido, nuestro Código civil, en su artículo 361, resuelve el conflicto planteado por la construcción de buena fe en suelo ajeno. Y lo hace aplicando el principio de *superficie solo cedit* al permitir al dueño del suelo optar entre quedarse con lo construido, una vez haya indemnizado al constructor en virtud de los criterios establecidos en los artículos 453 y 454 del Código, o por el contrario obligar al constructor a la adquisición del terreno ocupado previo pago de la indemnización del precio de dicho terreno.

También se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones cómo el principio sobre el que se sostiene el artículo 361 no es más que una manifestación especial de otro principio más general que el del *accessorium sequitur principale*, es decir que lo accesorio sigue a la principal. Y se entiende que en todos los casos resueltos por el artículo 361 lo principal es el suelo y lo accesorio el vuelo.

Sin entrar a valorar esta posición adoptada por el artículo 361⁶¹, pues no es esta materia el objetivo de este trabajo, sí que hay que dejar constancia de que el principio de *superficie solo cedit* no es aplicado cuando la construcción se ha realizado en parte en suelo propio y en parte en suelo ajeno.

En dicho supuesto, no previsto por norma alguna en nuestro Código civil, ha sido la jurisprudencia quien ha impuesto una solución que es la conocida con el nombre de acesión invertida. Aplicando el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, nuestro Tribunal Supremo, en no pocas sentencias, ha resuelto el caso concediendo al dueño de lo construido la posibilidad de adquirir el terreno ajeno previo pago del valor del mismo y de los daños que la privación de dicha porción del terreno ocasione al titular del mismo.

Pero para aplicar esta doctrina, el Tribunal Supremo exige la concurrencia de una serie de requisitos, alguno de los cuales, por

⁶¹ A este respecto dice DÍEZ-PICAZO, L., en «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la acesión», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1966, p. 848, criticando que el principio de superficie solo cedit sea una aplicación de que lo accesorio sigue a lo principal lo siguiente: «Desde algún punto de vista, el principio superficies solo cedit como derivación de la regla *accessorium sequitur principale*, representa hoy en día un anacronismo. No puede generalizarse la idea de que la tierra es siempre lo principal, y lo construido sobre ella lo accesorio. De hecho, la tierra no es otra cosa que un elemento que debe ligarse con otros para que la utilidad social aparezca. Puede ocurrir incluso que el valor social y económico de la construcción sea muy superior al valor del suelo en sí mismo considerado, que haya necesitado una inversión de capital superior al valor económico atribuible al suelo y en todo caso una iniciativa o ida empresarial que debe también tenerse en cuenta adecuadamente».

ser de interés para el análisis posterior pasamos a exponer de manera muy sucinta:

1. Que se haya producido una invasión del terreno ajeno por el vecino. Es de resaltar aquí que el Tribunal Supremo considera que existe invasión no sólo cuando se ha producido del suelo, sino también cuando se ha producido una invasión del vuelo (STS de 7 de noviembre de 1995)⁶². Es más, y esto es muy interesante para nuestra materia, en la STS de 10 de diciembre de 1980⁶³, el Tribunal concedió la accesión de un terreno colindante con la construcción en la medida que resultase necesaria para respetar las distancias establecidas en el artículo 582, si bien en la misma sentencia destacó que lo que se concedía era la propiedad del terreno y no la servidumbre a favor de la finca por *no ser la accesión, tanto continua como invertida, medio hábil para ello (adquirir la servidumbre), ya que las servidumbres sólo se adquieren por los medios establecidos por la ley*. Por lo tanto hay que entender el término invasión de la propiedad ajena en un sentido amplio

2. Que la invasión del terreno ajeno se haya producido de buena fe, para lo cual es muy conveniente, sino casi imprescindible, que el propietario del terreno invadido no haya demostrado de algún modo su contrariedad a la construcción que se ha realizado.

3. Que no sea fácilmente separable lo construido del terreno sobre el que se ha construido y que el valor de lo edificado –o el daño que ocasionaría la destrucción de la parte construida en la finca ajena sobre el total de la construcción– sea superior al valor del terreno ocupado. Es aquí donde se manifiesta el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, pues en este caso, el menor valor del suelo hace que se considere principal la construcción en su conjunto y que por tanto el suelo pase a ser propiedad del constructor.

Sentadas las bases en las que se encuadra la accesión invertida, pasemos a intentar aplicar dicha doctrina al campo que nos interesa, es decir el del paso continuado por finca ajena. Pero para un mejor análisis de este supuesto nos parece conveniente distinguir dos supuestos diferentes. El primero es aquel en el que quien ejerce el paso ha realizado un camino por la finca ajena. Por tanto ha realizado obras y modificaciones en la finca colindante que le favorecen el paso. El segundo supuesto se produce cuando quien ejer-

⁶² Ref. Aranzadi 8079.

⁶³ Ref. Aranzadi 4742.

cita el paso no ha realizado acto alguno en la finca colindante, sino que simplemente ejercita un paso por la misma.

A) QUIEN EJERCITA EL PASO HA REALIZADO OBRAS O MODIFICACIONES PERMANENTES EN LA FINCA AJENA

Esta situación provoca la creación de una serie de obras o modificaciones que en muchos casos serán visibles y por ello será más fácil que el dueño de la finca en la que se han ejercitado dichas obras reaccione ante ellas.

Por otro lado, la creación o modificación de determinados elementos de la finca ajena pueden poner igualmente de manifiesto la voluntad clara de quien ejercita el paso de seguir utilizando dicho terreno como paso habitual.

Pero dejando a un lado estas primeras reflexiones, que deben presidir las líneas siguientes, analicemos si en dicho caso se dan las condiciones necesarias para que la persona que ejercita el paso pueda solicitar la propiedad de la porción de terreno de la finca ajena por la que habitualmente viene pasando.

Tres hemos dicho que son los elementos que deben reunirse para poder aplicar la doctrina de la accesión invertida. Construcción extralimitada, buena fe del constructor y mayor valor de lo construido que del suelo ocupado.

Por lo que se refiere a la existencia de una construcción extralimitada, en el caso examinado, parece claro que la persona que ejercita el paso, para poder realizarlo mejor, habrá realizado algún tipo de obra, de carácter permanente, sobre la finca ajena. Como hemos visto anteriormente, el Tribunal Supremo considera que existe construcción extralimitada incluso cuando la construcción, en sí misma, no traspasa la finca propia, pero no respeta la distancia mínima exigida respecto de la existencia de una servidumbre de vista. Con más razón deberá considerar que la realización de obras tendentes a facilitar el paso por la finca ajena se encuadra dentro del concepto de obras extralimitadas.

Se podría alegar que la obra en sí no es extralimitada, pues puede que todo ella se realice en la finca ajena. ¿Supondría ello un obstáculo para poder considerarla como extralimitada? No lo creemos así, por la siguiente razón. La finalidad funcional que tiene la realización de la obra está íntima e irremisiblemente unida a la finca vecina. Quien construye un camino en la finca vecina, aunque lo haga exclusivamente en ella –lo cual tampoco será frecuente– lo hace con la finalidad de pasar desde su finca a otro punto. Parece

claro, pues, que este tipo de construcción puede considerarse como extralimitada.

El segundo requisito será el de que el constructor haya realizado la obra sin mala fe. ¿Qué debemos entender por buena fe en este caso? En nuestra opinión creemos que buena fe significa la creencia de que está construyendo en terreno propio, pero el Tribunal Supremo⁶⁴ ha aceptado incluso la existencia de buena fe cuando quien realiza la obra conocía que se estaba realizando en terreno ajeno, pero pensaba que tenía otro tipo de derecho –en el caso de la sentencia citada era una servidumbre– que le permitía realizar dicha construcción. No pensamos, a pesar de la sentencia citada, que la creencia, por parte de quien realiza la obra, de que es titular de un derecho de paso sobre la finca ajena le faculta para que si realiza las obras, pueda ser considerado de buena fe. Y ello es porque el contenido típico del derecho de paso no concede al titular del mismo el derecho a realizar obras en la finca ajena a fin de facilitar dicho derecho de paso, sin contar con el consentimiento del titular de la finca por la que se ejercita el paso. Por tanto, en el caso que estamos analizando, para considerar a quien ha construido en terreno ajeno de buena fe, lo normal será que piense que él es el titular de la propiedad de la porción de terreno en la que se realiza la construcción.

Pensamos además, que no basta con que él crea que es propietario de dicho terreno, sino que será necesario, para que sea considerado de buena fe, que cualquier persona, en sus mismas circunstancias, utilizando una diligencia media, hubiese creído, igualmente que él también era propietario de dicha porción de terreno.

El tercer requisito es que lo construido sea más valioso que el terreno utilizado. En nuestro caso no creemos que la comparación de valores deba realizarse entre el camino construido y el terreno que ocupa. Por el contrario, creemos que la valoración debe realizarse del siguiente modo. Habrá que realizar una doble valoración de la finca en la que se ha realizado la obra. La primera valoración se hará suponiendo que la franja de terreno utilizado para el paso pertenece a la finca y que no existe derecho de paso. La segunda valoración se hará pensando que la franja de terreno en la que se ha realizado la construcción ha dejado de pertenecer a la finca y que por ella se va a ejercer un paso. Entre dichas valoraciones, evidentemente habrá una diferencia de valor.

Por otro lado habrá que hacer una doble valoración de la finca vecina. De nuevo una primera valoración de la finca presumiendo

⁶⁴ STS de 29 de abril de 1970.

la pertenencia a la misma de la franja en la que se ha realizado la obra. Una segunda siguiendo el criterio contrario. Entre ambas valoraciones, de nuevo tendremos una diferencia de valor.

En nuestra opinión, dichas diferencias de valores son los términos de la comparación en las que nos debemos basar para poder afirmar la existencia de un mayor beneficio para la finca vecina que perjuicio para la finca en la que realmente se realiza el paso. Dicho análisis no deja de ser una valoración económica de los derechos de ambos titulares y la cesión del derecho más débil económicamente. Pero esta comparación se constituye en una manifestación del principio de que lo accesorio sigue a lo principal, principio base de la accesión invertida. En cualquier caso, la conclusión no debe ser automática, en el sentido de que se otorgue el derecho al paso cuando haya un beneficio económico superior para la finca «sirviente». A parte del económico deberá tenerse muy en cuenta el perjuicio que sufre la finca por la que se pasa.

Dándose estos tres requisitos en los términos en nos hemos expresado en las líneas precedentes, creemos que podría defenderse la existencia de un supuesto de accesión invertida, cuyo resultado sería la transmisión de la propiedad del terreno utilizado en la construcción del camino al dueño de la finca vecina, a cambio del pago de una indemnización⁶⁵ –que abarcaría el valor del terreno y cualquier otro daño que dicha pérdida ocasionase al dueño de la finca.

Hemos de resaltar que por lo que respecta a quien ejercita el paso y se convierte en propietario de la franja de terreno, la solución se acerca a la de haber adquirido la propiedad por medio de la usucapión –al modo de la solución francesa–. Pero hemos de hacer notar, inmediatamente las diferencia que existen entre uno y otro supuesto. La adquisición por usucapión no conlleva el pago de una indemnización, ni la existencia necesaria de la buena fe. Si conllevará en la mayoría de los casos y a efectos de prueba, como hemos manifestado previamente, la realización de algún tipo de obras que permita la argumentación de actuación en concepto de titular no ya del derecho de paso sino de la propiedad misma. Además, la adquisición de la propiedad del terreno por medio de la usucapión conlleva, igualmente la necesidad de haber estado ejercitando el derecho durante un período determinado de tiempo, lo que no es exigido cuando la propiedad es adquirida por medio de la accesión invertida.

⁶⁵ Cuyo fundamento podría encontrarse en el artículo 1902 del CC, según ALBALA-DEJO.

Dejando claras las diferencia entre ambas figuras, sin embargo hay algunas circunstancias que las acercan. Por un lado, como hemos apuntado antes, el traspaso de la propiedad de una franja de terreno de una persona a otra. Por otro, la existencia de una obra realizada por quien no es dueño de la finca –recordemos que en la prescripción, a efectos de prueba será casi imprescindible– y la pasividad del dueño de la finca ante la obra realizada por el vecino, pues una oposición judicial a dicha obra supondría, en el campo de la prescripción la paralización del plazo y en el ámbito de la accesión invertida la puesta en duda de la buena fe de quien realiza la obra.

Podemos, pues, extraer una conclusión de la comparación de estas dos figuras. Si quien realiza el paso por finca ajena ha realizado una obra o un camino para ejercitarlo y el dueño de la finca por la que se ejercita el paso no ha reaccionado ante dicho acto, nuestro ordenamiento jurídico puede facilitar la adquisición de la propiedad del terreno por el que se ejercita el paso –no del derecho de servidumbre de paso– a quien ha realizado la construcción.

B) QUIEN EJERCITA EL PASO NO HA REALIZADO NI OBRAS NI MODIFICACIONES PERMANENTES EN LA FINCA VECINA, SIMPLEMENTE REALIZA UN PASO POR ELLA

¿Se dan en este supuesto los requisitos necesarios para aplicar la doctrina de la accesión invertida?

En primer lugar lo que habría que plantearse en este caso es si lo que se persigue es la accesión de la propiedad del terreno o por el contrario la accesión del derecho de paso sobre el terreno ajeno, lo que nos lleva a otra pregunta. ¿Es posible adquirir por accesión un derecho diferente del de propiedad? Hasta ahora, que sepamos, en todas las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha utilizado la doctrina de la accesión invertida admitiéndola, la solución ha sido el traspaso del derecho de propiedad de un titular a otra. Es más, cuando ha tenido ocasión de conceder tan solo un derecho de servidumbre y no el de propiedad no lo ha hecho⁶⁶.

Podría argumentarse que el Código civil, en los artículos que dedica a la accesión, se refiere exclusivamente al derecho de propiedad y por tanto tan sólo este derecho es el que puede ser adqui-

⁶⁶ STS de 10 de diciembre de 1980, citada previamente.

rido por dicho medio. Pero dicha argumentación parece más formalista que definitiva⁶⁷.

Pero en cualquier caso, todos los supuestos en los que de una manera directa es tratado el tema de la accesión en el Código civil están relacionados de forma expresa con la adquisición de una propiedad. Del mismo modo, como hemos visto, todas las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha aplicado la teoría de la accesión invertida han desembocado en la adquisición de la propiedad por parte del demandante. Parece, pues, problemático referir la doctrina de la accesión invertida a la adquisición de un título diferente al de la propiedad. Pero aun admitiéndolo y retomando la pregunta sobre si se dan las condiciones necesarias para aplicar a la situación de paso continuado por finca ajena, sin realización de obras, la doctrina de la accesión invertida, debemos de plantearnos si podría considerarse la existencia de una extralimitación.

Creemos que tan sólo será posible hablar de extralimitación cuando la utilización del terreno ajeno se haga de una manera constante, como ocurre cuando se ha construido extralimitadamente sobre el suelo en el que se ha construido o como ocurría en la sentencia de 10 de diciembre de 1980 con la utilización de la porción de terreno fronteriza con la finca en la que se había construido.

¿Se podría considerar que quien utiliza el paso por la finca ajena cada vez que le es necesario provoca una extralimitación constante? Desde nuestro punto de vista no es así. La utilización del paso podrá ser, en cuanto a su posesión, continua, pero desde el punto de vista de la finca que es utilizada no se puede considerar que la extralimitación sea constante.

Por tanto, aun dándose los otros dos requisitos necesarios –la buena fe y el requisito económico– en nuestra opinión, no sería aplicable a este supuesto la doctrina de la accesión invertida.

C) CONCLUSIÓN

Se desprende del análisis que hasta ahora hemos realizado sobre la posibilidad de adquisición de la porción por la que se ejerce el paso por medio de la accesión invertida, que ésta será posi-

⁶⁷ Ésta parece, también, la opinión de CARRASCO PERERA, A., en un magnífico artículo publicado en la *Revista de Derecho Privado*, 1996, titulado «La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», en donde en sus conclusiones, y desde una perspectiva de análisis económico del derecho afirma que: «La mejor forma de evitar incurrir en estos costes y de producir transferencias infracompensatorias es imponer una servidumbre en lugar de atribuir la propiedad del terreno invadido».

ble sólo si quien ejercita el paso ha realizado obras permanentes sobre la finca ajena, obras que pudieran ser consideradas como extralimitaciones. Y que en dicho caso la consecuencia sería la adquisición de la propiedad de la franja de terreno.

Igualmente, hemos visto cómo es posible la adquisición de la propiedad del terreno por el que se ejercita el paso por medio de la prescripción y sin embargo no es adquirible por dicho mecanismo el derecho de paso.

Ello nos puede llevar a pensar que, a pesar de suponer para el titular de la finca por la que se ejercita el paso un perjuicio mayor es más fácil conseguir la propiedad del terreno por el que se ejercita el paso que simplemente el derecho a pasar. Sería como dice Larroumet⁶⁸ un supuesto en el que aun permitiéndose lo más –como sería la adquisición de la propiedad del terreno– no le estaría permitido lo menos –es decir, la adquisición de un derecho de paso-. Lo cual no deja de ser una excepción a dicho principio, excepción justificada por la misma razón por la que está prohibida la prescripción de las servidumbres.

Si nos fijamos, en los casos en los que se permite la adquisición por prescripción de la propiedad del terreno por el que se ejercita el paso, siempre es necesario que se haya dado una actitud clara y pública de quien ejercita el paso de que está ejercitando dicho derecho. Además, es necesario que dicha actitud sea permanente e incluso, en la mayoría de los casos, los actos de los que se deduce la posesión del derecho deben ser de tal naturaleza que podrían ser actos realizados por el auténtico dueño del terreno (pensemos en la construcción de un camino). Además, en estos mismos casos debe existir una actitud pasiva del dueño del terreno por el que se efectúa el paso. Actitud pasiva ante una posesión pública y que raya, cuando no coincide con una posesión en concepto de dueño en el sentido de titular de la propiedad.

No se da, en ningún caso una situación más o menos equívoca, en la que sea difícil determinar hasta que punto nos podemos encontrar ante una posesión meramente tolerada en la que los actos realizados por quien ejercite el paso sean de tal naturaleza que no

⁶⁸ LARROUMET, C., *Les droits réels principaux immobiliers*, p. 524, núm. 869. Dice exactamente: *Ainsi encore, la jurisprudence a admis la possession animo domini et la prescription acquisitive au profit du possesseur à titre de propriétaire là où il ne pouvait y avoir de possession de la servitude, en raison des articles 690 et 691. Par exemple, celui qui utilise un chemin sur le fonds d'autrui, en bordure de son fondes, pourra en acquérir la propriété par prescription. En ce cas, celui qui peut le plus ne peut pas le moins, ce que est étrange, mais est justifié par des considération d'opportunité, en raison de la prohibition de l'article 691.*

permitan reconocer claramente su comportamiento como poseedor de un auténtico derecho subjetivo.

Es decir, lo que nos ha dicho el código, y también la jurisprudencia⁶⁹ –y por ello no ha aplicado la teoría de la accesión invertida a las servidumbres– es que cuando existe una invasión clara, constante y permitida en la titularidad de una persona determinada y ésta la consiente, corre el riesgo de terminar perdiendo ese derecho. Pero cuando la invasión en su derecho no es de tal intensidad que ponga en duda la titularidad del derecho, no se podrá adquirir un derecho menor, en aras a favorecer las buenas relaciones de vecindad.

4. LA ALEGACIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE.

Con base en el supuesto del que partimos se nos puede presentar el siguiente caso: Una vez que se lleva pasando cuarenta años por la finca ajena se nos notifica la presentación de una demanda solicitando el cese del paso y por tanto ejercitando una acción negatoria de servidumbre.

En nuestro ordenamiento común, como es sabido, no existe un plazo determinado para determinar la prescripción de las acciones negatorias, lo que ha llevado a una parte de la doctrina a mantener que el período de ejercicio de la acción es el general para las acciones reales, que según el artículo 1963 de nuestro CC es de treinta años. Sin embargo, hay otra posición que afirma que el plazo de prescripción no debe ser el de treinta años, sino el de veinte, pues el plazo exigido para la adquisición por usucapión de las servidumbres (las que se pueden usucapir, las continuas y aparentes) es de veinte años, según el artículo 537.

Independientemente de cuál sea el plazo de prescripción de la acción, otro problema (pero íntimamente ligado al anterior), y desde mi punto de vista más interesante, es el momento en el que debe empezar a contar el plazo de prescripción.

Para dar una respuesta a esta interrogante debemos dejar sentado de antemano la existencia, por parte de la doctrina, de dos formas de entender la prescripción extintiva. Una que la ve como una institución desligada de la prescripción adquisitiva y otra que, por el contrario, considera que la prescripción de las acciones reales va

⁶⁹ Incluyendo a la francesa respecto de la prescripción del dominio y no de la servidumbre de paso.

íntimamente unida a la adquisición por usucapión por parte de un tercero de la titularidad que ha prescrito extintivamente⁷⁰.

En nuestra opinión, estas dos polémicas doctrinales, y a nivel general para cualquier tipo de servidumbres usucapibles debe resolverse de la siguiente manera. El plazo de prescripción extintiva debe entenderse que es de veinte años y, además, el momento en el que debe empezar a contar dicho período es aquel en el que existe un ataque al derecho que se pretende defender, lo que significará que existe una posesión en concepto de dueño por parte de quien está usucapiendo el derecho. Pasado el período necesario para usucapir, automáticamente habrá prescrito la acción negatoria. Por el contrario, el ejercicio de la acción negatoria dentro de los veinte años siguientes al comienzo de la usucapión interrumpirá ésta.

Lo dicho hasta ahora es válido para las servidumbres usucapibles. Pero en nuestro caso el problema radica en la imposibilidad legal de alegar la usucapión de una servidumbre de paso. Por ello se plantea el problema de si será posible alegar la prescripción de la acción negatoria de servidumbre.

Como ha quedado claro, nosotros ligamos la prescripción de la acción a la posibilidad de usucapir. Ello nos lleva, en sentido inverso a pensar que cuando un derecho no se puede usucapir, como ocurre con la servidumbre de paso, la acción negatoria de servidumbre de paso adquiere el carácter de imprescriptible. Es decir, que independientemente del plazo que hubiera pasado podrá ser ejercitada ante los tribunales sin miedo a ser combatida por medio de una excepción de prescripción.

Ello conlleva automáticamente a que, de nuevo, el único límite con el que se puede paralizar este tipo de acciones es por medio del uso abusivo del derecho y en base a la teoría de la buena fe, protegida de modo general por el artículo 7 del CC.

⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, L., «En torno al concepto de prescripción», *Anuario de Derecho Civil*, 1963, p. 995: «Parece claro que, producida la usucapión a favor de una persona, el usucapiente, *novus dominus*, este hecho entraña, al mismo tiempo, contemporáneamente, una pérdida del dominio del *vetus dominus*. Una usucapión tiene lógicamente que coincidir con una pérdida del dominio. Usucapión y pérdida del dominio son, por decirlo así, como el haz y el envés de un mismo fenómeno jurídico». Y, en la página siguiente, hablando de la acción negatoria afirma que: «El problema de las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva presenta un cariz muy semejante en el terreno de los derechos reales *in re aliena*. La adquisición por usucapión de un derecho real *in re aliena* entraña, necesariamente la pérdida de las facultades que el dueño de la cosa tiene para defender la libertad de su fundo. Si a este conjunto de facultades de defensa a la libertad del fundo nosotros lo llamamos, en un sentido muy amplio, «acción negatoria, tendremos que convenir en que la usucapión del derecho real coincide siempre con la extinción de la acción negatoria. Una prescripción adquisitiva –la usucapión del derecho real– coincide con una prescripción extintiva –de la acción negatoria–».

IV. REFLEXIÓN FINAL

Para finalizar quisiera hacer una última reflexión. En ocasiones, y creo que ésta es una de ellas, puede ser fundamental el planteamiento de una cuestión jurídica ante el juez. Seguramente, ante una situación idéntica, si le preguntamos a un juez si nos concede la usucapión de una servidumbre de paso la respuesta será automáticamente negativa. Por el contrario, si en ese mismo caso le planteamos si el ejercicio de un derecho por parte del propietario, al negarnos el paso, es abusivo, es posible que obtengamos una respuesta positiva. La labor del juez, aplicando el ordenamiento de forma flexible y manteniéndose dentro de los márgenes de una interpretación equitativa podrá limar los rigorismos formales de nuestro ordenamiento. Finalidad ésta que, en definitiva, es la propia de la equidad que conforme al artículo 3.2 del CC está pensada para, sin romperlos, torcer o si se prefiere flexibilizar las instituciones jurídicas en busca de soluciones excepcionales para supuestos excepcionales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Comentario al artículo 1973 del CC», *Revista de Derecho privado*, 1977, p. 987.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L.: *Comentarios a los artículos 545 y 546*, publicados por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- *Propiedad y constitución de servidumbres*, Madrid, 1993.
- AUBRY et RAU: *Tours de Droit civil français*, tomo 3, 4.ª edición, París, 1869.
- BONET RAMÓN, F.: «Comentario a la STS de 14 de febrero de 1944», *Revista de Derecho privado*, 1944, p. 408.
- BUEN y RAMOS, ALAS, DE: *De la usucapión*, Madrid, 1916.
- BUSTO LAGO, J.: *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, Edersa, Madrid, 2000.
- CADARSO PALAU, J.: «Actos propios y renuncia de derechos», *Poder judicial*, 1988, p. 73.
- CALVO SOTELO: *La doctrina del abuso del Derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, 1917.
- CAÑIZARES LASO, A.: *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001.
- CARBONIER, J.: *Derecho civil*, tomo II, vol. 1.º, traducción de Manuel M. Zorrilla Ruiz, Barcelona, 1961.
- CARRASCO PERERA, A.: «La accesión invertida: Un modelo para la argumentación jurídica», *Revista de Derecho Privado*, 1996, p. 886.
- CARRILLO QUÍLEZ, F.: *La teoría del abuso del derecho. Doctrina y legislación arrendaticia urbana*, 2.ª edición, Barcelona.
- CASSO y ROMERO: *Aportación a la sistemática del abuso del Derecho* (discurso de recepción a la Academia Sevillana de Buenas Letras, Sevilla, 1935).

- CASTÁN TOBEÑAS: «Comentario a la STS de 7 de enero de 1920», *Revista de Derecho privado*, 1920, p. 236.
- CASTRO PÉREZ, B.: *Adquisición por usucapión de las servidumbres de paso*, Foro gallego, 1954, p. 441.
- «Más sobre la usucapión de las servidumbres», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1954.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Usucapión de la servidumbre de paso en nuestro Derecho común», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002, p. 455.
- *Usucapión de servidumbres*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CHARRIN, A.: ¿Pueden ganarse las servidumbres continuas por el sólo hecho de la posesión de diez años, aún cuando ésta no reúna los requisitos de buena fe y justo título? *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1872, p. 245.
- CORBÍN GARCÍA: «La prescripción como institución única», *Revista General de Derecho*, 1948, p. 9.
- DE LA RICA y MARITORENA, R.: «La servidumbre en el Registro de la Propiedad», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1977, p. 749.
- DE PABLO CONTRERAS, P.: *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Técno, Madrid, 1992.
- DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoleon*, tomo 12, París, 1882.
- DESANTES, «Evolución de la prescripción adquisitiva de las servidumbres prediales», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1954.
- DÍEZ-PICAZO: «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo título preliminar del CC y el problema de sus recíprocas relaciones», *Documentación jurídica*, núm. 4, 1974, p. 1330 ss.
- «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo título preliminar del CC y el problema de sus recíprocas relaciones», *Documentación jurídica*, núm. 4, 1974, p. 203 ss.
- «En torno al concepto de prescripción», *Anuario de Derecho Civil*, 1963, p. 969.
- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, p. 689 ss., Madrid, 1995.
- *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963.
- La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1966, p. 829.
- *La prescripción en el CC*, Barcelona, 1964.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- ESPÍN CÁNOVAS, D.: «El derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el CC español», 1965, p. 621.
- EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad (aspectos civiles, administrativos y urbanísticos)*, Comares, Granada, 2000.
- GARCÍA CALVO, R.: «Consideraciones sobre el abuso del Derecho», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1015, p. 3.
- GARCÍA GIL, F.: *Las servidumbres en la jurisprudencia*, Madrid, 1998.
- GITRAMA GONZÁLEZ M.: «La corrección del automatismo jurídico mediante condenas de fraude a la ley y del abuso del Derecho», *Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del título preliminar del CC* Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1975 p. 113.
- GONZÁLEZ ALEGRE: *Manual de servidumbres*, 1962.
- GONZÁLEZ BOTELLA, P.: «El nuevo título preliminar del CC», *Documentación jurídica*, 1974, núm. 4.
- GUILARTE GUTIÉRREZ: *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*, Madrid, 1984.

- HERNÁNDEZ CRESPO, C.: «La accesión invertida», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1972, p. 729.
- JORDANO BAREA, J.: «Dictamen sobre el abuso del Derecho y fraude de ley». *Anuario de Derecho Civil*, 1960, p. 858 ss.
- JOSSERAND: *L'esprit des lois et leur relativité*, París, 1927.
- JURIS-CLASSEUR: 1996, Edition Civil, *Repertoire Notarial*, artículo 689, «établissement part prescription».
- LACRUZ BERDEJO, J.: «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1954, y Estudios, Barcelona, 1958.
- LAURENT, F.: *Principes de droit français*, tomo 8, 2.ª edición, Bruselas, 1876.
- LUCAS FERNÁNDEZ: «La servidumbre predial de paso en el Derecho civil», *Publicaciones del Seminario de Derecho privado*, Universidad de Murcia, 1963.
- LUNA SERRANO, A.: *Comentario a los artículos 1940 y siguientes del CC*, publicados por el Ministerio de justicia, Madrid, 1993.
- «El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales», *Anales de la Academia matritense del notariado*, 1995, p. 275.
- LUQUE, J.: «El abuso del Derecho como subversión de la certidumbre de la norma», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, p. 245.
- MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, L.: *La acción negatoria*, Tecnos, 1993.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «Las servidumbres personales discontinuas y el Registro de la Propiedad», *Revista jurídica de Cataluña*, 1965, p. 41.
- MAZEAUD et MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, tomo 12, 5.ª edición, París, 1976.
- MONTES PENADES, V.: *Comentario al artículo 7.1 del CC*, tomo I, Madrid, 1977.
- MORALES MORENO, A.: *Posesión y Usucapión*, Madrid, 1972.
- «La usucapión», *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 2000 p.175.
- MURIAS TRAVIESO, J.: «Notas sobre la prescripción inmemorial», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1948, p. 306.
- OROSA ROLDÁN, M.: «Accesión invertida», *La Ley*, 1985, p. 1270.
- OSSORIO MORALES, J.: *Las servidumbres personales*, Madrid, 1936.
- PLANIOL et RIPERT: *Derecho Civil francés*, tomo 3, *Los bienes*, Traducción española de Mario Díaz Cruz, La Habana, 1946.
- PUIG BRUTAU, J.: *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Bosch, Barcelona, 1996.
- REBOLLEDO VARELA, A.: *La servidumbre de paso en el CC*, Montecorvo, Madrid, 1990.
- «La servidumbre de paso. El artículo 540 del CC: interpretación e importancia en Galicia», *La Ley*, 1986, p. 1127.
- RIVERA SERRANO, M.: *Régimen jurídico de las servidumbres de paso en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 1988.
- ROCA JUAN, J.: *De las servidumbres, texto, jurisprudencia y comentarios*, Barcelona, 1961.
- *Comentarios al CC y compilaciones forales*, Editorial EDERSA, Madrid 1978, tomo VII, vol. 2.º
- ROCA SASTRE, R. M.: «Ensayo sobre el derecho de superficie», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1961, p. 7 ss.
- RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ-GERMES, M.: «Servidumbres aparentes y no aparentes», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1951, p. 337.
- ROMERO COLOMA, A.: «La extinción de las servidumbres y su protección procesal». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1988, p. 819.

- RUIZ GALLARDÓN, R.: «El abuso del derecho en la nueva Ley de Arrendamientos urbanos», *Anuario de Derecho Civil*, 1956, p. 1187.
- SILLERO CROVETTO, B.: «Los actos meramente tolerados y la posesión», *Actualidad civil*, 1996, p. 525.
- TAMAYO: *El derecho real de servidumbre*, Barcelona, 1956.
- TUR FAUNDEZ, N.: *Los particulares efectos de la «apariencia» en el ámbito de las servidumbres*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Dykinson, Madrid, 1998.

La sobreedificación y la subedificación en la propiedad horizontal

(Estudio de Derecho comparado hispano-francés)

MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ
Profesora Titular Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: PLANTEAMIENTO PRELIMINAR. POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN DE LA FACULTAD DE SOBRE O SUBEDIFICACIÓN EN EL SENO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL: I. *La facultad de sobre o de subedificar configurada como elemento común*: 1. Derecho comparado. 2. El vuelo y el subsuelo como elementos comunes. 3. La facultad de sobre o de subedificar como elemento común por destino.—II. *La facultad de sobre o de subedificar atribuida privativamente*: 1. Atribución privativa *ab initio* y por enajenación. 2. Atribución privativa a integrantes de la copropiedad y a extraños a la misma: A) Atribución privativa a sujetos pertenecientes a la copropiedad: a) Como componente único de un lote: los lotes transitorios. b) Como componente privativo más de un lote de copropiedad. B) Atribución privativa a extraños a la copropiedad: su configuración como derechos reales en cosa ajena.—CAPÍTULO PRIMERO. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE SOBRE O SUBEDIFICAR COMO ELEMENTO COMÚN EN EL SENO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL: EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL: I. *El supuesto fáctico contemplado por el precepto*: 1. Sobre o subedificación que afecta al título constitutivo. 2. Ausencia de atribución privativa de la facultad de sobre o subedificación. 3. Con independencia de la finalidad perseguida.—II. *Los requisitos de ejercicio de las facultades de sobre o subedificar cuando son elementos comunes*: 1. El contenido del acuerdo de sobre o subedificación: A) Las menciones obligatorias. B) Las consecuencias del incumplimiento de este requisito. 2. La mayoría necesaria para adoptar el acuerdo: A) Las mayorías necesarias en Derecho francés. B) Derecho español: la remisión del artículo 12 a las mayorías necesarias de modificación del título constitutivo: a) Los supuestos que se sustraen a la necesidad de acuerdo unánime: las mejoras y otros casos. b) La regla de la unanimidad para sobre o subedificar: b.1. Supuestos para los que es necesario acuerdo unánime. b.2. Valoración de la regla de la unanimidad. b.3. Posibles justificaciones de la regla de la unanimidad: Primera: Las operaciones implícitas en la sobre o subedificación de cara a la caracterización de los nuevos locales creados.

Segunda: No es una función característica de la Junta de propietarios.
 Tercera: El respeto a la configuración original del edificio.—CAPÍTULO SEGUNDO. LA FACULTAD DE SOBRE O DE SUBEDIFICAR ATRIBUIDA PRIVATIVAMENTE: I. *El negocio de atribución privativa*: 1. El contenido del negocio de atribución privativa: A) La construcción que puede realizarse. B) Modificaciones que se van a operar en la copropiedad. C) Las consecuencias de los defectos de contenido del negocio de atribución privativa. 2. Las mayorías necesarias para que la copropiedad atribuya privativamente por enajenación la facultad de sobre o de subedificar: A) La regla de la unanimidad en Derecho español. B) La mayoría necesaria en Derecho francés.—II. *El ejercicio de la facultad de sobre o de subedificar atribuida privativamente*: 1. Plazo para el ejercicio del derecho. 2. Posibilidades de oposición de la Junta de Propietarios: A) El derecho de veto del Sindicato en Derecho francés. B) La posibilidad de oposición de la Junta de propietarios en Derecho español.

PLANTEAMIENTO

Cuando una finca está constituida en régimen de propiedad horizontal, el ejercicio de las facultades de sobre o de subedificar plantea una serie de problemas específicos que merece la pena analizar, habida cuenta, además, de que es relativamente habitual la realización de sobreelevaciones y construcciones en el subsuelo.

A tal efecto, me parece muy importante empezar estableciendo todas las posibilidades de configuración de estas facultades con respecto a una finca en régimen de propiedad horizontal. Posteriormente, se plantearán los problemas de cada una de sus posibles caracterizaciones. En el primer capítulo se analiza su ejercicio cuando las facultades de sobre y de subedificación forman parte del contenido del derecho de propiedad como elemento común, para pasar, después, a estudiar los problemas que acarrea la atribución privativa de estas facultades, y su ejercicio; pero no sólo cuando son elementos privativos integrantes del contenido del derecho de propiedad sobre el edificio, sino que también se tienen en cuenta los supuestos en que han sido desmembradas del dominio e integran el contenido de un derecho real que grava la finca constituida en régimen de propiedad horizontal.

La única mención específica que la Ley de Propiedad Horizontal española hace de las facultades de sobre y de subedificar se contiene en el artículo 12 que se refiere literalmente a la posibilidad de *construir nuevas plantas en el edificio*. La regulación que establece dicho precepto, como se verá a lo largo del estudio, es insuficiente para atender todos los problemas que la sobre o

subedificación plantea en el seno de una finca constituida en régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, la Ley francesa de copropiedad de edificios de 10 de julio de 1965 regula con bastante minuciosidad los problemas que el ejercicio o enajenación de las facultades de sobre o de subedificar pueden provocar. Esto, unido a que las posibilidades de configuración de estas facultades son similares –con algunas matizaciones que se harán en el momento oportuno– en ambos Ordenamientos, nos ha llevado a tomar como referencia para nuestro estudio el Derecho francés.

PRELIMINAR

POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN DE LAS FACULTADES DE SOBRE Y SUBEDIFICACIÓN EN EL SENO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

El artículo 396 CC establece cuál es la estructura típica del derecho de propiedad sobre un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal. Se establece claramente una diferencia entre dos clases de elementos configuradores del edificio cuando se alude, al acabar la enumeración, a *cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos*. Los materiales, entre los que se incluirían, entre otros, los pasillos, chimeneas, fachadas, o el tejado, vienen a ser los componentes del objeto del derecho de propiedad, es decir, los conformadores estructurales del edificio en cuanto realidad física. Los jurídicos, de los que únicamente se menciona expresamente a las servidumbres y entre los que entiendo hay que incardinar la facultad de sobre o de subedificar, serían aquellos que integran el contenido del derecho de propiedad sobre el inmueble.

Ahora bien, ¿se deriva alguna consecuencia práctica de la distinción? ¿Trata el Ordenamiento jurídico de diferente forma a unos y otros elementos? No parece que del artículo 396 CC pueda derivarse un tratamiento diferenciado; más bien al contrario, parece poner a los elementos materiales y jurídicos en un mismo plano.

Con respecto a esta cuestión puede ser ilustrativo recurrir al Derecho francés. Son los artículos 2 y 3 de la Ley francesa de 10 de julio de 1965 los que se ocupan de delimitar qué partes, de las que componen un edificio en régimen de propiedad horizontal, deben considerarse privativas y cuáles comunes, es decir, los que se ocupan de establecer la estructura del derecho de propiedad cuando el mismo está constituido en régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, no nos interesa ahora la diferenciación entre elementos comunes y privativos, sino que vamos a centrar nuestra atención en

el párrafo tercero del artículo 3, en el que se hace mención expresa de una serie de componentes que podríamos denominar –con terminología propia del Derecho español– *elementos jurídicos*: concretamente se alude al derecho de sobreedificar, al derecho de construir en patios, parques o jardines, al derecho de subedificar, o al derecho de medianería. No nos interesa en este preciso momento –porque aún no nos hemos planteado la cuestión– si se consideran partes comunes o privativas, lo que ahora nos preocupa es la circunstancia de que este precepto de la Ley francesa los califica de *derechos accesorios*¹.

¿A qué se refiere la Ley francesa cuando usa el término *accessorios* para calificar estos derechos? A mi modo de ver, tal caracterización es superflua en la medida en que, de no existir un título en sentido contrario, la facultad de ejercitar estos derechos corresponde al propietario de las cosas sobre las que se pretende su ejercicio. En realidad, se trata de facultades que integran el derecho de propiedad, es decir, son contenido del derecho de propiedad que recae sobre la finca y creo que eso es lo que ha querido reflejar con el uso de dicha palabra el legislador francés. Y, además, al igual que en Derecho español, no parece existir un tratamiento diferenciado entre este tipo de elementos y el resto.

El uso del adjetivo «accesorios» viene determinado, probablemente y como ponen de manifiesto ciertos autores², porque antes de la aprobación de la Ley francesa de 10 de julio de 1965 una sentencia del Tribunal de Niza de 4 de abril de 1952 había afirmado que sólo podían considerarse partes comunes los elementos corporales, y no los incorporeales. La utilización del término «accesorio» pone de manifiesto la vacilación que al respecto albergó el legislador francés al redactar el precepto.

Esto trae como consecuencia una separación entre: por un lado, los elementos corporales o materiales que integran las partes comunes, enumerados en el párrafo segundo del artículo 3 –el

¹ Artículo 3.3 de la Ley francesa de 10 de julio de 1965:

«Son reputados derechos accesorios a las partes comunes en el silencio o la contradicción de títulos:

- el derecho de sobreelevar un edificio afectado al uso común o que comporte numerosos locales que constituyan partes privativas diferentes, o de profundizar (construir en el subsuelo) en el suelo;
- el derecho de construir edificios nuevos en los patios, parques o jardines que constituyan partes comunes;
- el derecho de ahondar (construir en el subsuelo) tales patios, parques o jardines;
- el derecho de medianería relativo a las partes comunes.»

² En este sentido, GIVORD, François, et GIVERDON, Claude, *La copropriété*, edit. Dalloz, 4.^a édit., 1992, pp. 61-61, § 68; JOURDAIN, Patrice, *Droit civil, Les biens*, édit. Dalloz, 1995, p. 306, § 242-4.

suelo, los patios, las vías de acceso, los pasillos, los locales de servicios comunes, etcétera-; y, por otro lado, los elementos incorporales, que se contemplan en el párrafo tercero –derecho de sobre y de subedificación entre ellos–³.

Por lo tanto, se percibe cómo, tanto en Derecho español como francés, se refleja en la Ley una diferenciación entre elementos materiales y jurídicos; entre los segundos, se incluyen las facultades de sobre y de subedificación que estamos analizando.

I. LA FACULTAD DE SOBRE Y DE SUBEDIFICAR CONFIGURADA COMO ELEMENTO COMÚN

El artículo 396 CC realiza una larga enumeración de los elementos comunes, y, entre ellos, no aparece la facultad de sobre o de subedificar. Sin embargo, esto contrasta con la mención explícita que de la misma se hace en otros ordenamientos.

1. DERECHO COMPARADO

Así, la Ley 436 del Fuero Nuevo de Navarra establece –al regular los derechos de sobre y de subedificación como derechos reales en cosa ajena– que cuando el edificio está constituido en régimen de propiedad horizontal, la facultad de sobre y subedificar debe considerarse parte común⁴.

Con respecto al Derecho francés también puede afirmarse que los configura como elementos comunes, mencionándolos expresamente en el artículo 3 de la Ley, donde enumera:

- el derecho de sobreedificar o de subedificar sobre una construcción ya realizada, y
- el derecho de construir edificios nuevos en patios, parques y jardines, y el derecho de subedificarlos.

³ En este sentido, y por todos, *vid.* VIGNERON, G., «Copropriété. Eléments constitutifs de la copropriété», en *Juris-Classeur Copropriété*, t. I, éditions techniques Juris-Classeur, Fasc. 62, agosto 1989, p. 1. Se puede ver cómo este autor distingue, dentro de las partes comunes, entre elementos inmobiliarios e incorporales, incluyendo en estos últimos los derechos accesorios a las partes comunes.

⁴ Ley 436 del Fuero Nuevo de Navarra: Copropiedad y propiedad horizontal:

«Cuando el edificio se halle en régimen de copropiedad o de propiedad horizontal, la facultad de sobreedificar o subedificar pertenecerá a los condueños en proporción a sus respectivas cuotas...»

Estos derechos los configura el artículo 3.3 de la Ley francesa, en el silencio o la contradicción de títulos, como elementos accesorios a las partes comunes. Es decir, en lo que ahora nos preocupa, los considera elementos comunes.

Aunque el Derecho italiano no va a ser objeto de estudio, no me resisto a mencionar la peculiar configuración que realiza el artículo 1127 CC italiano de esta facultad que atribuye, con ciertas limitaciones, al propietario del piso superior la facultad de construir por encima del edificio, y al del piso inferior la de subedificar, siempre y cuando no resulte otra configuración distinta del título.

2. EL VUELO Y EL SUBSUELO COMO ELEMENTOS COMUNES

Aunque el artículo 396 CC no mencione la facultad de sobre o de subedificar, la misma habrá de atribuirse al propietario del espacio que puede ocuparse al ejercitarla, es decir, al propietario del vuelo y del subsuelo⁵.

En base a lo dicho, no es irrelevante para la caracterización de la facultad de construir en el seno de la propiedad, que el artículo 396 CC configure el vuelo como elemento común. Es más, creo que dicha mención permite incluir la facultad de sobreedificar entre los elementos comunes del edificio. Ahora bien, la mención del vuelo sólo puede relacionarse con la facultad de construir hacia arriba, pero no con la facultad de construir por debajo del edificio ya existente. Sin embargo, siendo esperable la mención del subsuelo –entendido como la parte del subsuelo no construida–, como elemento paralelo al vuelo, dicha mención no aparece en el artículo 396 CC.

El subsuelo no construido se suele asimilar al suelo, de modo que, al igual que este elemento, se suele considerar elemento común, no sólo por la doctrina⁶, sino también por la jurispruden-

⁵ La vinculación entre la propiedad del espacio y la facultad de construir ha sido criticada por CARRASCO PERERA, Angel, en *Ius aedificandi y accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, edit. Montecorvo, Madrid, 1986, p. 27, que dice: *se acude inmediatamente al dogma de la propiedad del espacio y se entiende que es esta extensión objetiva del dominio la causa próxima del ius aedificandi declarado en el artículo 350*. Para este autor, la facultad de edificar no debe presuponer la propiedad del espacio, sino que la concreción de dicha facultad debe obtenerse desde el poder general de goce y disfrute.

⁶ Así, MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, p. 112, que entiende el subsuelo como la parte del mismo a la que no se extiende el derecho de propiedad, de manera que, cuando habla de suelo, alude también al subsuelo. VENTURA-TRAVESET, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 6.ª edición,

cia⁷. Aunque se encuentran opiniones que parecen admitir la posibilidad de su privatización⁸.

No obstante, entre el suelo y el subsuelo no construido hay diferencias sustanciales, que impiden, a mi modo de ver, su equiparación. Con respecto al suelo, consideramos que necesariamente tiene que ser elemento común porque los artículos 350 y 358 del CC obligan a que el dueño del suelo lo sea de todo lo construido encima o debajo del mismo, de manera que si no fuera elemento común perteneciente a todos los que tienen derechos de propiedad separados en el edificio se estaría vulnerando dicho precepto imperativo y el principio de accesión inmobiliaria operaría atribuyendo la titularidad de todo el edificio al dueño del suelo.

En mi opinión creo que el subsuelo debe considerarse también elemento común, pero no por su asimilación al suelo, sino por su paralelismo con el suelo, al que sí se puede equiparar, si no en su materialidad, sí en su tratamiento jurídico.

editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 96, § 259. PONS GONZÁLEZ, Manuel, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal* (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios), 6.ª edición, editorial Comares, Granada, 1995, p. 141, dicen, en relación al subsuelo no edificado que: *en principio, el subsuelo seguirá la condición jurídica del suelo*. DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Comentario a la disposición adicional única de la Ley 8/1999», en VVAA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, 2.ª edic., Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 803. GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, y GÓMEZ MARTÍNEZ, Juan, en *La Ley de Propiedad Horizontal*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 252.

⁷ La STS de 3 de febrero de 1987 (RJ 677), resuelve un caso en el que el propietario privativo de los sótanos creía tener derecho a construir en el subsuelo; el Tribunal estima que el subsuelo que se encuentra bajo los sótanos, es decir, el que no está construido, debe considerarse elemento común.

La STS de 30 de noviembre de 1984 (RJ 5692) dice lo siguiente:

«... afectan al suelo del edificio, elemento común del mismo según el artículo 396.1 del CC, sin que quepa hacer distinciones entre suelo y subsuelo en este caso, ya que, conforme a la acepción lingüística oficial, suelo es el sitio o solar de un edificio, y también la superficie artificial que se hace para que el piso esté sólido y llano, formando parte del mismo en esta acepción el subsuelo o terreno que está debajo de la capa labrantía o laborable o en general debajo de una capa de tierra, y esa capa de tierra integrante de suelo y subsuelo...»

Por su parte es significativo que en la STS de 13 de julio de 1995 (RJ 5963), donde se aborda el problema de un sótano excavado en el subsuelo, sólo se refiera al suelo, al que califica de elemento común. Asimismo ocurre en la de 18 de diciembre de 1987 (RJ 9584) en la que se dice que se pretendía la apropiación de un *suelo* común, tratándose de un problema referido a un sótano. En la STS de 27 de marzo de 1984 (RJ 1438), referida a una excavación en el subsuelo realizada por un copropietario, se dice que dichas obras afectaban al suelo que es elemento común.

Es evidente, por tanto, la asimilación que el Tribunal Supremo realiza entre el suelo y el subsuelo, y que a ambos les aplica la calificación de elementos comunes, como en la Sentencia de 4 de marzo de 1985 (RJ 1107) en la que se afirma que el suelo y el subsuelo son elementos comunes.

⁸ Vid. MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio, *La Ley de Propiedad Horizontal* (Jurisprudencia, comentarios doctrinales y concordancias), edit. Comares, Granada, 2002, p. 45: *En principio –se refiere al suelo– ha de presumirse como elemento común en tanto no se demuestre lo contrario*.

3. LA FACULTAD DE SOBRE O SUBEDIFICAR COMO ELEMENTO COMÚN POR DESTINO

Como sabemos, la enumeración de elementos comunes del artículo 396 CC no es Derecho imperativo, sino que los componentes del edificio que aparecen en dicha lista pueden adoptar la configuración de elementos privativos en el seno de la propiedad horizontal. Y ello porque el último párrafo de dicho precepto reconoce la posibilidad de que esta forma de propiedad se rija por la voluntad de los particulares en cuanto lo permitan las disposiciones legales especiales. Ahora bien, se entiende que no todos los elementos catalogados como comunes en dicho precepto pueden ser privatizados, sino sólo algunos de ellos⁹. A esta idea responde la distinción entre elementos comunes por naturaleza, que no pueden ser privatizados, y los elementos comunes por destino, que sí pueden serlo. La cuestión ahora consiste en analizar si la facultad de sobre y de subedificar hay que incluirla en una u otra categoría.

A diferencia de lo que ocurre en Derecho español, el artículo 3 de la Ley francesa de copropiedad de edificios, contempla la posibilidad de que se pueda privatizar cualquier parte de las que configura como comunes, al decir que las partes que enumera son comunes *en el silencio o la contradicción de títulos*. De manera que la distinción existente en Derecho español entre elementos comunes por naturaleza y por destino no existe en Derecho francés puesto que todo puede privatizarse, de modo que, en dicho Ordenamiento, todos los elementos comunes serían –con terminología española– partes comunes por destino. Por tanto, también la facultad de sobre y de subedificar –que hay que entender contemplada en el párrafo tercero del artículo 3 cuando alude a la facultad de edificar en patios, parques y jardines, y a la facultad de sobreedificar y de subedificar en el terreno ya ocupado por el edificio– es privatizable.

En cuanto al Derecho español para ver si la facultad de construir debe ser calificada como elemento común por destino o por naturaleza hemos de analizar qué ocurre con el vuelo y el subsuelo, entendidos como el espacio inferior y superior al inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal que no están ocupados por el edificio, es decir, el espacio no construido.

⁹ Hay autores que parecen sostener que cualquier elemento común es susceptible de ser desafectado o reservado como privativo: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano, «Los elementos comunes en el régimen de Propiedad Horizontal», en *Foro Gallego*, 1982, núm. 178, p. 55; también en MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, tomo I, pp. 176 ss.

En principio, los elementos privativos, tal y como aparecen definidos en el artículo 396 CC, deben ser pisos, locales o partes del edificio susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común o a la vía pública. Esto permite configurar como privativos elementos considerados comunes por el artículo 396, tales como los patios o los jardines¹⁰, porque son espacios suficientemente delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común o a la vía pública. Tampoco existe inconveniente en admitir la privatización cuando se trata de locales edificados como los destinados a porterías, o los garajes. Sin embargo, cuando el elemento común es una parte no edificada como el vuelo o el subsuelo es más difícil afirmar la posibilidad de su privatización, ya que se trata de elementos que carecen de la materialidad física que parece exigir el artículo 396 al describir los elementos privativos y referirse a ellos como *pisos o locales de un edificio o las partes de ellos*, es decir, como partes ya edificadas.

En cuanto al *vuelo*, se afirma su carácter de componente común y, pese a encontrar autores que lo califican como elemento común por naturaleza¹¹, la mayoría contemplan la posibilidad de reservarlo¹², de modo que podríamos calificarlo de elemento común por destino. Jurisprudencialmente es muy ilustrativa la STS de 7 de noviembre de 1979 (RAJ 3644), en la que se trata de un derecho de sobreedificación que se había constituido sobre un edificio en propiedad horizontal, con respecto al cual dice el Tribunal que:

«... sólo después de la obra innovadora puede hablarse de la calificación del vuelo como elemento común, a tenor de lo dispuesto en el artículo 396 CC.»

¹⁰ La STS de 6 de junio de 1979 (RAJ 2323) contempla un supuesto en el que se privatiza el patio.

¹¹ Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 543. No obstante, luego parece reconocer la posibilidad de reservarlo, en la p. 549. También PASTOR ÁLVAREZ, M.^a del Carmen, *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes del edificio*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 87.

¹² En este sentido vid. VENTURA-TRAVESET, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 6.^a edición, editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 100, § 264. PONS GONZÁLEZ, Manuel, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal* (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios), 6.^a edición, editorial Comares, Granada, 1995, pp. 84 y siguientes. Este autor, al estudiar el vuelo, alude al derecho de vuelo y considera que éste derecho sí puede ser objeto de reserva. CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, *Derecho de la construcción y de la vivienda*, editorial Dilex, Madrid, 1997, p. 349; parece clara la postura de estos autores en el sentido de que el vuelo es elemento común por naturaleza, pero aluden a la posibilidad de su reserva. DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Comentario a la Disposición adicional única de la Ley 8/1999», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, de VVAA, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 804.

Es decir, que, conforme a este pronunciamiento, el vuelo existente por encima del edificio es común una vez que se ejercita la sobreelevación; mientras que antes de la edificación parece presuponerse en esta sentencia la posibilidad de que el vuelo que ha venido a ser ocupado por la sobreedificación se haya privatizado.

En cuanto al *subsuelo* no edificado hemos dicho que se suele asimilar al suelo, de modo que, al igual que éste, suele considerarse como elemento común¹³. Pero lo que ahora estamos intentando dilucidar no es si el subsuelo es elemento común sino si la facultad de edificar en el espacio inferior al solar es elemento común por destino o por naturaleza, es decir, si es privatizable o no. Y en relación a este aspecto es donde se manifiesta la no homogeneidad entre el suelo y el subsuelo, y donde se demuestra que, como decía más arriba, para calificar al subsuelo como elemento común, mejor que al suelo, debe asimilarse al vuelo.

Ahondando en las diferencias existentes entre el suelo y el subsuelo, hay que tener en cuenta que, como ya he dicho anteriormente, el suelo, en el seno de la propiedad horizontal, es elemento común por naturaleza, lo que significa que no es posible su privatización porque, de lo contrario, se infringirían los artículos 350 y 358 CC.

Si el subsuelo está construido, debe aplicársele el mismo tratamiento que al edificio construido en el vuelo. Si los pisos en altura son susceptibles de ser privatizados, lo mismo ocurre con los locales que se encuentren situados en el subsuelo¹⁴.

En este sentido se pronuncia la STS de 6 de mayo de 1991 (RAJ 3564), que viene a decir que:

«Aunque no se mencione *nominatim* al sótano de un edificio para su uso en propiedad horizontal como elemento común en el

¹³ Así, MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, p. 112. VENTURA-TRAVERSESET, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 6.ª edición, editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 96, § 259. PONS GONZÁLEZ, Manuel, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*, 6.ª edición, editorial Comares, Granada, 1995, p. 141, dicen, en relación al subsuelo no edificado que: *en principio, el subsuelo seguirá la condición jurídica del suelo.*

¹⁴ Cuando se encuentra el subsuelo edificado pueden ser objeto de privatización los diferentes locales que se encuentren en él, pudiéndose citar, en tal sentido, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: así la de 18 de diciembre de 1987 (RAJ 9584) alude a que se pretendía privatizar un suelo que era elemento común, en el que se había realizado un sótano; la STS de 17 de junio de 1988 (RAJ 5115) en la que se contempla la posibilidad de privatizar el subsuelo que se había excavado –con lo que estaba construido–, siendo elemento común; la de 6 de mayo de 1991 (RAJ 3564) también alude a la posibilidad de privatizar un sótano; también la STS de 13 de julio de 1995 (RAJ 5963) contempla un caso de privatización del subsuelo en el que un copropietario habría realizado un sótano.

artículo 396, ello no es óbice para considerarlo como tal, cuando responde por su propia ubicación... a ello habrá que añadirse que, por la propia ubicación de tal sótano en el subsuelo del edificio, en principio, en tanto no se acredite la expresa inclusión en el título correspondiente del mismo como tal elemento privativo, habrá de seguirse el decurso general de que es un elemento al servicio de la Comunidad...»

En cuanto al subsuelo no edificado debe aplicársele el mismo tratamiento que al vuelo no edificado y considerarlo como elemento común por destino y no por naturaleza, ya que las razones que hacen al suelo elemento común por naturaleza no concurren en este caso.

II. LA FACULTAD DE SOBRE O DE SUBEDIFICAR ATRIBUIDA PRIVATIVAMENTE

En la medida en que las facultades de sobre y de subedificación deben ser consideradas como elementos comunes por destino habrá que admitir la posibilidad de su privatización. No obstante a tal posibilidad se opone la *famosa* Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999/2886). Dice la sentencia literalmente que:

Por ello, esta Sala no puede conceder eficacia jurídica al artículo 16 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947/476, 642 y NDL 18733), porque este precepto se opone al CC y a la Ley de Propiedad Horizontal, en su concreta confrontación con los artículos 369 CC y 3 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

El derecho de elevación es una realidad en la vida jurídica española y está consagrado en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario; su establecimiento es correcto en algunos casos e incorrecto en los supuestos de edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal.

Este derecho, tal como se programa en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, es incompatible con el CC y con la Ley de Propiedad Horizontal, y por tanto, su regulación es inaplicable al caso por contrariar al principio de jerarquía normativa.

Este aserto es verdadero, como lo demuestra la simple lectura combinada del artículo 396 CC y del artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 396 establece que los diferentes pisos o locales de un edificio podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones fosos y cubiertas.

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario proclama la inscripción del derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edi-

ficaciones resultantes que se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero.

Si hacemos pasar este último precepto por la piedra de toque del artículo 396 CC se advierte claramente que deviene inviable. *El elevar plantas tiene que hacerse sobre el vuelo, sobre las cubiertas del edificio, que son elementos comunes y como tales pertenecientes proporcionalmente a todos los propietarios del inmueble una vez que el constructor haya enajenado las diferentes partes determinadas. Y, por tanto, para apoyar en un elemento común es preciso contar con el consentimiento de la Junta de propietarios; si no, lo construido, por cesión, será otro elemento común, también perteneciente a todos los condueños.*

Lo mismo cabe decir de la otra modalidad del derecho: la realización de construcciones bajo el suelo del edificio. El suelo y las cimentaciones son elementos comunes que pertenecen en copropiedad compartida a todos los vecinos, y a todos corresponderá, por cesión, lo que se construya subterráneamente, ya que no se puede disponer aisladamente de los elementos comunes sin transmitir al mismo tiempo la propiedad de cada piso.

El que este derecho de elevación se mencione en las escrituras de venta de los diferentes pisos no implica consentimiento tácito de los adquirentes de los apartamentos, dada la indisponibilidad institucional y aislada de los elementos comunes.

La doctrina contenida en esta sentencia negaría la posibilidad de que el derecho de sobre o de subedificación se atribuyera privativamente cuando la finca está constituida en régimen de propiedad horizontal. Se trata de un pronunciamiento aislado, ya que, en sentencias posteriores, como la de 9 de junio (RJ 1999/4733) y 15 de noviembre (RJ 1999/7532) de ese mismo año, el Tribunal Supremo no se cuestiona la posibilidad o imposibilidad de atribución privativa de este elemento. Dicha sentencia fue oportunamente contestada por Albaladejo, para el cual debe admitirse tal posibilidad¹⁵.

Creo que la facultad de sobre y de subedificación en una finca constituida en régimen de propiedad horizontal no sólo puede privatizarse, si no que, además, ha de tenerse en cuenta que existen diferentes formas de articular dicha privatización, que, a continuación, examinamos.

1. ATRIBUCIÓN PRIVATIVA *AB INITIO* Y POR ENAJENACIÓN

De entrada, la privatización de las facultades de sobre y de subedificación puede venir ya establecida desde el mismo momen-

¹⁵ Vid. ALBALADEJO, Manuel, «¿Inadmisibilidad legal del derecho de elevación del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario? (Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 1999)», en *Revista de Derecho Privado*, 2000, mayo, pp. 413 a 436.

to en que se constituye el régimen de propiedad horizontal, en el propio título constitutivo. Cuando quien resulta ser titular de estos derechos es el propietario único del edificio que se los atribuye antes de comenzar la venta de los pisos y locales se habla de reserva de estos derechos.

Pero puede ocurrir también que quien desde el principio es titular de este derecho lo haya adquirido, bien por donación, o en pago de servicios prestados –por ejemplo, al Arquitecto, al Notario etcétera–, bien por haberlo comprado mediando precio. Así, García-Granero, nos relata un caso en el que este derecho lo transmitían los propietarios del edificio que iban a venderlo en favor del agente de la propiedad inmobiliaria que había mediado en las gestiones¹⁶. En estos casos entiendo que no cabe hablar de constitución por reserva; designación que sólo hay que usar para el caso en que el propietario único del edificio se atribuye unilateralmente el derecho.

La facultad de sobre o subedificación atribuida privativamente puede ser objeto de sucesivas transmisiones, ínter vivos o mortis causa¹⁷.

Un ejemplo de constitución por reserva del propietario único de la finca lo tenemos en la RDGRN de 25 de septiembre de 1991 (RAJ 6236), en el que la propietaria única constituye un régimen de propiedad horizontal sobre un inmueble, reservándose el derecho de construir cuatro plantas más. Otro ejemplo aparece en la RDGRN de 6 de noviembre de 1996 (RAJ 7928).

Cabe, también, que, configuradas estas facultades, desde el principio, como elementos comunes, sean privatizados, por enajenación decidida por un acuerdo del conjunto de copropietarios. El problema a resolver en este caso, y al que nos referiremos más adelante, es la determinación de la mayoría por la que debe válidamente adoptarse dicho acuerdo.

A estas dos formas de privatización de componentes del edificio en régimen de propiedad horizontal aluden la STS de 31 de diciembre de 1993 (RAJ 9920), o la de STS de 22 de diciembre de 1994 –RAJ 10368–, que dice:

«La posibilidad de que un elemento en principio común pueda ser desafectado de tal calificación comunitaria convirtiéndose en

¹⁶ Vid. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan, «Derechos de sobreedificación y subedificación», en *Conferencias sobre Derecho foral*, Seminario de Derecho foral, curso 1975-1976, Facultad de Derecho de San Sebastián, editado por la Diputación Foral de Guipúzcoa, Zarauz, 1978, p. 123.

¹⁷ Enajenaciones para las que el titular del derecho no precisa consentimiento del resto de copropietarios de la finca, como afirman las Resoluciones de la DGRN de 28 de octubre de 1988 (RAJ 8002) y de 31 de octubre de 1988 (RAJ 8003).

privado puede operarse en la Ley de Propiedad Horizontal de dos formas: la que pudiera denominarse inicial o atributiva *ab initio*, que surge cuando así se ha constatado en el título constitutivo y que con un sentido técnico puede calificarse de «reserva de titularidad»; y la *a posteriori* que se opera en virtud de acuerdo adoptado después de constituido dicho régimen de propiedad por acuerdo unánime (art 16.1 LPH), dando lugar a la auténtica desafectación.»

2. ATRIBUCIÓN PRIVATIVA A INTEGRANTES DE LA COPROPIEDAD Y A EXTRAÑOS A LA MISMA

La atribución privativa puede operarse, bien en favor de personas que no forman parte de la comunidad, bien en favor de personas que sí son copropietarios. Que sea una u otra forma de privatización es relevante a efectos de establecer el régimen jurídico que rige el ejercicio de dichas facultades y también las relaciones del titular con el resto de copropietarios del edificio. Entre otras cosas saber ante qué tipo de relación estamos permitirá determinar si el titular de las facultades a que nos referimos forma parte de la copropiedad o no, es decir, si tiene derecho a voto y obligación de contribuir a los gastos comunes, y, además, permite precisar el momento de ingreso en la comunidad¹⁸.

A) **Atribución privativa a sujetos pertenecientes de la copropiedad**

Caben aún dos posibilidades en este supuesto. Una consiste en que, a un adquirente de un piso, se le atribuyan privativamente estas facultades como componente privativo más de un lote de copropiedad conformado, además, por un piso o local. La segunda consiste en atribuir las como componente privativo único de un lote, al que se le han vinculado ya, desde el principio, una cuota en los elementos comunes del inmueble, entre ellos el suelo.

El ejercicio de la facultad de sobre o subedificar en estos casos y las relaciones de su titular con el resto de copropietarios se regirá por la Ley de Propiedad Horizontal. De manera que, en la medida en que forman parte de la copropiedad, tendrán derecho a voto y

¹⁸ Sobre las dudas doctrinales en relación a esta cuestión puede verse en ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, pp. 564 ss.

deberán contribuir a los gastos comunes en la medida en que proceda. Y ello desde el primer momento, es decir, antes incluso de que se efectúe la sobre o subedificación. No obstante cabe que en el acuerdo de atribución se haya pactado algo distinto en cuanto a la obligación de contribuir a los gastos comunes en la fase previa al ejercicio de la facultad y a ello habrá que atenerse.

a) *Como componente privativo único de un lote: los lotes transitorios*

En este caso, nos encontramos ante un lote integrado por un derecho de sobre o subedificación y una cuota parte en los elementos comunes; figura que la doctrina y la jurisprudencia francesa denominan *lote transitorio*.

No obstante, la admisión de tales lotes como verdaderos lotes de copropiedad no es cuestión pacífica, existiendo autores que les niegan tal condición¹⁹, mientras otros aceptan tal posibilidad²⁰.

Desde el punto de vista jurisprudencial, existe una tendencia clara hacia el reconocimiento de los mismos como verdaderos lotes de copropiedad, y, en consecuencia, a otorgar a sus titulares derecho de voto en las asambleas y poniendo a su cargo la obligación de contribuir a los gastos comunes²¹. Esta tendencia jurispruden-

¹⁹ Los que niegan su condición de verdaderos lotes de copropiedad, como GIVERDON, Claude, et BOUYEURE, Jean-Robert, «Les lots transitoires de copropriété», en *Administrer*, núm. 119, décembre, 1981, p. 9, § 11, se basan en el artículo 5 de la Ley de 1965, que establece las bases para fijar la cuota-parte que cada piso o local tiene en los elementos comunes, para el caso de que no haya pacto expreso que lo determine. En el § 12 de la p. 10 insiste en la idea diciendo que: *está permitido, por tanto, avanzar, que un lote transitorio no es verdaderamente un lote de copropiedad; no es una fracción del inmueble en el sentido y para la aplicación del estatuto de la copropiedad de inmuebles **construidos***. (La traducción es mía y el subrayado en negrita aparece así en el original.)

No obstante tener presente el carácter dispositivo del precepto, los defensores de esta tesis se basan en él para afirmar que es necesario que el lote tenga una *consistencia, una superficie y una situación, lo que, finalmente, no se concibe más que para un lote que depende de un inmueble construido, o, al menos, de un inmueble cuyo permiso de construcción permita precisar la consistencia exacta*. Vienen a decir que el lote transitorio no tiene la estructura de un verdadero lote de copropiedad.

²⁰ LAFOND, Jacques, «Le statut juridique des programmes immobiliers en copropriété inachevés», *La Semaine Juridique, JCP*, éd. N., 1988, I, Doctrine, p. 29, § 13. TOMASIN, Daniel, «Les lots "transitoires" et le statut de la copropriété», en *Revue de Droit Immobilier*, 10 (2), avr.-juin, 1988, p. 166 ss, § 17 ss.

²¹ Entre las sentencias ya decididamente partidarias de considerar estos lotes como verdaderos lotes de copropiedad, pueden citarse:

La Sentencia de la Cour de Cassation de 15 de diciembre de 1989 –Cour de Cassation 15 décembre 1989, troisième chambre civile, consultada en: *Dalloz*, 1990, p. 216-. Se considera en esta sentencia que un lote constituido por el derecho de usar una superficie determinada para edificar así como una cuota-parte de la propiedad del suelo y de las partes comunes es un inmueble por naturaleza.

La Sentencia de la Cour de Cassation de 14 de noviembre de 1991 –Cour de Cassation, 14 novembre 1991, troisième chambre civile, consultada en: *La Semaine Juridique*,

cial ha hecho variar la opinión de algunos autores que habían mantenido una postura contraria al reconocimiento de estos lotes como verdaderos lotes de copropiedad²².

En cuanto al Derecho español creo que debe admitirse esta posibilidad, en la medida en que una de las alternativas para determinar el régimen jurídico aplicable cuando se constituye un derecho de sobre o de subedificación con transmisión inicial de una cuota de suelo es la Ley de Propiedad Horizontal²³.

J. C. P., 1992, II, p. 223— resuelve un recurso de casación contra la Sentencia de 2 de mayo de 1989, dictada por la Cour d'appel de Chambéry como consecuencia del envío que a este Tribunal se hizo por la Sentencia de 13 de mayo de 1987 de la Cour de Cassation. La segunda sentencia alude expresamente a la constitución de lotes de copropiedad formados de terrenos no construidos, privativamente reservados para el ejercicio del derecho exclusivo del titular de edificar en ellos una construcción. La doctrina entiende que esta sentencia es definitiva sobre el tema, y que viene a afirmar que los lotes transitorios son verdaderos lotes de copropiedad. *Vid* en este sentido: GIVERDON, Claude, et GIVORD, François, *La copropriété*, Dalloz, 1992, p. 30, § 34; GIVERDON, Claude, «Les “lots transitoires” sont de véritables lots de copropriété», en *La Semaine Juridique, JCP*, éd. Notariale, núm. 24, 1992, p. 330.

²² Por ejemplo, GIVERDON, Claude, que en el artículo que escribe con BOUYEURE, Jean-Robert, «Les lots transitoires de copropriété», en *Administrer*, núm. 119, décembre, 1981, pp. 11 ss, había sostenido la no asimilación de estos lotes transitorios a los lotes de copropiedad, y en el artículo «Les “lots transitoires” sont de véritables lots de copropriété», en *La Semaine Juridique, JCP*, éd. Notariale, núm. 24, 1992, p. 329 ss, cambia su postura a la vista de las decisiones judiciales. Mantiene este cambio de postura en «L'exercice du droit exclusif de bâtir constituant la partie privative d'un lot transitoire», en *La Semaine Juridique, JCP*, éd. Notariale, núm. 44, 1992, p. 54.

²³ Sobre esta cuestión puede verse mi trabajo: *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, edit. por Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000. En la parte dedicada al derecho de sobre y de subedificación se contempla la posibilidad de que se admitan estos lotes de copropiedad, ya que considero, como alternativa posible, la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a un derecho de sobre y de subedificación constituido con transmisión de una cuota del suelo *ab initio*. Podría asimilarse a una situación de prehorizontalidad. *Vid* concretamente, pp. 286 ss.

No obstante, la RDGRN de 21 de noviembre de 2002 (RJ 2003/3938) podría verse como un supuesto de lote transitorio, sin embargo la DGRN dice que:

Y respecto del elemento número cuatro las normas estatutarias contenidas en la cantidad escriturada configuran sobre él un derecho análogo al de vuelo, al que podría aplicarse por analogía la norma del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476, 642). Pero lo cierto es que aun configurado como derecho de vuelo (sin prejuzgar sobre si solo es posible el derecho de vuelo sobre edificio y no sobre un terreno) tampoco este derecho permite abrir folio propio en el Registro mediante el recurso de atribuirle número y cuotas actuales, independientes de los que le correspondan en él una vez construido, que por concurrir las mismas razones vistas respecto del elemento número cinco no responden actualmente a una propiedad privativa.

Esas razones a las que se refiere la Resolución son:

«... es evidente que los “dos espacios abiertos o porciones de solar no edificados”, tal como están descritos en la escritura, no son susceptibles de aprovechamiento independiente ni cumplen los requisitos que los artículos 396 del CC y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960, 1042) exigen para ser objeto de propiedad separada. La que se identifica con el número cinco se limita a determinar un espacio dentro del suelo común, que se califica de privativo sin atribuirle función ni finalidad ni interés alguno protegido y con tal incongruencia respecto del título de adquisición de la propiedad privativa que se alega que es, según la propia escritura, la construcción ab initio.

b) *Como componente privativo más de un lote de copropiedad*

Puede atribuirse a un propietario de un piso o local privativamente la facultad de sobre o de subedificar en determinado lugar del inmueble. Se da este supuesto, por ejemplo, cuando al propietario del piso superior se le permite edificar una planta más que ocupe la superficie del piso del que es propietario; también cabe que al del piso de abajo se le permita realizar algún sótano en el subsuelo, o cabe también que el propietario de la primera planta se le permita edificar encima de lo que constituye el tejado de la planta baja.

Supuestos como el ahora abordado aparece contemplado en la STS de 30 de noviembre de 1994 (RAJ 8638), en la cual el propietario único de un edificio se había reservado el derecho de vuelo, tanto sobre la parte de edificio destinada a viviendas, que tenía dos plantas, como la destinada a almacén, que sólo tenía una planta. El titular del derecho de sobre y subedificación enajena en favor del propietario del almacén, que formaba ya parte de la Junta de Propietarios, la posibilidad de construir encima del mismo. De tal manera que nos encontramos con un titular del derecho de vuelo integrante de la copropiedad.

También aparece contemplado un supuesto de atribución privativa en favor de un copropietario en la STS de 23 de febrero de 1993 (RAJ 1223), en la que se atribuye el derecho de edificar sobre una terraza al propietario de uno de los pisos, que asume –desde el principio– los gastos de su conservación y, además, hace frente a los daños que, por causa de la terraza, se provocaron al local comercial que se encuentra debajo.

El problema que se suscita en relación a este supuesto es la posibilidad de disposición de estos derechos que tiene su titular. En principio, no hay ningún problema, en la medida en que el artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal, permite dividir los pisos o locales y sus anejos para formar otros más reducidos e independientes, siempre y cuando haya un acuerdo de la Junta para atribuir cuotas a los nuevos pisos así creados. Si cabe la división del piso, no veo por qué ha de haber problema para que el titular enajene estos derechos separadamente del piso o local del que es propietario. Ahora bien, también hay que diferenciar los casos que pueden darse.

Si lo que se enajena es sólo la facultad de sobre o de subedificación con carácter superficiario –es decir, sin transmitir una cuota de elementos comunes– parece obvio que no es necesario el consentimiento de la Junta de Propietarios, puesto que no se produce alteración en las cuotas ni del copropietario cuyo lote está integra-

do por ese anejo, ni en las del resto de copropietarios. Transcurrido el plazo de duración del derecho de superficie, la construcción realizada retornará a la propiedad del piso al que se encontraba vinculado, cuyo titular tiene atribuidas las cuotas correspondientes a esa nueva construcción, y, además, es quien habrá venido pagando los gastos comunes, si es que no se había pactado algo al respecto con el titular del derecho de superficie durante su vigencia.

Si lo que pretende es enajenar estas facultades y, además, la correspondiente cuota de participación en los elementos comunes, el titular del derecho podrá enajenarlo sin necesidad de que consienta la Junta, siempre y cuando el título constitutivo prevea una modificación de todas las cuotas de participación en los elementos comunes a raíz del ejercicio del derecho. Si no se contempla dicha modificación, y no pretende establecer una relación superficiaria, podrá consentir la enajenación la Junta de Propietarios para proceder al reparto de las cuotas de participación pertinentes; en cualquier caso, siempre queda el recurso a los órganos jurisdiccionales para que fijen el reparto de cuotas en base a los criterios objetivos señalados en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal.

B) Atribución privativa a extraños a la copropiedad: su configuración como derechos reales en casa ajena

Es posible que la atribución privativa de estas facultades se realice en favor de sujetos que no tengan la consideración de copropietarios, ni la adquieran al incorporar ese derecho a su patrimonio.

En este caso nos encontramos, por supuesto, ante derechos reales en cosa ajena, en la medida en que, a su titular, no se le transmite, ni tiene atribuida, ninguna cuota de participación en los elementos comunes²⁴. El titular de estas facultades lo será de un derecho real en cosa ajena, que, necesariamente, será o un derecho de superficie o un derecho de sobre o de subedificación. Evidentemente, en este tipo de relaciones, el ejercicio del derecho y las relaciones del titular con los copropietarios de la finca gravada, se

²⁴ Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 544, dice, en este sentido, que: *el carácter ajeno no se pierde aunque el titular del derecho sea propietario de una cuota del edificio sobre el que aquél recae*. Es decir, para este autor, aunque la facultad se atribuya a un copropietario, nos encontramos ante un derecho real en cosa ajena. Sin embargo creo que, en tal caso, es mejor hablar de facultad del dominio que se atribuye privativamente a uno de los condóminos. Esto es importante a la hora de establecer el régimen aplicable, ya que si es facultad del dominio debe regirse por la Ley de Propiedad Horizontal; pero si es derecho real en cosa ajena, dicha norma no será aplicable, sino que regirán las propias del derecho real de que se trate.

regirán por las normas aplicables al derecho de superficie y a los derechos de sobre y de subedificación –según se trate de un caso o de otro–, y no por la Ley de Propiedad Horizontal. De entrada, los titulares de estos derechos reales en cosa ajena no tienen derecho a voto en la Junta –porque no forman parte de ella–, ni tienen que contribuir a los gastos y cargas comunes.

Se puede tratar de un derecho real de superficie, en cuyo caso el titular nunca participará de los elementos comunes, nunca tendrá la consideración de copropietario, ni tan siquiera cuando proceda a la sobre o subedificación. Al extinguirse el derecho de superficie, lo construido revertirá a la propiedad a la que estaba vinculado el derecho –sea la comunidad u otro copropietario–²⁵.

Puede tratarse también de un derecho de sobre y de subedificación, en cuyo caso el titular adquirirá una cuota en el suelo y en el resto de elementos comunes cuando realice la sobre o subedificación, incorporándose entonces como copropietario, y asumiendo entonces derecho a votar y obligación de contribuir a los gastos comunes.

Un supuesto de atribución a un extraño a la copropiedad es el contemplado por la STS de 30 de noviembre de 1994 (RAJ 8638), en la cual el propietario único de una finca, que él mismo constituye en propiedad horizontal, en el momento de la enajenación de las dos plantas en que había dividido el edificio, se reserva *el derecho de mayor elevación sobre el edificio de referencia, haciendo suyas las edificaciones resultantes*.

CAPÍTULO PRIMERO

EL EJERCICIO DE LA *FACULTAD* DE SOBRE O SUBEDIFICAR COMO ELEMENTO COMÚN EN EL SENO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL: EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Vamos a estudiar, en este primer capítulo, los derechos de sobreedificación y de subedificación cuando son elementos comunes en el seno de la propiedad horizontal. En realidad, cuando estos

²⁵ En Derecho francés, la atribución de estas facultades a través de la constitución de un derecho real, sólo puede operarse a través de un derecho de superficie que excluye –al igual que en Derecho español–, cualquier participación del titular del derecho de superficie en la copropiedad del suelo y de los elementos comunes. Los derechos de sobre y de subedificación no existen como derechos reales en cosa ajena en Derecho francés, en la medida en que al poder ser el derecho de superficie perpetuo no precisan de tal institución jurídica.

componentes inmateriales de la finca tienen tal configuración, es como si nos encontráramos ante el supuesto de ejercicio de la facultad de sobre o subedificar por el propietario único de la finca. Lo que ocurre es que, cuando el inmueble pertenece a una pluralidad de propietarios y está sometido al régimen de propiedad horizontal, se hace necesario regular el ejercicio de la facultad a que nos referimos por la complejidad estructural de la institución y por los problemas que puede provocar.

Es obvio que en este caso el ejercicio de estos derechos corresponde al conjunto de copropietarios, y no a uno de ellos exclusivamente. No obstante, en la práctica, es bastante frecuente que el propietario del piso inferior o del superior sobre o subedifiquen individualmente; posibilidad que, evidentemente, no existe, cuando, no habiéndoseles otorgado privativamente a ellos, la facultad de sobre o de subedificar está configurada como elemento común²⁶.

La regulación del ejercicio del derecho de sobre o de subedificación cuando es elemento común está contenida en el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal, que dispone que:

«La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afec-

²⁶ Cuando la facultad de sobre o de subedificar es elemento común no puede ser ejercitada por un copropietario individualmente. En la STS de 27 de marzo de 1984 (RAJ 1438), el propietario de la planta baja, para legitimar la excavación que había realizado en el sótano, argumenta que, según el artículo 350 del CC, el dueño del suelo es propietario de lo que hay encima y debajo. A dicha argumentación responde el TS,

«CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria debe correr el séptimo de los motivos en el que, por el mismo cauce del núm. 1.º del artículo 1692 de la L.E.Civ., se denuncia la falta de aplicación del artículo 350 del C.Civ., conforme al cual “El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convenga”; pues, en efecto, no pueden pariguarse, el dueño de un terreno (que es el autorizado por el artículo citado para efectuar excavaciones sin otras limitaciones o salvedades que “las servidumbres”, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas –(RCL 1973/1366 y NDL 20019)– y Aguas (NDL 1054) y en los reglamentos de policía –(RCL 1958/1912 y NDL 1079)– con las facultades que corresponden a los partícipes en una propiedad horizontal a quienes en el párr. 1.º (del art. 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal) se autoriza para que modifiquen (con ciertas limitaciones) el respectivo piso o local de que sean titulares, mas consignando a continuación (en el párr. 2.º del mismo artículo) la prohibición terminante de que cada propietario “no podrá realizar alteración alguna” en el “resto del inmueble” que no es sino “los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute” del párr. 1.º del artículo 396 del C.Civ. “tales como el suelo” y los otros varios que enuncia en relación abierta; y de ahí que la sentencia de esta Sala de 30 junio 1967 (RJ 1967/3496) conceptuase infracción del recordado ordenamiento legal la excavación de seis metros de longitud por 2,80 de profundidad y 0,90 de anchura, siendo la del juicio de que el ahora presente recurso dimanaba de un metro de profundidad por cuatro o cinco en cuadro; desprendiéndose de lo razonado que la excavación en la cosa común afecta al título constitutivo al igual que la otra modificación ya considerada y debió someterse también al régimen establecido para las modificaciones del mismo (art. 11) [en la actualidad artículo 12] que es el de la unanimidad de la norma primera del 16 [actualmente artículo 17.1].»

tan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos.»

I. EL SUPUESTO FÁCTICO CONTEMPLADO POR EL PRECEPTO

1. SOBRE O SUBEDIFICACIÓN QUE AFECTA AL TÍTULO CONSTITUTIVO

La formulación del supuesto de hecho del artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal induce, a mi modo de ver, a confusión. El primer inciso —«La construcción de nuevas plantas...»— parece, por sí solo, configurar el supuesto fáctico que se pretende normar, de manera que, podríamos extraer la idea de que, con independencia de la caracterización que las facultades de sobre y de subedificación tengan en el seno de la propiedad horizontal, ha de aplicarse este precepto a cualquier ejercicio de los mismos que se realice en el edificio. Seguramente es esta, a mi entender, poco clara formulación del supuesto de hecho de la norma, lo que ha determinado que los autores no suelen plantearse qué supuestos de sobre o de subedificación se están contemplando en ella, o, en el caso de que se lo planteen, a considerar comprendidos en la misma todos los supuestos, es decir, tanto los casos de ejercicio de estos derechos cuando están configurados como parte común, como cuando han sido ejercitados por quien los tenía reservados privativamente ²⁷.

²⁷ En esta línea puede citarse a: VENTURA-TRAVERSET, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 6.ª edición, editorial Bosch, Barcelona, 2000, en la p. 439, considera que este artículo se refiere a la construcción de nuevas plantas, sin precisar si se refiere al caso en el que el derecho a realizar esa sobre o subedificación aparece configurado como elemento común, o se encuentra reservado privativamente a alguien. Esta falta de matización se corrobora cuando, al analizar los supuestos contemplados en este precepto, considera incluidos en él, en primer lugar, la construcción de nuevas plantas, y, en tercer lugar y como supuesto diferente al primero, el de alteración en las cosas comunes. Con lo que parece que puede entenderse que este autor no limita el ámbito de aplicación del precepto a los casos en los que los derechos de sobreedificación y de subedificación aparecen configurados como elementos comunes. Tampoco matiza los supuestos que deben entenderse aquí regulados: MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, Tomo I, cuando dice en la p. 1016 que: *A propósito de esa «construcción de nuevas plantas» que aparece en el artículo, creemos conveniente indicar que dicha frase comprende el generalmente conocido con las denominaciones de «derecho de levante» y «derecho de vuelo».* Pero no distingue si sólo cuando es parte común o también cuando

Sin embargo, entiendo que una adecuada delimitación del supuesto de hecho del artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal y, por ende, del ámbito de aplicación de dicho precepto, viene perfilada por lo que parece ser una consecuencia jurídica. Concretamente, me estoy refiriendo al inciso «afectan al título constitutivo». Conforme a la formulación literal del precepto, parece que la afectación del título constitutivo se produce necesariamente y en todo caso cuando se procede a construir nuevas plantas en el edificio, ya sea por arriba o por abajo. Sin embargo, creo que dicha alteración no se produce porque la ley lo establezca; es decir, no toda sobre o subedificación afecta al título constitutivo, si no que el que se produzca o no una alteración del mismo, depende de su contenido.

En mi opinión, creo que es más coherente entender que el precepto está contemplando sólo los supuestos en los que el título constitutivo va a resultar afectado como consecuencia de la construcción de las nuevas plantas²⁸. O sea, sería –a mi modo de ver– más conveniente entender el precepto como si en él se dijera: «cuando la construcción de nuevas plantas afecte al título constitutivo».

2. AUSENCIA DE ATRIBUCIÓN PRIVATIVA DE LA FACULTAD DE SOBRE O SUBEDIFICACIÓN

Claro que, ahora, la cuestión se centra en precisar los casos en que la construcción de nuevas plantas va a implicar una modificación del título constitutivo.

está atribuido privativamente a alguien. Sin embargo, más adelante se manifiesta en el sentido de entender contemplados los supuestos en que la propia comunidad ha enajenado los derechos, de modo que es clara su posición de entender aquí comprendidos todos los casos de ejercicio de estos derechos que se dan en el seno de la propiedad horizontal. Postura que queda absolutamente corroborada con las siguientes afirmaciones contenidas en las pp. 1017-1018: *Nos encontramos, en consecuencia, con que mientras la materialización del «levantante» o la «elevación» de plantas puede realizarse por el propietario que se hubiese reservado tal facultad en el «título constitutivo», la inmediata y consustancial consecuencia del ejercicio de dicho derecho, esto es, la modificación de las cuotas de participación, no podrá realizarse sin mediar acuerdo unánime, lo que en realidad deja reducida la «facultad de levante» a una declaración puramente programática sin otra posibilidad de concreción real que el asentimiento de todos los propietarios a la modificación de cuotas.* En su opinión, también en ese caso se opera una modificación del título constitutivo, en la medida en que implica una modificación de cuotas y, por tanto, debe aprobarse por unanimidad. *Vid.* también, GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, y GÓMEZ MARTÍNEZ, Juan, en *La Ley de Propiedad Horizontal*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 138 y 139; VVAA *Las comunidades de propiedad urbana*, edit. Colex, Madrid, 1999, p. 148.

²⁸ En este sentido, se pronuncia: LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, editorial Sepin, Madrid, 1999, p. 170: *la aplicación de este precepto debe quedar, a mi juicio, solamente para cuando realmente afecte a dicha modificación...*

Podría afirmarse que esa afección del título concurre en cualquier caso, en la medida en que, por ejemplo, en el título constitutivo se describe la finca, y toda sobre o subedificación opera un cambio en lo referente a la descripción de la misma. Por otra parte, en aquellos casos en que deba producirse una alteración en las cuotas de participación de los copropietarios en las partes comunes, porque hay que dar entrada a un nuevo copropietario, también se producirá una alteración de dicho título. Estas apreciaciones podrían llevarnos a considerar acertada la opinión que considera que todos los supuestos de sobre o subedificación están aquí contemplados.

Sin embargo, no creo que sea esta la forma más conveniente de entender la expresión «afectan al título constitutivo». Convendremos en que no es lo mismo que las consecuencias de la sobre o de la subedificación estén previstas en el título, que no lo estén. Y no es lo mismo, porque si ya están previstas, nos encontramos ante una posibilidad de alteración que ya ha sido consentida por todos los copropietarios integrados en el régimen de propiedad horizontal, de manera que no tiene sentido pedir que vuelvan a pronunciarse sobre si les parecen oportunas o no. Es decir, si cuando los copropietarios adquirieron la finca, en el título constitutivo ya constaba la posibilidad de levantar alguna planta más en el edificio y ya estaban previstas las consecuencias que, con respecto a su derecho de copropiedad, podía producir esa eventual sobre o subedificación, entiendo que no tiene sentido afirmar que su ejercicio «afecte al título constitutivo», puesto que las consecuencias del mismo ya estaban previstas y consentidas.

Resultaría afectado dicho título cuando no previera ni la eventualidad de levantar nuevas plantas, ni las consecuencias que se producirían, llegado el caso, en los derechos de los copropietarios.

Conforme a lo dicho, puede entenderse que no se incluyen en el ámbito de aplicación del precepto aquellos casos de ejercicio de las facultades de sobre y de subedificación cuyas consecuencias para el conjunto de la comunidad ya están contempladas en el propio título constitutivo.

Y ¿cuándo se produce esta circunstancia? Pues, precisamente, cuando los derechos de sobre o subedificación se han atribuido privativamente, ya que en ese caso y con independencia de la naturaleza de la relación jurídico-real que surja de la atribución, es necesario que aparezcan una serie de menciones que vienen a concretar las alteraciones que, en caso de ejercitarse el derecho, van a operarse en el título constitutivo, en virtud de la necesidad de que estén perfectamente determinadas. Es decir, que siempre que estas

facultades se atribuyen privativamente, el título constitutivo debe contemplar las alteraciones que en su contenido puede operar la sobre o subedificación.

Si la facultad de levantar más plantas en un edificio se otorga a una persona en el marco de un derecho de superficie, es necesario, como requisito de validez del derecho, que se hayan especificado las características de la construcción que puede realizar el titular, puesto que es preciso que cualquier relación jurídico-real esté perfectamente determinada, en base al principio de especialidad. Por otro lado, no se producirán alteraciones en las cuotas del resto de condóminos, puesto que el superficiario nunca será copropietario.

Si se otorga un derecho real de sobre o subedificación, también es necesario, en aras de la necesidad de que esté perfectamente determinado, que se hagan constar las cuotas, que, en los elementos comunes, va a adquirir su titular una vez ejercite el derecho; lo que implica que se prevean también las modificaciones que se van a operar en el resto de las cuotas de participación del resto de copropietarios. Además, por supuesto, habrá de determinarse la extensión de la construcción que se puede llevar a efecto.

Si lo que se ha concedido es la facultad de sobre o de subedificación vinculada a una cuota de participación en los elementos comunes, es obvio que la única modificación que se operará en el título es la relativa a la descripción de la finca, puesto que las cuotas, o bien no sufren alteración alguna, o si la sufren, ya debe estar prevista en el título constitutivo.

De modo que, en base a estas apreciaciones, parece sensato entender que quedan fuera del supuesto de hecho del artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal, todos aquellos casos en los que los derechos de sobre o de subedificación están atribuidos privativamente; es decir, aquellos casos en los que, o bien son elementos privativos en el seno de la comunidad, o bien han sido desmembrados del derecho de propiedad originando derechos reales en cosa ajena.

Consecuentemente, pueden entenderse contemplados en el artículo 12 de la Ley sólo los casos en los que estos derechos tienen la configuración de elementos comunes en el seno de la propiedad horizontal, ya que, en tal caso, las modificaciones que la construcción de nuevas plantas puede operar en el título constitutivo no están previstas en el mismo. No obstante, podría darse el caso de un título constitutivo en el que, configurados estos derechos como partes comunes, esté previsto su ejercicio así como las consecuencias que el mismo pudiera producir con respecto a los derechos de los copropietarios. En este hipotético caso, tampoco habría que entender aplicable este precepto, pero, si es raro, en la práctica, que

la copropiedad ejercite estos derechos cuando son partes comunes, más raro es que, con la adquisición del piso, se esté asumiendo también el compromiso de sobre o subedificar.

Además, si atendemos a las consecuencias jurídicas del precepto, que viene a decir que dichas sobre o subedificaciones deben someterse a los mismos requisitos necesarios para la modificación del título y que se traduce en que debe acordarse por la mayoría que sea preceptiva, y que se fijen las alteraciones que la misma va a operar, parece bastante sensato pensar que si el título ya contempla el ejercicio y las alteraciones –lo que ocurre cuando se reservan privativamente estas facultades– no sea pertinente la aplicación de este precepto.

Por lo tanto, podemos concluir, que se están contemplando en el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal los casos en los que la sobre o subedificación aparece configurada como elemento común, es decir, como una facultad de la copropiedad en su conjunto en la que todos tienen una cuota de participación y cuyo ejercicio no se ha previsto en el título constitutivo; se trata de un supuesto equiparable al del propietario único de un edificio que decide construir por encima o por debajo del mismo ²⁹.

3. CON INDEPENDENCIA DE LA FINALIDAD PERSEGUIDA

No obstante, cabría preguntarse si este precepto contempla cualquier supuesto de sobre o subedificación –elemento común– por la copropiedad ³⁰ o sólo algunos de ellos, por ejemplo, si se refiere a cuando la misma va destinada a la creación de locales privativos o también cuando se destina a la creación de locales comunes.

²⁹ No está contemplando el precepto, por tanto, el ejercicio de un derecho de sobre o de subedificación, configurado como derecho real en cosa ajena, que atribuye la propiedad de lo edificado a su titular, sino que se trata del ejercicio de una facultad que está ínsita en el derecho de propiedad sobre un inmueble. *Vid.* en este sentido, ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, editorial Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 338. En este mismo sentido se pronuncia este mismo autor en *El estatuto de la propiedad horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 544: *El artículo 12 LPH contempla la sobreedificación como una facultad inherente al dominio que corresponde a todos los propietarios sobre un elemento común por naturaleza como es el vuelo de la finca.*

³⁰ En Derecho francés en la medida en que el sindicato de copropietarios tiene personalidad jurídica, éste puede ser titular a título privativo del derecho de sobreedificación o de subedificación. Sin embargo, en España, esta posibilidad no existe de manera que este precepto sólo puede estar contemplando el ejercicio del derecho de sobreedificar por la copropiedad cuando ese derecho es parte común.

En principio, el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal absorbe, debido a la formulación del supuesto fáctico, cualquier sobre o subedificación cuando la misma supone una alteración del título constitutivo que el mismo no contempla, es decir y conforme a lo dicho precedentemente, cuando se trata de facultades que no están atribuidas privativamente a nadie.

Aunque, si bien es cierto que este precepto contempla cualquier construcción de nuevas plantas que suponga una alteración del título constitutivo que el mismo no prevea, el régimen de ejercicio de la facultad se encuentra diversificado en algún punto, según la finalidad que se persiga y ello debido a la remisión que el propio precepto hace al régimen establecido para las modificaciones del título constitutivo. El contenido del acuerdo por el que se deciden construir las nuevas plantas es el mismo en cualquier caso, pero, según la finalidad perseguida con la construcción de las nuevas plantas, la mayoría necesaria para aprobar válidamente dicho acuerdo, será una u otra.

II. LOS REQUISITOS DE EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE SOBRE O SUBEDIFICAR CUANDO SON ELEMENTOS COMUNES

El artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal fija cuál debe ser el contenido del acuerdo por el que la Junta de propietarios decide proceder a la sobre o subedificación; además, dispone que el acuerdo se adoptará por la mayoría precisa para modificar el título constitutivo.

1. EL CONTENIDO DEL ACUERDO DE SOBRE O SUBEDIFICACIÓN

Según el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal:

«... El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos.»

Este precepto prefigura, por tanto, el contenido del acuerdo que debe adoptarse por la Junta de propietarios cuando decide llevar a cabo una sobre o subedificación. En mi opinión, la predeterminación del contenido por la ley es acertada en la medida en que la

adopción de un acuerdo de estas características sin que el alcance del mismo esté fijado de antemano es una fuente casi segura de problemas.

Por su parte, la Ley francesa de copropiedad de edificios de 10 de julio de 1965 no establece en ninguno de los preceptos en los que puede entenderse regulado el ejercicio por la copropiedad de la facultad de construir nuevas plantas en el edificio, cuál es el contenido del acuerdo que debe adoptarse. Ni el artículo 35.1 de dicha Ley, que regula ese ejercicio cuando se van a crear locales de uso privativo, ni el artículo 30 que contempla su ejercicio para crear locales comunes, prefiguran el contenido del acuerdo. Acaso el legislador entendió que su contenido venía fijado por lo dispuesto en el artículo 37 de la misma ley, conforme al cual todo acuerdo de reserva de los derechos en él contemplados –entre ellos los de sobre y subedificación– debe indicar, bajo pena de nulidad:

«... la importancia y consistencia de los locales a construir, y la modificación que su ejecución entrañaría en los derechos y cargas de los copropietarios.»

Sin embargo, la rigidez del sistema que establece este precepto ha llevado a interpretar el supuesto de hecho de una forma muy restrictiva³¹, de tal manera que sólo las reservas deben entenderse contempladas en él; en lo que ahora nos ocupa, no puede considerarse contemplado el supuesto de ejercicio por la copropiedad del derecho de sobre y de subedificación. No obstante, las menciones exigidas por este precepto pueden servirnos de referencia para comparar con las que el legislador español ha considerado conveniente que constaran en el acuerdo de sobre o subedificación, en el caso contemplado en el artículo 12.

A) **Las menciones obligatorias**

En primer lugar, alude el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal a la *naturaleza de la modificación*. Es difícil precisar a qué se quiere aludir con ello; podía pensarse que se refiere, en lo que ahora nos afecta, a si lo que se pretende realizar es una sobreedificación o una subedificación.

³¹ En este sentido, *vid.* BOUYEURE, Jean-Robert, «La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux privatifs (arts. 35-36 et 37 de la loi du 10 juillet 1965)», *Gazette du Palais*, 1973, Doctrine, p. 636; también en *Les travaux dans la copropriété*, Immobilier, Droit et gestion, Sirey, 1989, p. 206, § 470.

Además se exige que aparezcan determinadas en el acuerdo *las alteraciones que origine en la descripción de la finca*. Esta mención podría ser equiparable a la que el artículo 37 de la Ley francesa exige, para la reserva de sobre o subedificación, cuando alude a la *importancia y consistencia de los locales a construir*. Esta exigencia hace que, en el acuerdo, se deban fijar el número de plantas que se van a realizar, su altura ³², la superficie de las mismas, etcétera. La doctrina francesa suele entender también que aquí se debe entender exigida la utilización que se va a hacer de las nuevas construcciones, así como su aspecto exterior. Hay quien ha propuesto que sería conveniente adjuntar al acuerdo los planos de la futura construcción que se realizará ³³. En efecto, cuanto más prolijo se sea en la fijación de las informaciones relativas a las futuras construcciones, menos problemas surgirán por su causa en el seno de la copropiedad; los planos son un buen instrumento a tal fin, puesto que precisan la envergadura de la construcción pretendida. Pero, creo que no cabe desechar otros medios.

Es interesante advertir que las menciones que se exigen sobre las alteraciones en la descripción de la finca, tanto por el artículo 37 de la Ley francesa, como por el artículo 12 de la Ley española, permitirían determinar –en ausencia de acuerdo expreso– la cuota-parte en los elementos comunes, así como el reparto de las cargas de conservación, mantenimiento y administración de las partes comunes –artículo 10 de la ley francesa y 9 e) de la española– que hay que atribuir a cada lote, permitiendo resolver cualquier conflicto en este sentido ³⁴.

³² Vid. STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, J.C.P.*, Formules commentées, 1980, p. 85, §§ 12 y 13. En España, ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 554, en virtud del principio de especialidad considera que *debe quedar bien delimitado el número exacto de plantas a construir o la altura que puede alcanzar la sobreedificación*.

³³ BARRIERE, Louis Augustin, «Le droit de surélévation en copropriété», en *La Semaine Juridique, J.C.P.*, éd. N., 1992, *Doctrine*, p. 122, § 26. También alude a los planos, GELINET, Jean-Maurice, «La réserve du droit de surélévation: l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965», *Administrer*, 1995, núm. 272, p. 20. A los planos y al presupuesto se refiere SEGUIN, M., «Copropriété et surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 61.

³⁴ El artículo 5 de la Ley de propiedad horizontal española establece como criterios de determinación de la cuota de participación: la superficie del piso en relación con el edificio, su emplazamiento interior o exterior, situación y uso que se le va a dar.

Con respecto al Derecho francés, es necesario tener en cuenta que el artículo 5 de la Ley francesa dice que hay que tomar en consideración para fijar la cuota de participación: la consistencia, la superficie, la situación de los lotes, su utilización. Vid. STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, J.C.P.*, Formules commentées, 1980, pag. 85, § 13; BARRIERE, Louis Augustin, «Le droit de surélévation en copropriété», en *La Semaine Juridique, J.C.P.*, éd. N., 1992, *Doctrine*, p. 122, § 26.

Pese a que esas menciones permitirían determinar la cuota de participación en los elementos comunes atribuibles a las nuevas construcciones, el artículo 12 de la Ley española exige que conste expresamente en el acuerdo la *variación de las cuotas* que la realización de la sobre o subedificación puede implicar para el resto de copropietarios³⁵. Sin embargo, dicho artículo, a diferencia de lo que dispone el artículo 37 de la Ley francesa³⁶, no exige que conste la medida en que los propietarios de esas nuevas construcciones van a tener que contribuir a los gastos comunes. Cierto es que la cuota de participación es la que permite determinar la contribución a los gastos comunes en defecto de acuerdo conforme al artículo 9.1.e) de la Ley española; sin embargo, creo que es conveniente que la participación en las cargas comunes quede fijada en el acuerdo.

Además, el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal exige que conste ya en el acuerdo de sobre o subedificación *el titular o titulares de los nuevos pisos o locales*. En consecuencia, debe hacerse constar si se trata de crear partes comunes o privativas, el uso que se les va a dar, y, en caso de que vaya a ser un uso o una titularidad privativa, quiénes van a ser los titulares de las mismas. Este dato es importante en la medida en que la mayoría por la que debe adoptarse el acuerdo –como se verá más adelante– depende del uso que se vaya a dar a los nuevos locales.

Todas estas especificaciones que el texto legal exige que consten tienden a que los copropietarios adquieran plena conciencia de las repercusiones que la realización de la construcción tendrá para ellos³⁷.

B) Las consecuencias del incumplimiento de este requisito

¿Cuál es la sanción que hay que aplicar para el caso de que el acuerdo de sobre o subedificación no tenga el contenido que exige el artículo 12 de la Ley? El precepto no dice nada al respecto, ni encontramos jurisprudencia relativa a esta cuestión. Tampoco las

³⁵ Se refiere también a este punto, VENTURA-TRAVERSE, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 6.ª edición, editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 441, § 1383. Vid. también PASTOR ÁLVAREZ, M.ª del Carmen, *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes del edificio*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 89.

³⁶ Vid. STEMME, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, J.C.P.*, Formules commentées, 1980, p. 85, § 14.

³⁷ BOUYEURE, Jean-Robert, *Les travaux dans la copropriété*, Immobilier, Droit et gestion, Sirey, 1989, p. 205, § 468.

opiniones doctrinales aclaran este interrogante, limitándose a decir que es necesario que consten estas menciones para la validez del acuerdo, pero sin pronunciarse sobre si la falta de alguna mención determina la nulidad absoluta o relativa ³⁸.

La STS de 7 de marzo de 1983 (RAJ 1427) parece referirse a esta cuestión, siquiera tangencialmente puesto que no es un supuesto de construcción de nuevas plantas sino de modificación de un elemento común por un copropietario. Analiza un caso en el que el demandado había construido un sótano, pese a que la Junta se había opuesto expresamente a ello. El demandado –recurrente en casación ante el Tribunal Supremo– entiende que la Junta le había dado su autorización en la medida en que las obras no afectaran la seguridad del edificio. La solución se basa en la inexistencia de autorización por parte de la Junta de Propietarios, pero a mayor abundamiento y para apuntalar la decisión el Tribunal dice que:

«si se tiene en cuenta que, en cumplimiento de lo dispuesto en el ya citado art. 11 de la Ley de Propiedad Horizontal [actualmente artículo 12], en el acuerdo que se adopte por la Junta de copropietarios para la autorización de las obras que afecten a los elementos comunes deberá fijar, entre otros extremos, la naturaleza de la modificación así como las alteraciones que origine en la descripción de la finca; razones, todas ellas que abonan el rechazo de los dos motivos que nos ocupan.»

Sin embargo, otra sentencia, la de STS de 6 de junio de 1979 (RAJ 2323) viene a decir, con relación a un acuerdo de privatización de un jardín y el local de la portería, que, si en el acuerdo no se ha fijado la cuota de participación en elementos comunes y en la contribución a los gastos, siempre es posible acudir a los Tribunales para que se proceda a la redistribución de las mismas. Aunque este supuesto es diferente al que aquí abordamos, ya que aquí se trata de un acuerdo para ejercitar la propia comunidad un derecho de sobre o subedificación, mientras que en esta segunda sentencia citada se trata de la enajenación de un elemento común.

Por su parte, el artículo 37 de la Ley francesa, aunque no contempla el supuesto que ahora estamos analizando, establece que las menciones que exige, deben constar en el acuerdo de reserva, bajo

³⁸ MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, tomo I, en la p. 1016, dice que: *cabe indicar que la validez del referido acuerdo exige, además de la unanimidad, los siguientes requisitos: ... Y, a continuación, enumera las menciones que según el artículo 11 –actualmente artículo 12– deben constar en el acuerdo.*

pena de nulidad³⁹. La mayoría de los autores franceses, considera que se trata de nulidad relativa. Según esta opinión, podrían impugnar el acuerdo los interesados, a saber el sindicato y los copropietarios mismos, negando la posibilidad de impugnar el acuerdo a quien se ha atribuido privativamente, sea el uso, sea la titularidad del derecho⁴⁰. Se argumenta, en este sentido, que el artículo 37 obedece a la preocupación de proteger los intereses de los copropietarios⁴¹ frente a la sobreedificación⁴², y de ahí el carácter protector de la nulidad que establece el precepto⁴³. No obstante, es

³⁹ Para SEGUIN, M., en «Copropriété et surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 62, la sanción aplicable, pese a la mención expresa del artículo 37 a la nulidad, es la de tener la convención de reserva por no escrita por aplicación del artículo 43, según el cual: «Todas las cláusulas contrarias a las disposiciones de los artículos 6 a 37, 42 y 46, y a las del decreto tomadas para su aplicación se reputan no escritas». Sobre la diferencia entre nulidad y cláusulas no escritas, *vid.* KULLMANN, Jérôme, «Quelques remarques sur les clauses réputées non écrites», en *Dalloz*, 1993, Chronique, pp. 59 a 66.

⁴⁰ CABANAC, Jean, «Le droit de surélévation sous le régime de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 34.

⁴¹ GIVORD, François, et GIVERDON, Claude, avec la collaboration de CAPOULADE, Pierre, *La Copropriété*, édit. Dalloz, Paris, 1992, p. 65, § 72.

⁴² KISCHINEWSKY-BROQUISSE, Edith, *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, Paris, 1989, Quatrième édition, p. 40, § 56.

⁴³ La sentencia de la Cour de Cassation de 6 de noviembre de 1984 –consultada en *La Semaine Juridique, JCP, éd. N*, 1985, pp. 137 a 141 con comentario de STEMMER, B., y en *Administrer*, 1985, núm. 157, sección de Jurisprudence, comentario de GUILLOT, Emile Jean–, analiza un caso en el que no había sido prevista la modificación que la sobreedificación iba a suponer en las cargas de los copropietarios. Ahora bien, ni la Cour de Cassation, ni la Cour d'appel que había analizado el caso con anterioridad [Los pronunciamientos de la sentencia de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence 3.ª Ch. civ. 7 de junio de 1983 aparecen contenidos en la sentencia de la Cour de Cassation] consideran nula la cláusula del reglamento de copropiedad que otorgaba el derecho de sobreedificación a un copropietario. Dice la Cour de Cassation al respecto:

«Señora Lecombe –titular del derecho de sobreedificación– ha ejercido el derecho tal cual le había sido consentido y .../... la irregularidad del reparto de cargas no puede dar lugar más que a una modificación de éste –del reparto–»

¿Cuáles son las motivaciones de los órganos jurisdiccionales para adoptar tal solución? La no aplicación de la consecuencia que prevé el artículo 37 de la Ley de 10 de julio de 1965, que es la de la nulidad, podría venir determinada porque la Cour de Cassation entienda que dicho precepto sólo se aplica a las atribuciones privativas del uso de partes comunes. Sin embargo, la Cour no fija claramente la naturaleza del derecho atribuido a la Sra. Lecombe, ni tampoco toma postura sobre el campo de aplicación del artículo 37; en realidad no necesita, para solventar el asunto, pronunciarse al respecto. La razón de la decisión de la Cour hay que buscarla en el párrafo cuarto del artículo 37, en el que se contempla una excepción a la obligatoriedad de que el acuerdo de reserva del derecho de sobreedificación contenga todas las menciones más arriba expuestas: no serán nulos aquellos acuerdos anteriores a la promulgación de la Ley francesa de 10 de julio de 1965 que no contengan las referidas menciones. En el caso analizado por la sentencia, tanto la fecha del primer reglamento de copropiedad, que se realiza en 1952, como la del nuevo reglamento que hacen los copropietarios los días 20 de agosto y 17 septiembre de 1.962 –el que debe ser considerado, tal y como parece entenderlo la titular del derecho en la medida en que procede a la realización de la sobreedificación antes de que transcurran 10 años desde el otorgamiento del mismo–, son anteriores a la Ley de 10 de julio de 1965. Por tanto, el hecho de que no consten en el acuerdo de reserva las modificaciones en las cargas de los copropietarios no puede conllevar su nulidad.

preciso tener en cuenta que el ámbito de aplicación del artículo 37 de la Ley francesa –reservas del derecho de sobre o subedificar en favor de quien unilateralmente está en disposición de imponer el título constitutivo al resto de copropietarios– puede aconsejar la adopción de una solución que proteja al copropietario a quien, en principio, se ha sustraído –sin que tenga posibilidad de oponerse– la facultad de sobre o subedificar. Ahora bien, cuando nos encontramos ante el ejercicio de dicha facultad por los copropietarios, no parece que haya que proteger ningún interés de los implicados especialmente necesitado de protección.

En Derecho español, si el acuerdo adoptado no determina suficientemente el objeto, es decir, si el alcance de la sobre o subedificación no se ha determinado precisamente, si no se establecen las consecuencias que en el seno de la copropiedad se van a operar, ni son deducibles del propio acuerdo, el mismo será impugnabile por la vía procedente establecida en el artículo 18 de la Ley de propiedad horizontal ⁴⁴.

2. LA MAYORÍA NECESARIA PARA ADOPTAR EL ACUERDO

Hasta la reforma operada en la Ley de propiedad horizontal por la Ley 8/1999, de 6 de abril, cualquier acuerdo que implicara una modificación del título constitutivo requería unanimidad, por aplicación de lo dispuesto en el que, antes de dicha reforma, era el artículo 16. Es decir, que la remisión que el entonces artículo 11 –ahora 12– realizaba al régimen de modificación del título constitutivo, se traducía en la exigencia de unanimidad en cualquier caso ⁴⁵.

Frente a este panorama contrastaba la opción del legislador francés, que exigía una u otra mayoría dependiendo de la finalidad que se persiguiera con la sobre o subedificación. Las reformas operadas en la Ley de propiedad horizontal han venido a incidir en esta materia, permitiendo que, al igual que ocurre en Derecho francés, en determinados supuestos no sea necesario un acuerdo unánime para que la copropiedad decida llevar a efecto una sobre o subedificación.

⁴⁴ Sobre impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios, con carácter general, puede consultarse ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, y VERDERA SERVER, Rafael, *La Junta de Propietarios: constitución, acuerdos e impugnación*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 193 ss.

⁴⁵ Pueden consultarse en este sentido: VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 5^a edición, revisada, ampliada y puesta al día por Antonio VENTURA-TRAVERSESET HERNÁNDEZ, editorial Bosch, Barcelona, 1992, p. 339; MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, Tomo I, p. 1016.

A) Las mayorías necesarias en Derecho francés

En Derecho francés, y conforme a la Ley de 10 de julio de 1965 de copropiedad de edificios, la mayoría necesaria para adoptar válidamente el acuerdo de sobre o subedificación depende del uso, común o privativo, al que se vayan a destinar los nuevos locales.

Por su parte, el artículo 35.1 de la Ley francesa de copropiedad de edificios dispone que:

«La sobreedificación o la construcción de edificios para crear nuevos locales de uso privativo sólo puede ser realizada por el sindicato si la decisión se toma por unanimidad de sus miembros.»

La delimitación del supuesto de hecho contemplado en este precepto se centra, no en la configuración, como elemento común o privativo, que vaya a darse a la nueva parte de edificio creada, sino en el *uso* al que se pretenda destinarla. Es preciso tener en cuenta que, en Derecho francés, al igual que en Derecho español, se puede atribuir privativamente el uso de una parte común ⁴⁶.

El supuesto de hecho contemplado por el artículo 35.1 de la Ley francesa, aparentemente, al menos, es, en principio, ajeno a la naturaleza –común o privativa– de la parte del edificio creada, y viene determinado por el hecho de que se destine a un *uso* privativo. La referencia al *uso* privativo tiene la virtualidad de integrar, de una manera clara, en el supuesto de hecho la construcción de nuevas fracciones del edificio configuradas como *partes privativas destinadas a un uso privativo*. En cuanto a la creación de *partes privativas destinadas a un uso común* resulta excluida del supuesto de hecho del artículo 35.1. Y no sólo porque el mismo haga referencia expresa únicamente a la creación de partes afectadas a un uso privativo, sino porque, además, el artículo 8 de la Ley impide que el reglamento de copropiedad imponga restricciones a los derechos de los copropietarios –como sería el hecho de destinarla a un uso común– fuera de aquellas que estuvieran justificadas por el destino del inmueble. Con lo que las posibilidades de que se dé dicho supuesto son bastante remotas.

⁴⁶ En Derecho francés, el carácter privativo o común del uso que se da a una parte del edificio no determina necesariamente su naturaleza. Por su parte, los artículos 2 y 3 de la Ley de copropiedad de edificios de 10 de julio de 1965, establecen el criterio del uso privado o común que se hace de las diferentes fracciones del edificio para determinar el carácter, común o privativo, de cada una de ellas, pero únicamente en el silencio o la contradicción de títulos. Además el artículo 43 no las incluye entre las normas de carácter imperativo, de modo que una parte común puede destinarse a un uso privativo.

Pero, como el precepto sólo menciona el *uso*, hay que matizar que el supuesto de hecho no está integrado exclusivamente por los casos de construcción de partes privativas destinadas a un uso privativo; también pueden entenderse contemplados, en él, la creación de *partes comunes destinadas a un uso privativo*.

Por tanto, quedan excluidas del supuesto de hecho del artículo 35.1 de la Ley francesa todos aquellos casos en los que la sobre o subedificación que es *parte común se ejercita para crear locales de uso común*. La creación de partes destinadas a un uso común –lo que sólo puede producirse cuando la parte creada es común y no privativa, por lo que hemos dicho anteriormente– se puede entender contemplada en el concepto de mejora del artículo 30 de la Ley francesa. Entre la enumeración que este artículo contiene de lo que se entiende por mejoras, se encuentra la creación de locales afectados a un uso común: como donde la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete, habrá que entender comprendida cualquier tipo de construcción, incluso –claro está– la o las que se lleven a cabo a través del mecanismo de la sobre o subedificación. En este caso, el acuerdo requiere, frente a la unanimidad exigida para los supuestos del artículo 35.1, una mayoría de miembros del sindicato que representen dos tercios de los votos.

Si el uso va a ser privativo (con independencia de que sea elemento común o privativo) es necesario acuerdo unánime por aplicación del artículo 35.1. Si el uso que se va a dar a las nuevas partes creadas (por sobre o subedificación) es común, o lo que es lo mismo se crean locales comunes de uso común, la mayoría por la que tiene que adoptarse el acuerdo es la del artículo 30 de la Ley francesa prevista para las mejoras.

Es decir, que la Ley francesa diferencia en atención al uso que se vaya a dar a la nueva parte del edificio creada por sobre o subedificación. El sistema, si bien es complejo, tiene una lógica interna que, en mi opinión, es acertada, ya que no es lo mismo sobreedificar para destinar los pisos o garajes resultantes a la venta, que construir una nueva planta destinada a trasteros o garajes para los copropietarios, o hacer un local que se destine a la reunión de vecinos. Parece acertado que la primera decisión requiera su adopción por el acuerdo más amplio posible –unanimidad–, mientras que, acaso la finalidad de servir a la comunidad, justifique que la mayoría para decidir la sobre o subedificación no sea tan exigente.

Conviene decir que, la Ley francesa de 1938 sobre copropiedad de edificios –la anterior a la actualmente vigente– exigía para sobreedificar un acuerdo unánime, al igual que ocurría en España hasta la reforma operada por la Ley 8/1999. La ley francesa de 1965, al diver-

sificar el régimen de mayorías necesarias para acordar la realización de una sobre o subedificación, lo único que hace es dejarse influir por las decisiones jurisprudenciales que existían sobre el particular.

Éstas, pese a entender aplicable la norma de la unanimidad⁴⁷, intentaban eludir su aplicación en aquellos casos en los que la copropiedad perseguía con la realización de la sobre o subedificación una mejora del edificio, es decir, un servicio común para la copropiedad. Ahora bien, es preciso decir que el hecho de que se obtuvieran beneficios para la comunidad era, más bien, la excusa para no aplicar la sanción que correspondía en la medida en que no se había adoptado el acuerdo por unanimidad. Acaso la sanción de la demolición se juzgaba demasiado severa⁴⁸.

⁴⁷ Pueden citarse sentencias como la del Tribunal civil de Alger de 15 de diciembre de 1954 –consultada en *L'actualité juridique Propriété Immobilière*, 1955, pp. 96 ss., núm. ref. 203– que dice:

«Teniendo en cuenta que el hecho de que la copropiedad eleve un piso sobre la terraza, se consideraría como una modificación de la naturaleza de los derechos de los copropietarios sobre las cosas comunes; que esta modificación y eventualmente la sobreedificación de un piso por un tercero supone un poder de disposición de las cosas comunes (en el caso concreto, la terraza); que estos actos no pertenecen entonces más que a los copropietarios individualmente;

Teniendo en cuenta que, consecuentemente, en razón del rechazo del Sr. Batsère, el Tribunal no debería imponerle que soporte la sobreedificación del inmueble...»

También la sentencia del Tribunal Civil de Grenoble de 18 de febrero de 1954 –consultada en *L'actualité Juridique. Propriété Immobilière*, II, 1955, pp. 290 y 291, núm. ref. 266, comentada por BOUVET, Marc, et CABANAC, Jean–, considera que la sobreedificación así realizada supone un atentado contra los derechos del coindivisario, siendo obligado el demandado a reparar el perjuicio que así se le ha ocasionado, aunque no se ordena la demolición de lo construido.

⁴⁸ Así, vemos como en la sentencia, citada en la nota anterior, del Tribunal Civil de Grenoble de 18 de febrero de 1954 –consultada en *L'actualité Juridique. Propriété Immobilière*, II, 1955, pp. 290 y 291, núm. ref. 266, comentada por BOUVET, Marc, et CABANAC, Jean–, pese a que la sobreedificación no se había realizado con unanimidad de todos los copropietarios, no se obliga a demoler, sino que lo que se hace es indemnizar el perjuicio que al copropietario disidente se le había causado como consecuencia de haber efectuado la nueva construcción sin su consentimiento.

Por su parte, la sentencia de la Cour de Cassation de 11 de mayo de 1954 –consultada en *L'actualité Juridique. Propriété Immobilière*, 1955, II, pp. 114 a 116, núm. referencia 91, con comentario de CABANAC, Jean, et BOUVET, M.–, resuelve un caso en el que un copropietario opuesto a la sobreedificación solicita la demolición de las partes del edificio construidas. En lo que al tema interesa, la sentencia considera que dicha operación constructiva se había realizado para asegurar la estanqueidad del techo-terraza, de modo que al tratarse de una decisión relativa a las partes comunes, el acuerdo mayoritario por el que se había aprobado era adecuado. Por otro lado, el motivo argumentado de que la decisión no se había tomado en asamblea no es atendido por la Cour de Cassation porque no se había argumentado ante la Cour d'appel. No obstante se concede al demandante una indemnización por daños y perjuicios. En esta sentencia está latente la idea de que es necesario un acuerdo unánime para proceder a la sobre o subedificación. Sin embargo, para evitar la aplicación de la norma que hubiera llevado a la demolición de lo construido, el Tribunal afirma que la sobreedificación suponía un trabajo sobre las partes comunes para asegurar la estanqueidad del techo-terraza.

También la sentencia de 26 de noviembre de 1963 de la Cour de cassation –consultada en *L'actualité Juridique. Propriété Immobilière*, 1964, II, pp. 493-494, núm. ref. 70, con comentario de CABANAC, Jean– evita la demolición a que hubiera dado lugar la aplicación

B) Derecho español: la remisión del artículo 12 a las mayorías necesarias de modificación del título constitutivo

El artículo 12 de la Ley española de propiedad horizontal no determina la mayoría necesaria para tomar la decisión de sobreedificar, sino que remite a la que se precise para modificar el título constitutivo. Como decíamos, más arriba, hasta la reforma operada por la Ley 8/1999, ésta se saldaba en la exigencia de unanimidad⁴⁹; tras dicha reforma, la situación se ha visto alterada⁵⁰.

El primer cambio se introduce como consecuencia de la Ley 3/1990, de 21 de junio, que suaviza el régimen de adopción de acuerdos para la supresión de barreras arquitectónicas. Posteriormente, es la Ley 8/1999, de 6 de abril, la que reforma el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos en las comunidades de propietarios, en el sentido de que las decisiones que impliquen una modificación del título constitutivo ya no requerirán en cualquier caso la unanimidad, sino que la mayoría necesaria va a depender de la finalidad perseguida. Más tarde, la disposición adicional tercera de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapa-

de la norma de la unanimidad, considerando que se trata de un trabajo que acrecienta el valor del inmueble; de modo que se aplica el principio mayoritario del artículo 9 de la Ley de 1938. En este caso se trataba de una copropiedad dividida en 27 lotes; uno de ellos ocupa todo un edificio de los dos que componen la propiedad horizontal. Este lote se vende, y el adquirente lo sobreleva. Cinco copropietarios opuestos a esos trabajos reúnen a la asamblea que, mayoritariamente, se manifiesta favorable a los trabajos. No obstante, los que se habían opuesto, piden el restablecimiento del edificio a su altura primitiva; petición que no es acogida porque se considera que los trabajos acrecientan el valor del inmueble y, por tanto, no precisan si no de un acuerdo mayoritario.

⁴⁹ Unanimidad que se exigía para todos los supuestos contemplados en el artículo 11 –actual artículo 12– de la Ley de propiedad horizontal. Así, por ejemplo, para modificar o afectar los elementos comunes, ya fuera para conseguir fines de carácter meramente privativo (como en las SSTs de 1 de marzo de 1979 –RAJ 1183–, 5 de junio de 1979 –RAJ 2318–, de 20 de marzo de 1984 –RAJ 1314–, de 3 de marzo de 1986 –RAJ 1096–, de 24 de junio de 1987 –RAJ 9965–, de 3 de abril de 1990 –RAJ 2692–, de 24 de mayo de 1991 –RAJ 3832–, de 27 de septiembre de 1991 –RAJ 6280– de 14 de octubre de 1991 –RAJ 6916–, de 20 de abril de 1993 –RAJ 3106–, de 27 de mayo de 1993 –RAJ 4077– STS de 5 de noviembre de 1996 –RAJ 7911–, de 27 de junio de 1996 –RAJ 4795–, de 24 de febrero de 1996 –RAJ 1590–, 14 de febrero de 1996 –RAJ 1254–) o modificar dichos elementos comunes con el fin de beneficiar a toda la comunidad (así, por ejemplo la STS de 26 de noviembre de 1990 –RAJ 9052–, en que se trataba de eliminar el tejado y hacer una terraza para todos los copropietarios, en la que se decreta la nulidad del acuerdo adoptado por mayoría y no por unanimidad; o en la STS de 16 de julio de 1992 –RAJ 6621–, STS de 7 de julio de 1989 –RAJ 5413– sobre colocación de ascensor).

⁵⁰ En este sentido, *vid.* ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, editorial Aranzadi, Pamplona, 2002, 2.ª edición, p. 339, considera que es necesario que la realización de la sobre o subedificación se decida por unanimidad.

cidad, modifica –además de los artículos 10 y 11– el artículo 17.1 de la Ley de propiedad horizontal.

Teniendo en cuenta esto, vamos a ver cuáles son las mayorías precisas, en la actualidad, para que la comunidad de propietarios ejercite la facultad de sobre o subedificar.

a) *Los supuestos que se sustraen a la necesidad de acuerdo unánime: las mejoras y otros casos*

En Derecho francés, hemos visto como se sustraían a la aplicación de la regla de la unanimidad que establecía el artículo 35.1, los acuerdos para sobre o subedificar cuya finalidad fuera la realización de mejoras para la comunidad, es decir, todas aquellas construcciones que supongan la creación de locales comunes de uso común. Estos acuerdos los contempla el artículo 30 que exige la mayoría establecida por el artículo 26: mayoría de miembros del Sindicato que representen, al menos, dos tercios de los votos.

El artículo 17 de la Ley española establece como norma general que todos los acuerdos que supongan una modificación, bien del título constitutivo, bien de los estatutos de la comunidad, deben ser aprobados por unanimidad de los miembros. Ahora bien, hay una serie de excepciones a esta regla general ⁵¹.

La primera de ellas es introducida por la Ley 3/1990, de 21 de junio, que suaviza el régimen de adopción de acuerdos para la supresión de barreras arquitectónicas, exigiendo una mayoría de 3/5 de copropietarios, que representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Posteriormente, para este supuesto concreto de supresión de barreras arquitectónicas, la mayoría requerida es rebajada, por la Ley 8/1999, a mayoría de propietarios que representen mayoría de las cuotas de participación, que es respetada por la Ley 51/2003, que además obliga a la comunidad a hacerla si el importe total no excede de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes. De modo que, si se requiere una sobre o una subedificación por la supresión de barreras arquitectónicas, bastaría un acuerdo adoptado por esa mayoría.

La segunda excepción a la regla de la unanimidad también tiene su origen en la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de propiedad horizontal. Sólo es necesario voto favorable de las tres

⁵¹ Vid. PASTOR ÁLVAREZ, M.^a del Carmen, *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes del edificio*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 91.

quintas partes del total de copropietarios, que representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, para:

«El establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos...»

Este inciso del precepto puede estar implicado en el problema de las mayorías necesarias para decidir la sobre o subedificación. Parece claro que el establecimiento del servicio de ascensor, de portería, de conserjería, no van a hacer –normalmente– necesaria ni una sobreelevación, ni una subedificación, pero el establecimiento de otros servicios comunes de interés general sí que pueden exigirla, como, por ejemplo, la realización de un garaje en el subsuelo del edificio, o la ampliación del ya existente, o la realización de una planta más por encima del edificio dedicada a trastero o a gimnasio comunitario, etcétera. En definitiva, es posible que el establecimiento de determinados servicios comunes de interés general hagan necesaria una sobre o subedificación⁵²; en cuyo caso, no es necesario que el acuerdo se adopte unánimemente, siendo suficiente la mayoría reforzada que exige el segundo párrafo del artículo 17.1.º de la Ley de propiedad horizontal. Con respecto a este supuesto concreto contemplado por el artículo 17.1.º, algún autor se manifiesta claramente partidario de interpretar en un sentido amplio este supuesto, y en modo alguno restringidamente⁵³.

Es preciso tomar en consideración que este precepto exige que se trate de servicios comunes, es decir, de uso común, con lo cual, puede afirmarse que el criterio adoptado por el legislador español viene, prácticamente, a coincidir con el del francés, ya que son las mejoras comunes las que, en ambos Ordenamientos, se sustraen a la aplicación de la regla de la unanimidad. Aunque las mayorías requeridas en uno y otro sean diferentes.

Al hilo de esta excepción a la regla de la unanimidad, conviene citar la STS de 14 de julio de 1992 (RAJ 6293). Se trata de la decisión de realizar un garaje subterráneo que resolviera los problemas de aparcamiento que existían en la finca; pese a que el Tribunal entiende que la decisión se debía adoptar por unanimidad y se

⁵² Vid. sobre el particular: ZURFLUH, «La creation de parkings dans les immeubles en copropriété», en *Administrer*, août, 1972, pp. 17 ss; también LARNAUD, «Creation de parkings sous les immeubles en copropriété», en *Administrer*, août-septembre 1992, pp. 14 ss.

⁵³ LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, editorial Sepin, Madrid, 1999, p. 254.

había adoptado por mayoría, no se estima la demanda de unos copropietarios para que se decretara la nulidad de dicho acuerdo. Es decir que tratándose de la creación de un servicio común, de una mejora para la finca, en determinados casos ya se evitaba la aplicación de la regla de la unanimidad; en este caso, por entender que los que impugnaban el acuerdo abusaban de su derecho ya que en nada les perjudicaba la construcción del garaje, puesto que no debían pagar nada por ello.

Todavía hay una excepción a la regla de la unanimidad. Los acuerdos para la instalación de las infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación, o la instalación de sistemas de aprovechamiento de la energía solar, o de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos, requieren la mayoría de un tercio de los integrantes de la comunidad que representen al menos un tercio de las cuotas de participación. De modo que, si este tipo de instalaciones requiriera una sobre o subedificación, la decisión de realizarla no debería ser adoptada por unanimidad, sino por la mayoría mencionada.

b) *La regla de la unanimidad para sobre o subedificar*

Vamos a analizar en este epígrafe la regla de la unanimidad que es necesaria, salvo en los supuestos que acabamos de indicar, para que la copropiedad pueda ejercitar la facultad de sobre o subedificar cuando la misma es elemento común.

b.1. Supuestos para los que es necesario acuerdo unánime

Como sabemos, hasta las reformas operadas en la Ley de propiedad horizontal por las Leyes 3/1990, 8/1999 y 51/2003, se exigía unanimidad para cualquier alteración del título constitutivo o de los estatutos de la comunidad de propietarios. Ahora bien, es cierto que la norma de la unanimidad había sido objeto de críticas, existiendo voces doctrinales que abogaban por no aplicarla estrictamente; jurisprudencialmente, además, se recurrió a la doctrina del abuso de derecho en ocasiones para evitar la rigidez del sistema⁵⁴. Y concretamente la STS de 14 de julio de 1992 (RAJ 6293)

⁵⁴ Un tratamiento del problema que planteaba la regla de la unanimidad para modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal, puede consultarse en DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, *Propiedad Horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, edit.

aplica esta doctrina para desestimar la demanda de varios copropietarios de que se declarara nulo el acuerdo de la Junta de propietarios en el que, por mayoría, se había decidido la realización de un garaje subterráneo que resolviera los problemas de aparcamiento que existían en la finca. El Tribunal Supremo entiende que la conducta de los demandantes implicaba un abuso de derecho o un ejercicio antisocial del mismo.

Por lo tanto, puede afirmarse que no debe adoptarse por unanimidad el acuerdo en que se decide sobre o subedificar cuando, correspondiendo el ejercicio de estos derechos a la copropiedad, se pretenda la creación de un *servicio común de interés general*, la eliminación de barreras arquitectónicas, la instalación de infraestructuras de telecomunicación, de energía solar, o de nuevos suministros energéticos colectivos. En tales casos, la mayoría requerida será la que exige, para cada uno de estos supuestos, el artículo 17 de la Ley de propiedad horizontal.

Consecuentemente, el acuerdo deberá adoptarse por unanimidad cuando la sobre o subedificación, configurada como elemento común, tenga como finalidad la creación de elementos privativos o partes comunes de uso privativo. Con lo cual la unanimidad, finalmente se exige para los mismos casos para los que la requiere el artículo 35.1 de la Ley francesa de copropiedad de edificios.

Por otro lado, conviene precisar que cuando el uso del derecho que se va a ejercitar se encuentra atribuido privativamente a alguno de los copropietarios, la parte del edificio resultante sigue siendo elemento común y cualquier sobre o subedificación que lo modifique debe ser decidida por unanimidad; así se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de marzo de 1984 (RAJ 1314) en un

Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 369 ss. Sobre este problema puede consultarse, además, la siguiente bibliografía: VATTIER FUENZALIDA, «Tipología de las innovaciones en las cosas comunes en la disciplina positiva de la Propiedad Horizontal», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre de 1976; PASQUAU LIAÑO, «La protección de los disidentes en el régimen de acuerdos de la Ley Propiedad Horizontal», *Actualidad Civil*, 1987-1, pp. 1057-1070; MORO ALMARAZ, «Oposición abusiva en la adopción de acuerdos para los que la LPH exige unanimidad», en *Poder judicial*, 2.^a época, núm. 29, marzo 1993; ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz, «La aplicación jurisprudencial de la doctrina del abuso de derecho en los conflictos de propiedad horizontal», *Aranzadi Civil*, 1993-II, pp. 2545-2554; LÓPEZ PÉREZ, «Régimen de acuerdos en la propiedad horizontal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto, 1994; AMAT ESCANDELL, «Sistema de acuerdos en la Ley de Propiedad Horizontal», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Propiedad Horizontal*, Madrid, 1994, pp. 141-164. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, y HORNERO MÉNDEZ, César, *Propiedad horizontal: ¿es siempre necesaria la unanimidad para alterar un elemento común?*, en Colección de Jurisprudencia Práctica, núm. 133, editorial Tecnos. Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, pp. 389 ss.

caso en el que un copropietario realiza una construcción sobre un patio común cuyo uso tenía atribuido privativamente.

b.2. Valoración de la regla de la unanimidad

En el marco de la Ley española no parece extraño que para ejercitar una facultad que es elemento común con la intención de construir locales privativos o locales comunes cuyo uso se va a atribuir privativamente, se exija un acuerdo unánime, sobre todo si se tiene en cuenta que, hasta hace relativamente poco tiempo, dicha unanimidad se requería para tomar cualquier decisión que implicara una modificación del título constitutivo o de los estatutos de la copropiedad. Sin embargo, la exigencia de unanimidad sí sorprende en la Ley francesa.

La ley francesa dispone un amplio abanico de mayorías, exigiéndose la unanimidad en muy contadas ocasiones; concretamente, se requiere, además de para el caso objeto de nuestro estudio, en los siguientes casos: enajenación de partes comunes cuya conservación es necesaria con respecto al destino del inmueble (art. 26, párrafo 3), modificación del reparto de las cargas (art. 11), la realización de mejoras no conformes con el destino del inmueble (art. 30). Es difícil encontrar justificación para la adopción de esta norma por el legislador francés, pues la doctrina, como dice Givord⁵⁵, se había manifestado contraria a la regla de la unanimidad que establecía la Ley anterior de 1938, aunque es cierto que el legislador francés veía con recelo esta operación constructiva⁵⁶. No obstante, hay quien entiende que el establecimiento de las reglas de mayorías para la sobreedificación está en armonía con la concepción general de los derechos de los copropietarios⁵⁷.

El hecho de que, en principio, haya de reputarse extraña al sistema de la Ley francesa la exigencia de unanimidad para que la copropiedad acuerde ejercitar la sobre o subedificación para la creación de locales cuyo uso sea privativo, hace que los autores se hayan esforzado en justificar esta norma contenida en el artículo 35.1 de dicha Ley. Y las razones que ellos creen ver para dicha norma, pueden servir también para explicar por qué se exige unanimidad en nuestro Derecho.

⁵⁵ GIVORD, François, et GIVERDON, Claude, avec la collaboration de CAPOULADE, Pierre, *La Copropriété*, édit. Dalloz, Paris, 1992, p. 314, § 396.

⁵⁶ Vid. *Journal Officiel de la République Française. Débats parlementaires*, vendredi, 23 avril 1965. Seance du 22 avril 1965, p. 840.

⁵⁷ SEGUIN, M., «Copropriété et surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 61.

b.3. Posibles justificaciones de la regla de la unanimidad

Vamos a ver cuáles son los motivos que pueden justificar la exigencia de un acuerdo unánime en el seno de una propiedad horizontal para que la misma ejercite la facultad de sobre o subedificar en los casos mencionados.

Primera.—Las operaciones implícitas en la sobre y subedificación de cara a la caracterización de los nuevos locales creados.

Una razón que puede justificar la exigencia de unanimidad es que, teniendo en cuenta que se requiere fundamentalmente para aquellas sobre o subedificaciones encaminadas a la creación de locales de uso privativo, nos encontramos ante una operación jurídicamente compleja que implica, además del ejercicio de una facultad que integra el derecho de propiedad sobre las partes comunes —detentado en comunidad por todos los copropietarios—, otra operación que puede ser, o la enajenación de partes que propiamente debían ser comunes, o la atribución privativa de la utilización de dichas partes.

En principio, parece lógico entender que la titularidad del derecho de propiedad sobre las nuevas construcciones a que dará lugar el ejercicio del derecho de sobre o subedificación, corresponderá al titular o titulares de aquél, a saber y en el caso que nos ocupa, los copropietarios que lo detentaban en indivisión. Conforme a esta idea, habría que considerar que el ejercicio del derecho de sobre o subedificación configurado como elemento común, originará partes cuya propiedad debe, en principio, corresponder al conjunto de copropietarios, que eran los titulares del derecho.

Parece sensato pensar que, para que, del ejercicio de la facultad de sobre o subedificar, surjan locales o pisos pertenecientes a quienes no eran titulares de esa facultad, debe mediar una operación jurídica que justifique el cambio de titularidad, como, por ejemplo, una enajenación, o una atribución privativa del uso de una parte común. Dichas operaciones jurídicas, debe entenderse, que están implícitas en las operaciones de sobre o subedificación cuando se destinan a crear locales de uso privativo, y son, precisamente éstas, para las que se exige la unanimidad ⁵⁸.

Y, teniendo en cuenta lo dicho, cabe preguntarse si acaso no será el cambio de titularidad sobre el bien y la operación que lo

⁵⁸ Así, la sentencia de la Cour de Cassation de 25 de mayo de 1964 —consultada en *Bulletin civil*, 1964, Première partie, p. 211, núm. ref. 270— entiende que la operación constructiva suponía un enajenación parcial de ciertos elementos comunes, de modo que no se podía subedificar porque el reglamento exigía unanimidad para enajenar elementos comunes.

provoca, implícita en la sobre o subedificación, la que determina la exigencia de un acuerdo unánime cuando se van a crear locales de uso privativo.

Cuando las nuevas partes creadas se atribuyen privativamente en porciones a todos los copropietarios que eran titulares del derecho de sobreedificación, como cuando se construyen garajes o trasteros, cada uno de los cuales se atribuye privativamente a cada copropietario, incrementando el componente privativo de sus respectivos lotes en la copropiedad, la sobreedificación implica una división de cosa común para la que se requiere unanimidad conforme al régimen general del CC francés⁵⁹. Conforme al español, esta operación requeriría la previa desafectación de los locales, y, posteriormente, su división en opinión de Loscertales⁶⁰, en cualquier caso, la *división de un elemento común* exigiría siempre, en el seno de la propiedad horizontal, una decisión unánime también en Derecho español. De modo que, en este caso, la exigencia de unanimidad vendría justificada porque la operación implícita a la sobre o subedificación y que opera el cambio de titularidad, consiste en una división de la nueva construcción realizada, la cual originariamente debe considerarse elemento común.

Ahora bien, hay otras operaciones que provocan el cambio de titularidad y que deben entenderse implícitas en algunas sobre o subedificaciones tendentes a crear locales de uso privativo que, si bien en Derecho español está, más o menos, claro que requieren unanimidad, no parece estar tan claro con respecto al Derecho francés, como puede ser la atribución privativa del uso de una parte común, o la enajenación de una parte común, de modo que se convierta en privativa.

En cuanto a la *enajenación*, no hay ninguna duda con respecto al Derecho español, de que tal operación requeriría acuerdo unánime de los copropietarios. En cuanto al Derecho francés, la Ley parece exigir unanimidad para enajenar partes comunes, sólo cuando esas partes son necesarias respecto al destino del inmueble (art. 26, párrafo tercero); si esa enajenación viene determinada por obligaciones legales o reglamentarias sólo es necesaria mayoría de votos de todos los copropietarios –art. 25.1.d)–; en otro caso, se requiere mayoría de miembros del sindicato que representen mayoría de dos tercios de los votos [art. 26.1.a)].

⁵⁹ GIVORD, François, et GIVERDON, Claude, avec la collaboration de CAPOULADE, Pierre, *La Copropriété*, édit. Dalloz, Paris, 1992, p. 328, § 413, dice que un voto mayoritario no podría decidir la partición de una cosa común como un patio.

⁶⁰ Vid. en este sentido LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, editorial Sepin, Madrid, 1999, p. 384.

Sin embargo, y pese a la literalidad de los diferentes preceptos de la Ley francesa, los autores ⁶¹ y la jurisprudencia ⁶² suelen exigir unanimidad para que una parte común se convierta en privativa, con lo cual, en estos supuestos, podría entenderse que la regla de la unanimidad también puede entenderse suficientemente justificada en Derecho francés; no obstante, el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley no exige unanimidad para privatizar la facultad de sobre o de subedificar.

En cuanto a la otra operación que puede estar implícita en una operación de sobre o subedificación es la de *atribución privativa del uso de una parte común*.

Podría plantearse, tras la reforma operada por la Ley 8/1999, que acaso ya no sea necesaria la unanimidad para atribuir privativamente el uso de una parte común, y ello porque el artículo 17.1.º exige para el alquiler de partes comunes que no tengan asignado uso específico en el inmueble, una mayoría de tres quintas partes del total de copropietarios que representen tres quintas partes de las cuotas de participación y el consentimiento del copropietario que pueda resultar afectado. Obviamente, no es lo mismo concertar un arrendamiento que atribuir privativamente el uso, ya que, frente a un arrendamiento que implica una relación obligacional temporal

⁶¹ Vid. KISCHINEWSKY-BROQUISSE, Edith, *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, Paris, 1989, p. 768, § 679; GIVORD, François, et GIVERDON, Claude, avec la collaboration de CAPOULADE, Pierre, *La Copropriété*, édit. Dalloz, Paris, 1992, p. 286. LAFOND, Jacques, et STEMMER, Bernard, *Code de la copropriété commenté et annoté*, Paris, 1995, édit. Litec, en la p. 272 dicen que es precisa la unanimidad para cambiar una parte común en privativa; en la p. 267 consideran que es suficiente la mayoría contemplada en el artículo 26 para que una parte común se convierta en privativa, sin embargo, apoyan su afirmación en la sentencia de la Cour de Cassation de 18 de julio de 1986 –se puede consultar en *Bulletin civ. III*, núm. 123, pp. 96 y 97– que alude, no a un cambio de parte común a privativa, sino a una alteración en el uso de la cosa que pasa a ser de uso común a ser de uso privativo. SOULEAU, Henri, en «Copropriété. Modification du règlement de copropriété. Nullité de l'acte modificatif notarié sans l'accord des copropriétaires», en *Repertoire du Notariat Defrenois*, 1980, p. 950.

⁶² Vid. la sentencia del Tribunal de Grande Instance de Grasse, de 4 janvier, 1968, consultada en *Information rapide de la copropriété*, septembre 1968, p. 126. También la sentencia del Tribunal de Grande Instance de Bayonne de 4 de novembre de 1974 –consultada en *La Semaine juridique, JCP*, éd. N., 1975, núm. ref. 17951–. La sentencia de la Cour de Cassation de 23 de octubre de 1979 –sentencia no publicada, consultada a través del comentario de SOULEAU, Henri, en *Repertoire du Notariat Defrenois*, 1980, pp. 948 a 950–, que aborda un supuesto en el que se pretende convertir un conjunto de partes comunes en privativas, deja clara la exigencia de unanimidad para proceder a tal modificación del reglamento de copropiedad. La sociedad de construcción y venta que había hecho redactar el reglamento de copropiedad del inmueble por un notario solicita del mismo la alteración del reglamento, de cara a transformar ciertos garajes y partes comunes en locales comerciales de agencias inmobiliarias. Esta transformación suponía la creación de un nuevo lote de copropiedad. Todos los copropietarios ratifican la sustracción de partes comunes operada por el acto notarial modificativo. Sin embargo, el Tribunal entiende que es nulo el acto notarial que produce tal alteración del reglamento de copropiedad –porque no se había acordado en Asamblea–, de manera que los copropietarios no podían ratificarlo individualmente.

que no tiene por qué suponer una reforma del título constitutivo, la atribución del uso implica una relación jurídico-real que necesariamente modifica el título constitutivo y, además, puede ser temporalmente indefinida. Por otro lado, el que se destine a alquiler el piso no significa que el uso del elemento alquilado esté atribuido privativamente, ya que si es la comunidad la que cobra la renta, el uso sigue siendo común ⁶³. Pese a todo, esta mención del artículo 17 puede suscitar alguna duda al respecto. Considero que si lo que se pretende es alquilar los nuevos locales creados por sobre o subedificación, y la renta va a cobrarse por la comunidad de propietarios, la decisión de realizar esa construcción no debe adoptarse por unanimidad, sino por la mayoría de las 3/5 partes del total de copropietarios que, además, representen las 3/5 de las cuotas de participación ⁶⁴.

En cuanto al Derecho francés, la atribución del uso privativo de las partes comunes no requiere unanimidad, sino la mayoría del artículo 26 –art. 26, párrafo primero, b)– ⁶⁵, de manera que, en este caso, la operación implícita a la sobre o subedificación no justificaría la exigencia de unanimidad.

Por lo tanto, así como en Derecho español, parece que todos los supuestos de sobre o de subedificación, configurados como elementos comunes, para crear locales privativos o cuyo uso se atribuye privativamente, llevan implícitas operaciones que justifican la exigencia de que el acuerdo se adopte por unanimidad, en Derecho francés, por el contrario, dicho requerimiento no está justificado en el caso en que se construyan partes comunes cuyo uso se atribuye privativamente, puesto que en la mayoría de esos casos la Ley francesa no exige unanimidad.

La doctrina francesa aporta más razones para justificar la exigencia de unanimidad en ese caso, que son trasladables al Derecho español, y que, junto a la ya explicada, vienen a apuntalar en mayor medida la necesidad de acuerdo unánime para las sobre o subedifi-

⁶³ Del mismo modo, en el usufructo, el alquiler de la cosa usufructuada no implica que el usufructuario haya atribuido el uso a otra persona, sino que el arrendamiento de la cosa usufructuada es una forma más de uso por parte del titular del derecho de usufructo.

⁶⁴ Tener en cuenta que la misma mayoría es necesaria para la realización de mejoras y para el alquiler de elementos comunes, conforme establece el artículo 17.1 de la Ley de propiedad horizontal.

⁶⁵ En este sentido, *vid.* sentencia de la Cour de Cassation de 18 de julio de 1986 –consultada en *Bull. civ.* III, núm. 123, pp. 96 y 97– conforme a la cual:

«según el artículo 27 de la Ley de 10 de julio de 1965, una modificación del reglamento de copropiedad, en lo que concierne al disfrute y uso de una parte común puede ser adoptada por mayoría de tres cuartos de los votos de los copropietarios, desde el momento en que la conservación de esta parte común no sea necesaria respecto al destino del inmueble...»

caciones destinadas a la creación de locales privativos o de locales comunes cuyo uso se atribuye privativamente.

Segunda.—No es una función característica de la Junta de propietarios.

La doctrina francesa coincide en justificar la exigencia de unanimidad para decidir la sobre o subedificación basándose en la idea de que la operación de construcción no entra en lo que sería el objeto propio del sindicato ⁶⁶, que no debería convertirse en constructor, ni en especulador. Lo mismo podría afirmarse con respecto al Derecho español.

El objeto del sindicato se encuentra fijado en el artículo 14 de la Ley francesa, en los siguientes términos: conservación del inmueble y administración de las partes comunes. En cuanto a la Ley española, su artículo 14 enumera las funciones de la Junta de propietarios, y de ellas se deduce que lo que se pretende es que se ocupe de los asuntos de interés general de gestión y conservación del inmueble.

Es obvio que la decisión de sobre o subedificar para crear locales de uso privativo —sean comunes o privativos— debe adoptarse por la Junta de propietarios —si es Derecho español— o por el Sindicato —si es Derecho francés—, de tal manera que podría decirse que sí nos encontramos ante una función propia de estos órganos. Sin embargo, al decir que no entra en lo que es el objeto del Sindicato o de la Junta, no pretende sustraerse esta decisión del ámbito de actuación de estos órganos, sino que lo que se quiere poner de relieve es que no parece que sea propio de estos órganos de administración, la realización de inversiones y negocios con vistas a procurar beneficios económicos en favor de la copropiedad. Nadie tiene por qué verse obligado a asumir el riesgo que toda inversión conlleva; y ello, aunque la rentabilidad parezca asegurada. Esta sería otra razón que vendría a justificar la exigencia de unanimidad en aquellos casos en los que se pretende crear locales —comunes o privativos— de uso privativo.

Tercera.—El respeto a la configuración original del edificio.

También puede encontrarse una justificación para la exigencia de unanimidad en la consideración que realizan algunos autores españoles en el sentido de que el edificio debe conservarse en el

⁶⁶ SEGUIN, M., «Copropriété et surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 61; y STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, J.C.P.*, Formules commentées, 1980, núm. ref. 2775, §§ 19 a 22.

estado original; es decir, que deben los copropietarios respetar la configuración del edificio, principio que entienden se encuentra reflejado en algunos preceptos del CC español, como, por ejemplo, el artículo 397. De modo que, para algunos autores parece sensato que, como principio general y en aras al respeto a la configuración general del edificio, se exija un acuerdo unánime para modificar la configuración del mismo ⁶⁷.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FACULTAD DE SOBRE O DE SUBEDIFICAR ATRIBUIDA PRIVATIVAMENTE

El análisis de los problemas que suscita la atribución privativa de la facultad de sobre o subedificar en el seno de la propiedad horizontal, presenta la dificultad de carecer de una norma de Derecho positivo que específicamente los contemple y regule, ya que hemos manifestado en el primer capítulo nuestra postura contraria a la aplicación del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal a estos supuestos.

La ausencia de normas específicas referentes a esta materia ⁶⁸, contrasta con la circunstancia de que, en la práctica, los problemas suscitados en relación a supuestos de atribución privativa de la facultad de sobre o de subedificar son mucho más frecuentes que cuando dicha facultad aparece configurada como elemento común, lo que es debido –seguramente– a que no se suele ejercitar la facultad en este último caso, mientras que es más normal su ejercicio cuando es elemento privativo. De manera que, la jurisprudencia y también las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado serán un elemento importante de apoyo en el estudio de la cuestión a la que nos enfrentamos.

⁶⁷ En este sentido se pronuncia VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 5.ª edición, revisada, ampliada y puesta al día por Antonio VENTURA-TRAVERSESET HERNÁNDEZ, editorial Bosch, Barcelona, 1992, p. 338.

⁶⁸ Hay quien entiende que a la sobre y a la subedificación cuando no son elementos comunes se refiere el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, sin diferenciar entre cuando, pese a ser privativas, forman parte del contenido del derecho de propiedad sobre la finca, y cuando se configuran como derechos reales en cosa ajena. En este sentido, *vid.* ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, pp. 543 y 544.

Personalmente entiendo que en el primer caso, debe deducirse el régimen aplicable de la Ley de Propiedad Horizontal, mientras, en el segundo, debe acudir al régimen de los derechos reales de que se trate, derecho de superficie o de sobre y subedificación; si es el segundo, será aplicable el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario en la medida en que lo sea.

Por otro lado, los artículos 35 a 37 de la Ley francesa de copropiedad de edificios, de 10 de julio de 1965, sí contemplan específicamente los problemas que pueden plantearse en caso de atribución privativa de la facultad de sobre o de subedificar, lo que, sin duda, convierte al Derecho francés, de nuevo y al igual que en el primer capítulo, en un referente importante, aunque, acaso, en esta ocasión tenga mayor peso específico que en aquélla, donde se analizaba la facultad de sobre o de subedificar configurada como elemento común.

No obstante, la inexistencia de normas de Derecho positivo en nuestro Ordenamiento jurídico que contemplen y regulen propiamente las cuestiones relativas a la atribución privativa de este componente de la propiedad horizontal, no quiere decir que no haya normas que le sean aplicables.

I. EL NEGOCIO DE ATRIBUCIÓN PRIVATIVA

1. EL CONTENIDO DEL NEGOCIO DE ATRIBUCIÓN PRIVATIVA

Vamos a ver, en primer lugar, las menciones que debe contener el negocio por el que se procede a la atribución privativa de la facultad de sobre o de subedificar.

Ante la ausencia de una norma que expresamente se refiera a ello en la Ley de propiedad horizontal, podríamos ver en qué medida son extensibles a este supuesto las menciones que el artículo 12 de la misma exige para que la Junta acuerde ejercitar la facultad de sobre o de subedificar cuando está configurada como elemento común. Recordemos que se hacía necesario fijar la *naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos*. No obstante, esta última mención no tiene sentido entenderla referida al supuesto de ejercicio privativo de la facultad de sobre o de subedificar, puesto que los nuevos titulares de los locales que se construyan serán los titulares de dicha facultad.

Por otro lado, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario regula también las menciones que deben contener las inscripciones registrales de los derechos de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación. De modo que cuando la atribución privativa de estas facultades haya provocado la constitución de uno de estos dere-

chos, habrá de ser tenido en cuenta dicho precepto en la medida en que corresponda ⁶⁹. En cuanto a los otros supuestos de atribución privativa, dicho precepto –aunque no sea de aplicación– podrá ser tomado como referencia ⁷⁰.

Conforme al párrafo segundo del artículo 16 del Reglamento, en la inscripción del derecho de sobre o de subedificación, se deben hacer constar las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en las partes comunes y en los gastos o, las normas para su establecimiento. El artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario dice también que deben constar las normas del régimen de comunidad para el caso de establecerse, aunque, obviamente, no tiene sentido referir esta mención al supuesto analizado ya que si nos encontramos en un régimen de propiedad horizontal esas normas ya estarán elaboradas. El párrafo primero de dicho precepto, que regula la inscripción registral del derecho de superficie, también exige la constancia de –entre otras cosas– las características generales de la edificación, su destino y el presupuesto.

En cuanto al Derecho francés, el artículo 37 de la Ley francesa de copropiedad de edificios exige que se haga constar en el acuerdo de reserva: *la importancia y consistencia de los locales a construir, así como las modificaciones que su ejecución entrañaría en los derechos y las cargas de los copropietarios*. Ciertamente es que este precepto contempla un caso muy concreto cual es el de la reserva de esta facultad por quien originariamente es propietario único del edificio, pero creo que, las menciones que en tal caso se exige que consten, pueden servir de referencia para el caso aquí analizado ⁷¹.

Estas normas que hemos tomado como referencia aunque no son aplicables al supuesto de hecho que se analiza, parecen coincidir en dos aspectos que vendrían a conformar, entiendo, el núcleo esencial del contenido del negocio de atribución privativa de estas facultades: el alcance de la construcción que puede realizarse y las

⁶⁹ Sobre el contenido del acuerdo necesario para la constitución de estos derechos me remito a mi trabajo: *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, edit. por Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pp. 184 ss y 328 ss.

⁷⁰ Ha de tenerse en cuenta que el artículo 16 del Reglamento Hipotecario fue reformado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. Posteriormente la STS de 31 de enero de 2001 declaró nulo dicho precepto, que se suele considerar en la actualidad vigente con la redacción que le dio el Decreto de 17 de marzo de 1959. Aunque, como dice GÓMEZ LAPLAZA, Carmen, en la nota al pie de dicho artículo en las *Leyes Hipotecarias* de la editorial Aranzadi, *algunos de los argumentos esgrimidos por el TS para declarar la nulidad de algunos apartados del artículo 16 en su redacción realizada por el Real Decreto 1867/1998, pueden ser reiterados en relación al contenido actual*.

⁷¹ Sobre el ámbito de aplicación del precepto *vid.* mi artículo «La réserve du droit de surelevation: l'article 37 de la loi 10 juillet 1965 fixant le statut des immeubles bâtis», en *Actualité Juridique Droit Immobilier*, núm. 6, junio 2002, p. 443 ss.

modificaciones que van a operarse en las cuotas de participación de la copropiedad.

A) La construcción que puede realizarse

Parece sensato entender que uno de los contenidos del negocio de privatización sea la determinación de la construcción que puede realizarse: el número de plantas a construir, las características del edificio, su altura ⁷², superficie, etcétera. La doctrina francesa suele entender también que aquí se debe considerar exigida la utilización que se va a hacer de las nuevas construcciones, así como su aspecto exterior. En este orden de cosas, y como hemos dicho en relación al artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal, sería conveniente adjuntar al acuerdo los planos de la futura construcción que se realizará, como ocurre en el caso analizado por la STS de 6 de junio de 1979 (RAJ 2323), en el que, para privatizar la portería y un patio, el adquirente aporta un plano de la modificación constructiva que va a hacer, lo que posteriormente permite resolver el litigio planteado a su favor.

La STS de 30 de noviembre de 1984 (RAJ 5692) también alude a la necesidad de que se fije el alcance de las obras que pueden llevarse a efecto, ya que, como argumento para decretar la obligación de reponer el suelo y subsuelo a su estado originario, dice que no había mediado un acuerdo en el que se fijara el alcance de las obras a realizar.

Sin embargo, en la STS de 7 de noviembre de 1979 (RAJ 3644) se reserva un derecho de sobreedificación sobre un edificio en propiedad horizontal y sólo se limita la superficie de asiento: el tejado de la planta segunda. No se fijan ni el número de plantas ni las cuotas, no discutiéndose la validez de la reserva por esta cuestión. Aunque acaso con dicha mención era suficiente para fijar el alcance de la construcción, ya que la altura puede deducirse de otras circunstancias, como la existencia de huecos de luces y vistas que han de respetarse, también de la normativa urbanística⁷³, etcétera.

⁷² Vid. STEMMEYER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, JCP*, Formules commentées, 1980, p. 85, §§ 12 y 13.

⁷³ Vid. en contra del recurso a la normativa urbanística, ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 555: *A mi juicio debe rechazarse la fórmula de remisión a lo que en cada momento determinen las Ordenanzas Municipales o los planes urbanísticos, ya que la misma en el estado en que se encuentra nuestra legislación, no desarrolla adecuadamente la función de delimitar el contenido del derecho.*

También pueden citarse como contrarias al recurso a la referencia a la normativa urbanística en cada momento aplicable como criterio de determinación del objeto del derecho de sobreedificación la RDGRN de 29 de abril de 1999 (RJ 1999/2762).

B) Modificaciones que se van a operar en la copropiedad

También parecen coincidir estas normas que hemos tomado como referencia en que aparezca como contenido de un negocio de privatización de este tipo las modificaciones que el ejercicio de la facultad va a provocar en el seno de la copropiedad, no sólo en lo referente a las cuotas que han de atribuirse en su caso al propietario de las nuevas construcciones, sino también las modificaciones que, en su caso, van a sufrir el resto de copropietarios en sus cuotas. Así, el artículo 16.2 del Reglamento hipotecario alude a las cuotas en los gastos y en los elementos comunes que se van a atribuir al titular del derecho; el artículo 37 de la Ley francesa dice que habría que hacer constar en el acuerdo las modificaciones en los derechos y cargas de los copropietarios⁷⁴; y, además, el artículo 12 de la Ley española de Propiedad Horizontal se refiere a la variación en las cuotas.

Ahora bien, la STS de 6 de junio de 1979 (RAJ 2323), en un caso en el que se habían privatizado algunos elementos comunes –portería y patio–, viene a decir que, aunque no se fijen las cuotas de participación en los elementos comunes y la contribución a los gastos comunes, siempre queda la posibilidad de acudir al Tribunal a reclamar su fijación⁷⁵. De manera que, acaso, la constancia de estas informaciones tampoco parece tan necesaria como la determinación del alcance de la modificación constructiva que puede efectuarse. Lo importante es que existan los criterios que permitan concretar esas cuotas en base a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal que permite que se fijen por acuerdo entre los copropietarios, por laudo o por resolución judicial; con lo cual siempre podría acudir a los Tribunales a solicitar la fijación de estas cuotas. Los criterios que dicho artículo establece son: la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación, y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes⁷⁶.

⁷⁴ Vid. STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, JCP*, Formules commentées, 1980, p. 85, § 14.

⁷⁵ STS de 6 de junio de 1979 (RAJ 2323):

«La licitud de tales decisiones no desaparece por la circunstancia de que no se hubieran recogido todas las especificaciones que la norma indica, por cuanto el reajuste en los coeficientes de la cuota de participación del actor recurrente, expresión proporcional y aritmética de su obligación de contribuir a los gastos generales y participar en los beneficios... puede ser pretendido en cualquier momento si acaso la innovación altera en este punto la situación precedente.»

⁷⁶ Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 564, contempla la posibilidad de recurrir al artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal.

En la STS de 23 de julio de 1990 (RAJ 6128) se aborda un caso en el que, en virtud de un derecho de sobreedificar sobre una finca constituida en régimen de propiedad horizontal, su titular había construido un ático que había sido enajenado a otros sujetos. Frente a la demanda de la comunidad de propietarios reclamando la propiedad de dicho ático por accesión, el Tribunal dice que la reserva del derecho había sido válida y la venta del ático construido también, y se condena a la comunidad de propietarios a integrar en ella la propiedad de dicho ático, asignándosele la correspondiente cuota de participación, con lo cual dicha cuota no había sido fijada en el acuerdo de reserva del derecho de sobreedificación.

También se alude a un supuesto de ejercicio del derecho de sobreedificación en la STS de 7 de noviembre de 1979 (RAJ 3644) en el que, al parecer, nada se había fijado sobre la posible variación de cuotas, diciendo el pronunciamiento del Tribunal Supremo que, queda al margen lo que pueda pretenderse sobre la variación de cuotas si a ello hubiere lugar.

La RDGRN de 7 de abril de 1970 (RAJ 3459) alude a un supuesto en el que se constituye un régimen de propiedad horizontal, reservándose el propietario único el derecho de sobreedificar y de fijar las cuotas correspondientes a las partes que, en su caso, se construyeren y de modificar las de los otros copropietarios. En la escritura de compraventa de cada uno de los pisos por los diferentes copropietarios iba incluido un apoderamiento al titular de ese derecho para que pudiera proceder a la fijación de esas cuotas y a la modificación del conjunto unilateralmente, basándose en la extensión de los pisos construidos. La DGRN soluciona el recurso permitiendo la inscripción de esa cláusula en el Registro ⁷⁷.

C) **Las consecuencias de los defectos de contenido del negocio de atribución privativa**

El artículo 37 de la Ley francesa –aunque hay que recordar que se refiere sólo a un supuesto muy concreto de reserva de la facultad de sobre o de subedificación– establece claramente la sanción aplicable para el caso de que el acuerdo no contenga esas menciones: la nulidad, salvo para los acuerdos anteriores a la Ley de 10 de julio de 1965.

⁷⁷ AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, en «Comentario a la RDGRN de 7 de abril de 1970», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1970, pp. 982 ss. Para este autor, no se debía haber procedido a la inscripción de dicha cláusula en la medida en que no se había fijado un criterio objetivo de determinación; sin embargo, al parecer, dicho criterio era la superficie de los pisos que se construyeran por sobreedificación.

En Derecho español, por el contrario, no hay norma específica que fije cuáles son las consecuencias de un contenido defectuoso del negocio de privatización de esta facultad. No obstante, hemos de reparar que estas menciones tienen como finalidad la determinación del objeto de la relación jurídico-real. Como dice Díez-Picazo: *en la relación jurídico-real el requisito de determinación del objeto se traduce en la necesidad de una absoluta individualización objetiva*⁷⁸. Es necesaria la determinación o determinabilidad del objeto de la relación jurídico-real constituida, y las menciones que debe contener el negocio de privatización deben ser las necesarias a tal efecto, lo que debe juzgarse en cada caso concreto. Creo que lo más importante, en este orden de cosas, es el alcance de la construcción a realizar y, fundamentalmente, la superficie de asiento, puesto que la altura puede deducirse, en algunos casos, de otras circunstancias. Determinada la sobre o subedificación que puede realizarse, pueden extraerse las modificaciones que, para la copropiedad, va a tener dicha operación constructiva.

Si el objeto de la relación jurídico-real de privatización de la facultad de sobre o de subedificación no está suficientemente determinado, el negocio de privatización puede ser nulo por aplicación del artículo 1261 CC, al igual que ocurre en Derecho francés para el supuesto contemplado en el artículo 37 de la Ley de 10 de julio de 1965.

2. LAS MAYORÍAS NECESARIAS PARA QUE LA COPROPIEDAD ATRIBUYA PRIVATIVAMENTE POR ENAJENACIÓN LA FACULTAD DE SOBRE O DE SUBEDIFICACIÓN

La enajenación de los derechos de sobre o subedificar cuando estos derechos son elementos comunes del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal es equiparable al caso del propietario de una finca edificada que decide conceder a otra persona la facultad de edificar encima o debajo de la construcción ya existente. Dicha enajenación de la facultad de sobre o de subedificar que integra el contenido del derecho de propiedad, puede implicar la constitución de un derecho real en cosa ajena, que tendría que ser necesariamente o un derecho de superficie o un derecho de sobre o

⁷⁸ Vid. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, tomo III, *Las relaciones jurídico-reales. El registro de la Propiedad. La posesión*, edit. Civitas, Madrid, 1995, p. 168.

de subedificación. Puede ocurrir, también, que la enajenación de dichas facultades no implique su desmembramiento del contenido del derecho de propiedad y, pese a la disposición, sigan formando parte del contenido del derecho de propiedad sobre la finca, aunque ya no como elementos comunes, sino como elementos privativos que irán vinculados a una cuota de participación en el suelo y en el resto de elementos comunes. En este último caso, la disposición implica lo que se llama una desafectación de dichas facultades como elementos comunes, es decir, su conversión de elementos comunes en elementos privativos⁷⁹.

Nos interesa precisar qué mayoría es necesaria para que la comunidad adopte la decisión de enajenar estas facultades. De entrada, parece claro que una vez configurado un componente de la finca como común, no puede un copropietario atribuírselo privativamente de manera unilateral, como afirma la STS de 18 de diciembre de 1987 (RAJ 9584), en la que se niega la posibilidad de atribuirse privativamente un sótano que había que entender configurado como elemento común. Por su parte, la STS de 30 de noviembre de 1984 (RAJ 5692) viene a decir que una construcción en el sótano por un copropietario viene a representar un acto dispositivo de un elemento común. Así, también, la STS de 16 de junio de 1998 (RJ 1998/5056).

A) La regla de la unanimidad en Derecho español

La enajenación de estas facultades implica una modificación del título constitutivo, y en la medida en que dicha atribución no traiga causa del establecimiento de servicios comunes de interés general, de la supresión de barreras arquitectónicas, ni de la instalación de infraestructuras de telecomunicación o de energía solar, o de energía colectivas, será necesario que la enajenación se decida por unanimidad de todos los copropietarios. Es difícil imaginar algún supuesto en el que la atribución privativa se deba a estos motivos, aunque podría pensarse en la enajenación de dichas facultades con vistas a la construcción de un garaje que pudieran usar gratuitamente los copropietarios.

⁷⁹ En realidad se trata de una desafectación de elementos comunes que se transforman en privativos. De modo que, como dice la STS de 6 de junio de 1979 (RAJ 2323), en relación a un acuerdo por el que el local destinado a portería se adjudica a un copropietario, dicha desafectación implica que *ha mediado un verdadero negocio jurídico de índole dispositiva por parte de la Junta de Propietarios*.

Salvo que estemos ante uno de esos supuestos, será necesario acordar la enajenación del derecho por unanimidad⁸⁰ en función de lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Ley de propiedad horizontal.

Por su parte, la ley 436 del Fuero Nuevo de Navarra establece expresamente la necesidad de acuerdo unánime para la enajenación de los derechos de sobre y de subedificación. Dice esta ley que:

«Ley 436. Copropiedad y propiedad horizontal.—Cuando el edificio se halle en régimen de copropiedad o de propiedad horizontal, la facultad de sobreedificar o subedificar pertenecerá a los condueños en proporción a sus respectivas cuotas. En ambos casos la concesión de estos derechos requerirá el consentimiento de todos los partícipes».

En favor de la unanimidad se manifiesta reiteradamente el Tribunal Supremo en relación —más que al derecho de sobre o subedificar—, al subsuelo y al vuelo como elementos comunes que resultan afectados por sobre o subedificaciones. Así, la STS de 15 de junio de 1988 (RAJ 5115) afirma que el uso privativo de los elementos comunes —concretamente el subsuelo— debe ser aprobado por unanimidad; se trataba, en este caso, de la excavación de un sótano en el subsuelo realizada por uno de los copropietarios sin contar con autorización de la Junta de propietarios. Se manda la reposición a su estado originario.

También la STS de 1 de febrero de 1995 (RAJ 1220), se refiere a una edificación realizada en el subsuelo por unos copropietarios, a lo que dice el TS que:

«La desafectación de un elemento común, como es el subsuelo, para su conversión en elemento privativo, requiere el consentimiento de todos los miembros integrantes del régimen de dicha especialísima forma de propiedad, consenso que, ha de insistirse en este caso no existe.»

⁸⁰ En este mismo sentido parece pronunciarse MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, tomo I, p. 1017, donde, al explicitar las diferentes posibilidades de atribución de las facultades de sobre o de subedificar en el seno de la propiedad horizontal, alude a la posibilidad, entiendo, de que en el título constitutivo no aparezca la reserva en favor del constructor o vendedor de los pisos, siendo dicho constructor-promotor o vendedor quien va a sobre o subedificar, lo que indudablemente implicaría, según creo, la enajenación de ese derecho. En tal caso entiende este autor que debe adoptarse el acuerdo por unanimidad, porque en su opinión supone una modificación del título constitutivo, y así lo exige el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal —actual art. 12—. También considera necesaria la unanimidad para enajenar el derecho de sobreedificación o de subedificación, PONS GONZÁLEZ, Manuel, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*, 6ª edición, editorial Comares, Granada, 1995, p. 86: *para la válida constitución del mismo se requiere el acuerdo unánime de todos los propietarios.*

En este mismo sentido pueden citarse las SSTs como la de 30 de noviembre de 1984 (RAJ 5692) en un caso de construcción en el subsuelo; la de 4 de marzo de 1985 (RAJ 1107); la de 3 de febrero de 1987 (RAJ 677), o la de 31 de octubre de 1996 (RAJ 7724).

Es destacable la STS de 13 de julio de 1995 (RAJ 5963), en la que se contempla un caso en el que el propietario de la planta baja había realizado un sótano que utilizaba como bar; la Junta de Propietarios no había adoptado ningún acuerdo unánime que desafectara el subsuelo como elemento común en favor del propietario de la planta baja. El sótano fue construido a la vista de todos los copropietarios que, en modo alguno impidieron su realización. Al cabo de bastante tiempo, en el transcurso del cual se había transmitido el local con el sótano a otro propietario –la construcción era de 1973 y la acción se ejercita en 1991–, dos copropietarios piden que el propietario del local tape el sótano y devuelva el suelo a su primitivo estado. Dice el TS, al respecto:

«La realidad del tiempo transcurrido, 18 años, sin objeción alguna a la existencia del sótano permite traer a colación determinada doctrina de la Sala en torno a la exigencia por la Ley de Propiedad Horizontal del acuerdo unánime de todos los copropietarios para modificar o alterar elementos comunes del inmueble, al declararse que es preciso que tal consentimiento aparezca suficientemente acreditado y concluyente, pero admitiendo la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a esa conclusión, doctrina, la expresada que se encuentra referida entre otras, en las sentencias de 28 de abril de 1986 (RAJ 2064) y 28 de abril y 16 de octubre de 1992 (RAJ 4467 y 78290, y tiene su explicación en que, en razonamiento de la sentencia de 16 de octubre de 1992, el transcurso pacífico del tan largo período de tiempo, veinte años, sin formular reclamación alguna, debe producir el efecto de tener por renunciado el derecho impugnatorio, pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales...»

Esta exigencia de unanimidad, en mi opinión, hace que el sistema de mayorías que se deriva de la Ley española de Propiedad Horizontal sea coherente: si para el ejercicio de este derecho con vistas a la creación de locales de uso privativo por parte de la copropiedad, es necesario un acuerdo unánime, está plenamente justificada la exigencia de unanimidad cuando se trata de enajenar –atribuir privativamente– el derecho de sobre o subedificar⁸¹.

⁸¹ En este sentido, CABANAC, Jean, «Le droit de surélévation sous le régime de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 34, lamenta que la Ley francesa exija unanimidad para ejercitar el derecho y, para enajenarlo, requiera una mayoría diferente –la del art. 26–. Nos relata este autor cómo en el proceso de elaboración de la Ley se discutió precisamente esta cuestión.

Por otra parte, la exigencia de unanimidad para proceder a la enajenación de estos derechos cuando en el título constitutivo estaban configurados como partes comunes, permite que se puedan enajenar, bien como elemento privativo a favor de un copropietario, o que se constituya, a través de la disposición, un derecho real en cosa ajena, ya sea derecho de superficie o derecho de sobre o de subedificación.

B) La mayoría necesaria en Derecho francés

La Ley francesa, en su artículo 35.2, a diferencia de la Ley española de Propiedad Horizontal, sí contempla el supuesto objeto de estudio, disponiendo que:

«La decisión de enajenar para los mismos fines —es decir, con el fin de crear locales privativos— el derecho de sobreedificar un edificio existente exige, además de la mayoría prevista en el artículo 26, el acuerdo de los copropietarios del piso superior del edificio a sobreedificar, y si el inmueble comprende varios edificios, la confirmación por una asamblea especial de copropietarios de los lotes que forman el edificio a sobreedificar, decidiendo por la mayoría expresada aquí arriba.

Si el Reglamento de Copropiedad estipula una mayoría superior para tomar la decisión prevista en el párrafo anterior, esta cláusula no puede ser modificada más que por esa misma mayoría.»

Por lo tanto, la mayoría precisa para enajenar estas facultades es, con carácter general, la del artículo 26 de la Ley, es decir, mayoría de miembros del Sindicato que representen, al menos, dos tercios de los votos⁸².

⁸² La mayoría del artículo 26 de la Ley francesa es la mayoría de los miembros del Sindicato que representen, al menos, los dos tercios de los votos. Se establece como exigencia una doble mayoría:

— La mayoría en número de los miembros del Sindicato, en referencia a todos los individuos que lo forman, incluidos aquellos que no se encuentran presentes, ni representados en la asamblea.

— La mayoría de 2/3 de los votos. El modo de atribución de votos en la asamblea viene fijado por el artículo 22 de la Ley de 10 de julio de 1965; según el cual, cada copropietario dispone de un número de votos correspondiente a su cuota de participación en las partes comunes. Pero los votos que concurren a cada asamblea no equivalen necesariamente al total de las participaciones en que se dividen los elementos comunes, porque hay que tener en cuenta que: si el sindicato ha adquirido alguna parte privativa, no dispone de voto en la asamblea general (art. 16 *in fine*, de la Ley francesa); y que si algún copropietario tiene una cuota-parte en los elementos comunes superior a la mitad, el número de votos de los que dispone se reduce a la

Sin embargo, en determinados supuestos, el régimen va a coincidir con el español que exige, con carácter general –salvo los casos que puedan incluirse en alguna de las excepciones a la regla general de unanimidad contemplados en el artículo 17–, una decisión unánime. Veamos en qué casos la Ley francesa exige, un acuerdo unánime:

a) Cuando en el reglamento de copropiedad se ha previsto expresamente que ese acuerdo se debe adoptar por unanimidad. Es el propio artículo 35.2 el que contempla la posibilidad de que en el reglamento se exija una mayoría más amplia que la del artículo 26; por tanto, podrá pactarse que el acuerdo se adopte por unanimidad⁸³.

b) Cuando las facultades de sobre o de subedificación sean necesarias respecto al destino del inmueble.–El artículo 26 establece que, cuando se trata de enajenar partes comunes cuya conservación es necesaria respecto al destino del inmueble, es necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad.

No obstante, es muy difícil que sea necesario conservar los derechos de sobre o de subedificación en base al destino del inmueble; es obvio que la enajenación de estas facultades no entraña en sí misma un atentado al destino del inmueble, sino que es el uso que, de las posteriores edificaciones se vaya a hacer, lo que puede afectar dicho destino. Es decir, que, en realidad, las nuevas construcciones no pueden ir destinadas a algo que sea incompatible con el destino de las partes comunes y privativas contempladas en el reglamento de copropiedad por mandato del artículo 8. Es muy extraño, por tanto, que la enajenación de estos derechos exija la unanimidad en base a esta causa.

c) Enajenación gratuita.–Hay algunos autores que consideran que cuando la enajenación de estos derechos se hace con carácter gratuito es necesaria la unanimidad⁸⁴. Frente a los argumentos de

suma de los votos de los otros copropietarios minoritarios –art. 22.2 de la Ley de 10 de julio de 1965–.

Si esta doble mayoría necesaria no se obtiene en una primera asamblea, no se puede convocar una segunda para que se proceda a la aprobación de la medida en cuestión –en nuestro caso, la enajenación de los derechos de sobreedificación y de subedificación– con una mayoría menos rigurosa, tal y como afirman: KISCHINEWSKY-BROQUISSE, Edith, *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, Paris, 1989, p. 730, § 641; GIVORD, François, et GIVERDON, Claude, avec la collaboration de CAPOULADE, Pierre, *La Copropriété*, édit. Dalloz, Paris, 1992, p. 499, § 607.

⁸³ Lo que la doctrina no admite es que se pacte una mayoría menor a la exigida por el artículo 26, puesto que ese precepto es de orden público, LAFOND, Jacques et STEMMER, Bernard, *Code de la copropriété commenté et annoté*, Paris, 1995, edit. Litec., p. 315, en el Comentario al artículo 35.

⁸⁴ En este sentido se pronuncian: BOUYEURE, Jean-Robert, «La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux

los que así piensan⁸⁵, otros acuden a la literalidad del artículo 35.2 que no distingue entre enajenaciones onerosas o gratuitas⁸⁶.

d) Acuerdo unánime de los copropietarios del piso afectado por la sobre o subedificación. El artículo 35.2 de la Ley francesa exige, para la enajenación de estas facultades, un acuerdo de los copropietarios del piso superior; pero no establece si deben con-

privatifs (arts. 35-36 et 37 de la loi du 10 juillet 1965)», *Gazette Palais*, 1973, II, D., p. 633, según el cual: *La colectividad de copropietarios no puede, en efecto, válidamente, salvo si la decisión era tomada por unanimidad, enajenar un derecho que le pertenece sin que la pérdida de este derecho sea compensada por una contrapartida correspondiente.* También SALUDEN, Marianne, «Copropriété. Travaux et transformations. Transformations», app. 544 à 577, fasc. 51, en *Jurisclasseur civil*, artículos 544-636, 1993, § 94. En esta dirección se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris (8.ª Ch.) de 6 de julio de 1972 –consultada en *Gazette du Palais*, 1973, 2.º semestre, pp. 731 a 733–, diciendo que: «Atendido, además, que una autorización de sobreelevar dada sin contrapartida habría debido recoger la unanimidad de los copropietarios».

⁸⁵ Doctrinalmente, se argumenta que no es objeto del sindicato disponer gratuitamente de las partes comunes: SALUDEN, Marianne, «Copropriété. Travaux et transformations. Transformations», app. 544 à 577, fasc. 51, en *Jurisclasseur civil*, artículos 544-636, 1993, § 85. LAFOND, Jacques, et STEMMER, Bernard, *Code de la copropriété commenté et annoté*, Paris, 1995, edit. Litec, p. 273, y en «Droit de la copropriété. Panorama de doctrine et de jurisprudence», *La Semaine Juridique*, JCP, éd. N., 1987, Pratique, núm. 268, p. 463. En este sentido, *vid.* sentencia de la Cour d'appel de Versailles, 1.ª Ch. 1.ª section, de 11 de marzo de 1993, consultada en *Administrer*, décembre, 1993, p. 52.

También se dice que se trata de un abandono de derecho y que es preciso que se produzca por unanimidad –LAFOND, Jacques, et STEMMER, Bernard, *Code de la copropriété commenté et annoté*, Paris, 1995, edit. Litec, p. 314; LAFOND, Jacques, en «Droit de la copropriété. Panorama de doctrine et de jurisprudence», *La Semaine Juridique*, JCP, éd. N., 1987, Pratique, núm. 268, p. 463, dice que puede concurrir abuso de derecho y que se rompería la igualdad de tratamiento que se impone entre todos los copropietarios–.

Además, se dice que ninguna mayoría puede obligar a los propietarios de una cuota-parte de las partes comunes contrarios a la enajenación a renunciar a ellas gratuitamente: MORAND, M., «Nota a la sentencia de la Cour de Cassation de 6 de febrero de 1973», en *La Gazette du Palais*, 1973, 1.º semestre, p. 284, plantea la posibilidad de que los copropietarios opuestos pudieran ejercitar una acción de rescisión por lesión; sin embargo, el hecho de que se trate de una donación, de una liberalidad excluiría, obviamente, esta posibilidad, *vid.* sobre la rescisión por lesión, COLLART DUTILLEUL, François, *Juris-Classeur civil*, artículos 1602 a 1762, fascículo de los artículos 1674 a 1685, febrero de 1994, concretamente § 67 con abundante cita de jurisprudencia.

⁸⁶ Éste es el principal argumento de la posición contraria defendida, entre otros, por GELINET, «Le droit de surélévation en vue de créer des locaux á usage privatif», *Administrer*, núm. 251, décembre 1993, p. 12.

Entre los pronunciamientos jurisprudenciales se puede citar el de la Cour de cassation de 6 de febrero de 1973 –consultada en *Bull. civ.*, 1973, 2, troisième partie, p. 70, ref. núm. 98; también en *La Gazette du Palais* 1973, 1.º semestre, pp. 283 y 284 (nota de MORAND, M.) que se pronuncia en el siguiente sentido:

«... la unanimidad no es exigida, en los términos del artículo 35.1, más que si la sobreedificación o la construcción debe ser realizada por el sindicato...»

Aunque BOUYEURE –en «La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux privatifs (art. 35-36 et 37 de la loi du 10 juillet 1965)», *La Gazette du Palais*, 1973, II, D., pp. 633-634– diga, a propósito de esta sentencia, que no se había planteado todavía el problema de la contrapartida, si se analiza la nota que a esta sentencia realiza MORAND, M. –en *La Gazette du Palais*, 1973, 1.º semestre, p. 284–, parece que se trataba de una enajenación gratuita, en la medida en que contempla la posibilidad de que se hubiera enfocado el caso en este sentido ante los Tribunales.

sentir por unanimidad o por mayoría, entendiendo la doctrina que dicho acuerdo debe ser unánime⁸⁷.

Al considerar que el acuerdo de los copropietarios del piso superior debe ser adoptado por unanimidad, la doctrina considera que cada uno de estos copropietarios dispone de un verdadero derecho de veto en relación a la enajenación de estas facultades⁸⁸.

⁸⁷ En favor de la necesidad de acuerdo unánime se pronuncian: BOUYEURE, Jean-Robert, «La qualité de copropriétaire de l'étage supérieur du bâtiment à surélever» en *Revue de Droit Immobilier*, 1980, p. 399, y en «La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux privatifs (arts. 35-36 et 37 de la loi du 10 juillet 1965)», en *Gazette du Palais*, 1973, 2, Doctrine, p. 634; GELINET, Jean-Maurice, «Le droit de surélévation en vue de créer des locaux à usage privatif», *Administrer*, núm. 251, décembre 1993, p. 13; FORESTIER, Jean-Pierre, «La surélévation et les voisins du dessous», en *Administrer*, núm. 137, juillet, 1983, pp. 19 y 20.

Únicamente, SEGUIN, M., defendió que dicho acuerdo debía aprobarse por mayoría; concretamente, por la del artículo 25, porque no creía, este autor, que se pudiera pretender la adopción del acuerdo por la doble mayoría del artículo 26. *Vid.* «Copropriété et surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, 2.º semestre, doctrine, p. 62.

Entre los argumentos que, en apoyo de la unanimidad, se aportan se puede citar el dato de que no se exija una asamblea especial; lo cual, a juicio de FORESTIER, es indicativo de que el acuerdo debe ser unánime –FORESTIER, Jean-Pierre, «La surélévation et les voisins du dessous», en *Administrer*, núm. 137, juillet, 1983, p. 19–. En efecto, el hecho de que no se trate del acuerdo del conjunto de todos los copropietarios – en cuanto grupo–, parece indicar que todos ellos deben consentir. Más aún, teniendo en cuenta que, cuando se trata del acuerdo de un conjunto de copropietarios determinado, la Ley de 10 de julio de 1965 habla expresamente de asamblea especial y precisa siempre la mayoría que, en el seno de la misma, ha de obtenerse.

En apoyo de esta tesis se ha puesto de relieve también, por BOUYEURE, Jean-Robert, «La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux privatifs (arts. 35-36 et 37 de la loi du 10 juillet 1965)», en *Gazette du Palais*, 1973, 2, Doctrine, p. 634, la desconfianza del legislador hacia las mayorías en materia de sobreedificación. No sé si se puede hablar en términos de desconfianza del legislador hacia las mayorías, lo que sí es claro es el disfavor con el que el legislador contempla la sobreedificación; actitud que le lleva –sin llegar a impedirla– a restringir esta posibilidad, protegiendo –frente a los acuerdos mayoritarios– todos aquellos intereses que pueden verse afectados por la sobreedificación, en este caso los intereses de los copropietarios del piso superior.

Creo que, en efecto, ha de entenderse que todos los copropietarios del piso superior del edificio a sobrelevar deben dar su consentimiento a la enajenación de este derecho. Si sólo se habla del acuerdo de los copropietarios, parece que hay que entender que es el acuerdo de todos ellos, no parece que se trate de una decisión del conjunto de los mismos adoptada por alguna regla mayoritaria, la cual –en cualquier caso– tampoco es proporcionada por el precepto.

Por otra parte, la enajenación de bienes indivisos, y las partes comunes lo son, requiere, conforme al régimen previsto por el artículo 815-3 del CC francés, la unanimidad de todos los propietarios. El artículo 35.2 de la Ley de 10 de julio de 1965, de Copropiedad de Edificios, representa una excepción a la regla general contenida en el artículo 815-3. Procede, por ello, una interpretación de dicho precepto lo más acorde posible con la regla general, a saber: que el acuerdo de los copropietarios del piso superior al que se refiere el artículo 35.2 de la Ley de 10 de julio de 1965 debe adoptarse por unanimidad.

⁸⁸ BOUYEURE, Jean-Robert, «La qualité de copropriétaire de l'étage supérieur du bâtiment à surélever», en *Revue de Droit Immobilier*, 1980, p. 399. En este mismo sentido, *vid.* la nota a la Sentencia del Tribunal de Grande instance de París de 28 de noviembre de 1974 en *Dalloz*, 1976, Informations rapides copropriété, pp. 71-72.

Su oposición no tiene por qué ser motivada⁸⁹ y no tienen por qué adoptar su decisión en una asamblea especial⁹⁰, pudiendo tomarla con anterioridad o con posterioridad al acuerdo de enajenación de estos derechos adoptado en asamblea general⁹¹.

II. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE SOBRE O DE SUBEDIFICACIÓN ATRIBUIDA PRIVATIVAMENTE

En este último epígrafe vamos a ocuparnos de los problemas que puede plantear el ejercicio de estos derechos por parte de sus titulares privativos.

Tomando como referencia el artículo 37 de la Ley francesa que contempla el supuesto de ejercicio en el caso de que el originaria-

⁸⁹ FORESTIER, Jean-Pierre, «La surélévation et les voisins du dessous», en *Administrer*, núm. 137, juillet, 1983, p. 20.

⁹⁰ El artículo 35.2 de la Ley francesa de 10 de julio de 1965 no exige que los copropietarios del piso superior del edificio a sobreelevar se reúnan en una asamblea especial para adoptar este acuerdo. Lo cual, por otro lado, servía de argumento a la tesis de que su acuerdo debía ser unánime. Únicamente SEGUIN, M., «Copropriété et surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 62, considera necesaria una asamblea especial; significativamente era el único que consideraba que el acuerdo de los copropietarios del último piso debía adoptarse por mayoría del artículo 25 de la Ley de Copropiedad de edificios.

Parece que pueden adoptar el acuerdo en el seno de la asamblea general, o al margen de la misma, tal y como entienden FORESTIER, Jean-Pierre, «La surélévation et les voisins du dessous», en *Administrer*, núm. 137, juillet, 1983, p. 19; BOUYEURE, Jean-Robert, «La qualité de copropriétaire de l'étage supérieur du bâtiment à surélever» en *Revue de Droit Immobilier*, 1980, p. 399. Obviamente, lo habrán de dar en el seno de la asamblea general, cuando el reglamento de copropiedad exija la unanimidad de todos los copropietarios para la enajenación del derecho de sobreedificación, en base a la posibilidad que, en este sentido, da el artículo 35.3 de la Ley de copropiedad de edificios.

⁹¹ En cuanto al momento en que debe concurrir este acuerdo, tampoco está fijado por la Ley. Normalmente, la doctrina —BOUYEURE, Jean-Robert, «La qualité de copropriétaire de l'étage supérieur du bâtiment à surélever», en *Revue de Droit Immobilier*, 1980, p. 399, considera que es indiferente que se obtenga antes o después de la asamblea general.

También la Sentencia de la Cour d'appel de Paris (23.^a Ch. B), de 16 de diciembre de 1980, consultada en *Gazette du Palais*, 1982, 1.^{er} semestre, Jurisprudence, p. 353, dice, en esta misma dirección, que:

«Considerando que el acuerdo de M. Vaudoyer propietario del piso superior, en el sentido del artículo precitado, podía ser, llegado el caso, recogido fuera de asamblea...»

El hecho de que el acuerdo de los copropietarios del piso superior se obtenga con posterioridad al obtenido en asamblea general, puede plantear dificultades si se considera, como la Sentencia de 28 de noviembre de 1974 tantas veces citada —Sentencia de 28 de noviembre de 1974, Tribunal de grande instance de Paris (8.^a Ch.), consultada en *L'actualité juridique. Propriété Immobilière*, avril 1975, pp. 304 a 306, núm. ref. 35, note BOUYEURE—, que se trata de la impugnación de un acuerdo de la asamblea general, y que, por tanto, el plazo es de dos meses desde la celebración de la misma —art. 42.2 Ley de 10 de julio de 1965—. En este caso, si el acuerdo de los copropietarios del piso superior se obtiene con posterioridad al de la asamblea general se plantearía el problema de fijar el *dies a quo* del plazo.

mente único propietario se haya reservado estas facultades, nos vamos a plantear si, en Derecho español, dicho ejercicio está sometido a un plazo de caducidad, y si el resto de copropietarios puede oponerse, de alguna manera, a este ejercicio.

1. PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO

El artículo 37 de la Ley francesa dispone que la reserva del derecho de sobre y de subedificación caduca⁹² a los diez años, si no se ha ejercitado en ese plazo⁹³. Para las reservas anteriores a la entrada en vigor de la Ley, dicho plazo se computará desde su promulgación⁹⁴. Considera la doctrina francesa que no será necesario que el edificio esté terminado al finalizar el plazo, sino que es sufi-

⁹² El plazo es de caducidad y no de prescripción, de tal manera que no es susceptible de interrupción. En este sentido, *vid.* BOUYEURE, Jean-Robert, en *Les travaux dans la copropriété*, Immobilier, Droit et gestion, Sirey, p. 205, § 469.

⁹³ Aluden al carácter temporal de la reserva de estos derechos, SIZAIRE, Daniel, «Le statut de la copropriété des immeubles bâtis (application de la loi núm. 65-557 du 10 juillet, 1965 et du décret núm. 67-223 du 17 mars 1967)», en *La semaine juridique*, JCP, Éd. Notariale, 1969, I, Doctrine, núm. 2244, p. 60, § 63, y STEMMEYER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique*, JCP, Formules commentées, 1980, p. 85, § 18.

La doctrina francesa entiende adecuado este plazo; así dice CABANAC, Jean, «Le droit de surélévation sous le régime de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, Doctrine, p. 34, que: *La convención de sobreedificación con los riesgos que presenta no debe constituir una hipoteca que pese indefinidamente sobre la suerte de la copropiedad. Importa que esta hipoteca sea levantada en un plazo bastante breve. El de diez años es, a la vez, razonable y suficiente.*

⁹⁴ La Ley francesa dispone que para los reservados con anterioridad a la Ley -10 de julio de 1965-, los diez años se cuentan desde la fecha de su promulgación, aunque SIZAIRE, Daniel, en: «Le statut de la copropriété des immeubles bâtis (application de la loi núms. 65-557 du 10 juillet, 1965 et du décret núm. 67-223 du 17 mars 1967)», en *La semaine juridique*, JCP, Éd. Notariale, 1969, I, Doctrine, núm. 2244, p. 60, § 63, considera que la norma tiene efectos retroactivos. SEGUIN -en «Copropriété et Surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», *Gazette du Palais*, 1966, Doctrine, p. 61-, aisladamente, cuestiona que los derechos de sobreedificación anteriores a la Ley de 1965 se deban someter a las disposiciones del artículo 37. En su opinión, no se pueden encontrar convenciones anteriores a la Ley de 1965 que hayan creado derechos accesorios cuya fuente es la referida Ley; de donde, no podrían -en su opinión- asimilarse a los derechos accesorios contemplados en el artículo 3, sino que se trataría de derechos inmobiliarios ordinarios que escaparían a la regulación del artículo 37. Sin embargo, el mero hecho de disponer una norma de Derecho transitorio hace indudable la intención del precepto de someter a su campo de aplicación las reservas anteriores a su promulgación; y, en este sentido, como a continuación se explica, lo ha entendido la jurisprudencia.

Éste es precisamente el caso de la Sentencia de la Cour de Cassation de 6 de noviembre de 1984 -consultada en *La Semaine Juridique*, JCP, éd. N, 1985, pp. 137 a 141, con comentario de STEMMEYER, B., y en *Administrer*, 1985, núm. 157, sección de Jurisprudence, comentario de GUILLOT, Emile Jean-. El Reglamento definitivo se había aprobado en 1962. De modo que, según lo dispuesto en el artículo 37, el plazo de diez años comenzó a correr en 1.965; consecuentemente, la titular del derecho de sobreedificación -Madame Lecombe- tenía de plazo hasta 1975. La titular, sin embargo, lo ejercita en 1972; momento en el que habían transcurridos diez años desde 1962, fecha en que se estableció el regla-

ciente, para entender que se ha procedido a ejercitar el derecho de sobre o de subedificación por su titular, que la ejecución de los trabajos haya comenzado de un modo serio antes de que transcurran los diez años⁹⁵.

En cuanto al fundamento del plazo establecido en el artículo 37 para los supuestos de reserva unilateral, se ha argumentado que es el estado de incertidumbre que caracteriza el período considerado lo que determina el carácter temporal de este derecho⁹⁶. Sin embargo, no me parece muy convincente esta razón, en la medida en que el negocio de reserva contiene las menciones necesarias para saber cuáles van a ser las repercusiones que, para los copropietarios, puede tener el ejercicio de estos derechos; por tanto, no parece haber un alto grado de incertidumbre. Más sensato creo que es entender que el establecimiento de dicho plazo está en función del supuesto de hecho del artículo 37. Cuando se trata de una reserva de estas facultades por el propietario único del edificio antes de su enajenación por lotes, parece tener sentido el establecimiento de un plazo de caducidad, puesto que la copropiedad, sin tener ninguna posibilidad de oponerse y sin recibir ninguna contraprestación a cambio, se ve privada de unas facultades que, de no mediar dicha reserva impuesta unilateralmente, serían elementos comunes. Además, en este orden de cosas, hay que tener en cuenta que la caducidad del derecho por esta causa no implica la extinción del derecho, es decir, no produce su desaparición de la vida jurídica. Tal derecho sigue existiendo como parte integrante del edificio constituido

mento definitivo. La prudente actitud de la titular, realizando la sobreedificación antes de que transcurriera el plazo de diez años desde que se elaboró el reglamento que rige la copropiedad, evita el riesgo de posible caducidad del derecho. También la Sentencia de 15 de octubre de 1970 —consultada en *Bull. civ. 1970, Troisième partie. Troisième chambre civile*, núm. ref. 518, pp. 377 y 378; y en *La Semaine Juridique, JCP*, 1971, II, Jurisprudence, núm. 16640—procede a aplicar el artículo 37 a una reserva del derecho de sobreedificación que constaba en un reglamento de 1951.

⁹⁵ En este sentido, LOMBOIS, Claude, «Commentaire de la loi 10 juillet 1965», *Dalloz*, 1966, § 161, y GELINET, Jean-Maurice «La réserve du droit de surélévation: l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965», en *Administrer*, 1995, núm. 272, p. 20.

⁹⁶ *Vid.* STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, JCP*, Formules commentées, 1980, p. 85, § 18. Alude, también, a la incertidumbre: BARRIERE, Louis-Augustin, «Le droit de surélévation en copropriété», *La Semaine Juridique, JCP éd. N.*, 1992, Doctrine, p. 122, § 29; y SIZAIRE, Daniel, «Le statut de la copropriété des immeubles bâtis (application de la loi núm. 65-557 du 10 juillet 1965 et du décret núm. 67-223 du 17 mars 1967)», en *La semaine juridique, JCP. Éd. Notariale 1969, I*, Doctrine, núm. 2244, nota núm. 146 al pie de la p. 61, para el cual: *Lo que el legislador ha querido evitar es que se prolongue una incertidumbre relativa a partes del inmueble consagradas al uso o a la utilidad de todos, de naturaleza que compromete las condiciones en las cuales los copropietarios pueden disfrutar de los lugares y de entrañar modificaciones en los derechos y cargas de los copropietarios ... l....*

en régimen de copropiedad. Lo que sí ocurre es que pasa de estar atribuido privativamente a ser un elemento común.

Que ésta es la razón de ser del plazo de caducidad viene corroborado por el hecho de que el artículo 35.2 de la Ley que regula el ejercicio del derecho por quien lo ha adquirido de la comunidad, no establece ningún plazo de caducidad para su ejercicio. Si el motivo del plazo fuera la situación de incertidumbre, se debería haber establecido también dicho plazo en el supuesto del artículo 35.2, ya que la misma incertidumbre concurriría.

En cuanto al Derecho español, no se suele plantear esta cuestión, y parece entenderse que estos derechos no tienen fijado un plazo de caducidad para el caso de que no se ejerciten⁹⁷. Creo que, en efecto, así hay que entenderlo cuando se trata de facultades integradas en la propiedad del edificio, es decir, cuando estas facultades aparecen como componente privativo de un lote de copropiedad y, por tanto, vinculadas a una cuota en el suelo y, en su caso, en el resto de elementos comunes.

Más problemático es adoptar una posición al respecto cuando estas facultades han sido desmembradas del dominio sobre la finca originando derechos reales en cosa ajena –derecho de superficie o derecho de sobre o de subedificación–, en la medida en que normalmente se entiende que son derechos sometidos a un plazo de ejercicio⁹⁸. Así la RDGRN de 29 de abril de 1999 (RJ 1999/2762) confirma la nota del Registrador que había suspendido la inscripción de una cláusula de reserva del derecho de vuelo a favor del constructor que contenía la escritura de constitución de la finca en régimen de propiedad horizontal, en base a que no se había fijado el plazo para su ejercicio. Sobre dicha cuestión, me remito a lo que he dicho con carácter general en otro lugar⁹⁹.

No obstante, acaso fuera conveniente establecer dicho plazo de caducidad en Derecho español para los casos que lo establece el artículo 37 de la Ley francesa.

⁹⁷ En este sentido, *vid.* PONS GONZÁLEZ, Manuel, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *Regimen jurídico de la Propiedad Horizontal (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*, 6.ª edición, editorial Comares, Granada, 1995, p. 87: *Debe reconocerse que el derecho de vuelo –derecho real inmobiliario– tanto si recae en el vuelo como en el subsuelo... su duración es indefinida.*

⁹⁸ Así, ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 560.

⁹⁹ *Vid.* ALONSO PÉREZ, M.ª Teresa, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, edit. por Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pp. 139 ss. y 311 ss.

2. POSIBILIDADES DE OPOSICIÓN DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS

¿Tiene la Junta de Propietarios posibilidad de oponerse al ejercicio del derecho de sobre o de subedificación por quien es su titular privativo?

A) El derecho de veto del Sindicato en Derecho francés

En Derecho francés hay que distinguir los supuestos en los que la atribución privativa trae causa de la enajenación de estas facultades por la copropiedad, de aquellos en los que es el propietario único del edificio el que se los reserva unilateralmente antes de comenzar la venta de los pisos.

El primer supuesto está contemplado en el artículo 35.2; aunque este artículo se refiere más bien a la enajenación misma y no a su ejercicio, es significativa la ausencia de referencia al ejercicio del derecho, que, desde luego, no se somete a un plazo de caducidad ni, en lo que ahora nos importa, a una autorización por parte del Sindicato.

Sin embargo, en el caso de reserva unilateral, que sí está propiamente regulado en el artículo 37 de la Ley, existe la posibilidad de que el Sindicato de copropietarios se oponga al ejercicio de la sobre o subedificación¹⁰⁰. Para que esta oposición sea eficaz es necesario que se apruebe por mayoría del artículo 25 de la Ley de 10 de julio de 1965¹⁰¹ y que se indemnice al

¹⁰⁰ El artículo 37 de la Ley francesa de 10 de julio de 1965 dice:

«Antes de la expiración de este plazo, el Sindicato puede, por mayoría del artículo 25, oponerse al ejercicio de este derecho, debiendo indemnizar de ello al titular en el caso de que este último justifique que la reserva del derecho comportaba una contrapartida a su cargo.»

Hay que tener en cuenta que no es que exista la posibilidad de que el Sindicato se oponga a la reserva, o sea, a la adquisición por parte de un individuo de la facultad de llevar a efecto una sobre o subedificación, como parece entender GELINET, Jean-Maurice, en «La réserve du droit de suélévation: l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965», *Administrer*, 1995, núm. 272, p. 20, sino que la posibilidad de oposición va referida al ejercicio que pueda hacer de este derecho quien se encuentra legitimado para ello por ser su titular privativamente.

¹⁰¹ Para oponerse eficazmente al ejercicio del derecho de sobreedificación es preciso que exista un acuerdo en tal sentido, aprobado por la mayoría prevista en el artículo 25 de la Ley, que es la mayoría de votos de todos los copropietarios. Hay que recordar que, en la propiedad horizontal francesa, los copropietarios tienen un número de votos correspondiente a su cuota-parte en los elementos comunes, según el artículo 22.2 de la Ley.

Una de las dudas que plantea la doctrina francesa al respecto es si es aplicable el último párrafo del artículo 25, según el cual, en caso de que la mayoría de votos de todos los copropietarios no se alcanzara en una primera asamblea, podría convocarse una segunda donde sería suficiente que el acuerdo de oposición se acordara por la mayoría que estable-

titular ¹⁰², siempre y cuando la reserva del derecho haya supuesto una contrapartida a su cargo.

Esta condición, que se exige para que haya derecho a la indemnización, establece un justo equilibrio que explicamos a continuación entre todos los intereses que pueden verse implicados en una operación de sobre o de subedificación.

En primer lugar, en el único caso en que la reserva no habrá supuesto contrapartida para el titular del derecho es aquel en el que el propietario único del edificio o se reserva estas facultades. En este caso se puede hablar de que la reserva del derecho viene impuesta al resto de copropietarios que se ven privados de un componente estructural de la copropiedad que, de otro modo, les pertenecería como elemento común. La posición más débil en este caso es la de la copropiedad. El derecho de oposición reconocido al Sindicato viene a compensar esta desigualdad provocada por las circunstancias que rodean la creación de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Esta medida de protección, que estimo muy oportuna, se frustraría si la copropiedad tuviera que hacer frente a una indemnización por impedir el ejercicio del derecho en los casos de reserva de estas facultades por los sujetos mencionados.

Sin embargo, cuando el titular de estas facultades ha pagado una cantidad por su adquisición, los intereses en juego son los de la

ce el artículo 24, o sea, mayoría de votos de los presentes o representados. Casi toda la doctrina conviene en que no cabe tal posibilidad, así GELINET, Jean-Maurice, en «La réserve du droit de suélévation: l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965», *Administrer*, 1995, núm. 272, p. 20, considera que no cabe tal posibilidad porque no está entre las expresamente contempladas por el artículo 25. Únicamente CABANAC, Jean, en «Le droit de suélévation sous le régime de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 35, se muestra favorable a esta posibilidad. Aunque se lamenta este autor de que, por el juego del artículo 25, que –en su opinión– haría aplicable la mayoría del artículo 24, una minoría pueda oponerse al ejercicio del derecho de sobreedificación, lo que es bastante grave, porque contraría normas jurídicas bien establecidas. Y dice: ¿No encontrará el Sindicato en esta disposición un medio de presión sobre el beneficiario del derecho de sobreedificación, exigiéndole para dejarle su libertad, ciertos sacrificios, a veces ilegítimos?

Creo que la posibilidad de oposición del Sindicato, que reconoce el artículo 37, debe ser interpretada restrictivamente, en la medida en que su reconocimiento implica una limitación de la posibilidad de ejercicio de un derecho por su legítimo titular. Razón por la cual considero acertada la posición contraria a que el acuerdo de oposición pueda ser adoptado por mayoría del artículo 24.

¹⁰² El segundo requisito es la entrega de una indemnización al titular del derecho. La razón de la misma no es la privación del derecho, como consideran GELINET, Jean-Maurice, «La réserve du droit de suélévation: l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965», *Administrer*, 1995, núm. 272, p. 21 y CABANAC, Jean, «Le droit de surélévation sous le régime de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 35. Si se indemnizara la mera privación del derecho, habría que resarcir en cualquier caso, mientras que el artículo establece que sólo se tiene derecho a compensación cuando el interesado justifique que la reserva comportó una contrapartida a su cargo, como dicen STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, JCP*, Formules commentées, 1980, p. 86, § 22, para los cuales no es indemnizable el mero hecho de perder el derecho.

copropiedad y los del titular de las mismas. El derecho de oposición al ejercicio del derecho no tiene justificación en este caso, porque el titular de las facultades de sobre o de subedificación no tiene una situación de superioridad frente a la copropiedad, ya que él no ha impuesto el estatuto al que los copropietarios –y quizás él mismo– han debido adherirse. Es más, el derecho de oposición que este artículo reconoce al Sindicato, sitúa injustificadamente a este último en una situación de superioridad o privilegio, que viene a ser compensada con la obligación de satisfacer una indemnización al individuo que ve frustradas sus expectativas.

Esta contrapartida, entiende la doctrina¹⁰³ y la jurisprudencia –erróneamente, a mi modo de ver–, que la ha tenido que recibir la copropiedad. Así en la sentencia de la Cour de Cassation de 15 de octubre de 1970¹⁰⁴ se trata de un supuesto en el que el reglamento de copropiedad del palacio Mirabeau, que data de 1951, reserva en favor del señor Bonello el derecho de sobreedificación. En 1964 este señor lo vende a la sociedad Mirabeau, la cual pide el correspondiente permiso administrativo de construcción. Sin embargo, la oposición de la asamblea general de copropietarios, con fecha de 6 de mayo de 1966, impide el ejercicio del derecho. La sociedad, titular del mismo, demanda la indemnización a que alude el artículo 37 de la Ley de 10 de julio de 1965. Sorprendentemente, la Cour de Cassation confirma la sentencia dictada de la Cour d'appel contraria a dicha indemnización. La base argumental de ambas decisiones es la siguiente:

«..., la Cour d'appel dice precisamente que la contrapartida prevista en el artículo 37.3 “debe haber existido en provecho de la copropiedad privada de un derecho que le hubiera pertenecido si no hubiera sido reservado y del que la legislación entiende que no ha debido pagar el valor más que si ha recibido a cambio una compensación”, que, en buen derecho, la sentencia deduce de ello que el precio de cesión pagado por la sociedad Mirabeau en 1964 no es una contrapartida que comporte la reserva del derecho de sobreedificación adquirido por ella.»

Sin embargo, no me parece acertado este pronunciamiento de la Cour de Cassation, en cuanto que la copropiedad sólo obtendrá una compensación si ella misma es la que vende el derecho; y no parece sensato que la copropiedad pueda vender el derecho de sobre o subedificación y, más tarde, oponerse a su ejercicio. De hecho, el

¹⁰³ GELINET, Jean-Maurice, «La réserve du droit de suélévation: l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965», *Administrer*, 1995, núm. 272, p. 21.

¹⁰⁴ Esta sentencia puede consultarse en *Bull. civ. 1970, Troisième partie. Troisième chambre civile*, núm. ref. 518, pp. 377 y 378. Y en *La Semaine Juridique, JCP*, 1971, II, Jurisprudence, núm. 16640, donde aparecen comentarios a la misma de GUILLOT, Emile-Jean.

artículo 35.2 de la Ley francesa que regula ese supuesto no contempla la posibilidad de oposición del Sindicato al ejercicio del derecho. A mi modo de ver tenía razón la representación de la sociedad Mirabeau cuando decía que:

«... añadiendo así una condición que la Ley no contiene y quitando prácticamente todo efecto a la disposición legislativa que quería interpretar...»

La doctrina francesa considera que este derecho reconocido al Sindicato en los casos de reserva es un verdadero derecho de veto¹⁰⁵. Ahora bien, acaso el derecho de oposición es un poco menos extravagante de lo que piensa la doctrina francesa, si se atiende a que el artículo 37 está contemplando la atribución unilateral de la titularidad o del uso del derecho de sobre o subedificación realizada en el momento de configurarse la copropiedad e impuesta al resto de copropietarios, y que nos encontramos ante una modificación del aspecto exterior del inmueble que no ha sido –al tratarse de una cláusula impuesta– previamente autorizada por el Sindicato, tal y como exige, con carácter general, el artículo 25.b)¹⁰⁶. De tal manera que puede pensarse que este derecho de veto no es sino la reiteración de la norma contenida en dicho precepto para el caso concreto de la sobre y subedificación.

Hay que tener en cuenta que todas modificaciones del aspecto exterior del inmueble –y las sobre o subedificaciones la implican necesariamente– requieren ser autorizadas por mayoría del artículo 25.

¹⁰⁵ Vid. BARRIERE, Louis Augustin, «Le droit de surélévation en copropriété», en *La Semaine Juridique, JCP*, éd. N., 1992, *Doctrine*, p. 123, § 31. Dicen STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, JCP*, Formules commentées, 1980, p. 86, § 21, que es exorbitante el poder reconocido al sindicato en la medida en que *les permite despojar saisir a un tercero o un copropietario de un derecho que se le había reservado respetando las exigencias legales*. LOMBOIS, Claude, «Commentaire de la loi núm. 66-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis», en *Dalloz*, 1966, *Législation*, p. 436, § 162, habla de disposición aberrante, de verdadera expropiación privada, y que se trata de la consagración de un derecho de desvinculación unilateral de una convención. Incide en la idea de disposición aberrante: BOUYEURE, Jean-Robert, «La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux privatifs (arts. 35-36 et 37 de la loi du 10 juillet 1965)», *Gazette du Palais*, 1973, *Doctrine*, p. 636. Por su parte, CABANAC, Jean, «Le droit de surélévation sous le régime de la loi du 10 juillet 1965», *Gazette du Palais*, 1966, p. 35, habla también de expropiación privada.

¹⁰⁶ Para encontrar la razón de ser de esta posibilidad de oposición del sindicato hay que tener en cuenta que todas modificaciones del aspecto exterior del inmueble –y las sobreedificaciones la implican necesariamente– requieren ser autorizadas por mayoría del artículo 25. En este sentido, BOUYEURE, Jean-Robert, *Les travaux dans la copropriété*, Immobilier, droit et gestion, Sirey, Paris, 1989, p. 207, considera que el supuesto de reserva de la titularidad del derecho de sobreedificación, es decir, cuando es parte privativa, no está sometida al artículo 37, pero sí precisa de la autorización del artículo 25.

Las mayorías necesarias para enajenar el derecho de sobreedificación y para que la copropiedad lo ejercite por sí misma, al ser más amplias que las del artículo 25, llevan implícita la autorización de la copropiedad a que se refiere el artículo 25.b), haciendo innecesario un acuerdo suplementario para su ejercicio. Ahora bien, si se parte de que nos encontramos ante una reserva impuesta *ab initio* por quien está en disposición de ello al resto de copropietarios, adquiere cierto sentido el derecho de veto. Únicamente se trata de la misma norma contenida en el artículo 25.b) pero dispuesta específicamente para el caso de reserva del derecho de sobre o subedificación, por la cual se viene a exigir la autorización de la copropiedad para modificar el aspecto exterior del inmueble en la medida en que la copropiedad no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

B) La posibilidad de oposición de la Junta de propietarios, en Derecho español

Toca ahora plantearse si, en Derecho español, la Junta de propietarios debe autorizar el ejercicio de un derecho de sobre o de subedificación reservado privativamente en el título constitutivo¹⁰⁷.

A lo que creo, se ha de diferenciar, según se trate: de atribución privativa que origina un derecho real en cosa ajena, o de atribución privativa de la facultad de sobre o de subedificar que forma parte, como elemento privativo, del contenido del derecho de propiedad sobre la finca.

Si el titular de estas facultades lo es en cuanto titular de un derecho real en cosa ajena –derecho de superficie o derecho de sobre o de subedificación– acaso no tenga sentido plantearse la posibilidad del propietario de la cosa gravada de oponerse al ejercicio, porque se aplicaría el régimen jurídico previsto para esos derechos. Sin embargo, cuando se trata de atribución privativa de esta facultad que sigue integrada, como elemento privativo, en el contenido del derecho de propiedad sobre la finca, su ejercicio se rige por las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, y, en ese caso, sí tiene sentido plantearse si dicho ejercicio debe someterse a algún requisito, entre ellos, autorización por la Junta de propietarios¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Plantea este mismo problema, ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, pp. 570 ss.

¹⁰⁸ La STS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999/7532) contempla un supuesto de hecho en el que una copropietaria titular privativa de la facultad de sobreedificar plantea ante la Junta de Propietarios el ejercicio de su derecho.

Entre los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal que pueden ser relevantes a estos efectos deben citarse: el artículo 7, conforme al cual el propietario de cada piso puede realizar en él las modificaciones que considere oportunas siempre y cuando no afecte la seguridad del edificio, su estructura o estado exterior, ni perjudique los derechos de otro propietario; también el artículo 12 puede traerse a colación en la medida en que contempla la realización de alteraciones en la estructura o fábrica del edificio, y la construcción de nuevas plantas.

Del artículo 7 es dable extraer la conclusión de que un copropietario no puede realizar en su piso cualquier modificación *motu proprio*, sino que hay algunas para cuya realización no le basta con dar cuenta a quien represente a la comunidad. Concretamente aquellas que afecten a la seguridad o estructura del edificio, su configuración o aspecto exteriores, o perjudiquen los derechos de otro propietario. Del mismo modo que esto es así en relación a los derechos de propiedad privativos sobre los pisos, hay que entender que la misma norma debe regir, en principio, para el supuesto de ejercicio de las facultades de sobre o de subedificación que están configuradas como elementos privativos. Es obvio que su ejercicio va a suponer una modificación de la estructura y del aspecto exterior del edificio. Es decir, la idea que debemos extraer de lo dispuesto en este precepto es que al titular de estos derechos no le basta, para poder ejercerlos, con comunicarlo al representante de la comunidad. Es necesario algo más.

Podría pensarse que la clave la da el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal que, debido a su formulación literal, parece estar contemplando cualquier sobre o subedificación que se vaya a realizar sobre un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal. De hecho hay quien opina que este precepto es de aplicación a cualquier supuesto de sobreedificación, inclusive aquel en el que el derecho está reservado privativamente; según esta opinión, en la mayoría de los casos sería necesario, para poder ejercitar el derecho reservado privativamente, un acuerdo unánime de la Junta de propietarios¹⁰⁹. Si esto fuera así, nos encontraríamos con que un solo copropietario podría oponerse al ejercicio de la facultad privativa de sobre o de subedificar¹¹⁰.

¹⁰⁹ Se requerirá acuerdo unánime salvo que se trate de alguno de los supuestos para los que el artículo 17 establece acuerdo por mayoría.

¹¹⁰ MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, tomo I, pp. 1017-1018, refiriéndose al caso de reserva en el título constitutivo de estos derechos dice: *Nos encontramos en consecuencia, con que mientras la materialidad del «levantar» o la «elevación» de plantas puede realizarse por el propietario que*

Sin embargo entendí, en su momento, que el ámbito de aplicación de este precepto se limita al supuesto en el que la comunidad ejercita estos derechos cuando son elementos comunes, es decir, al caso en el que su ejercicio implica necesariamente una modificación del título constitutivo. Conforme a dicha opinión, el artículo 12 no es aplicable al supuesto ahora contemplado, porque no modifica el título constitutivo, en el que ya consta el carácter privativo de la facultad de sobre o de subedificar, las plantas que se pueden construir, las modificaciones que se van a operar en las cuotas de los copropietarios, etcétera. Por lo tanto, en el caso ahora contemplado no se opera una modificación del título constitutivo como consecuencia del ejercicio del derecho, por lo que no es coherente pensar que ese algo más que se necesita –además de la comunicación al representante de la comunidad– para poder ejercitarlo sea un acuerdo similar al que se requiere para modificar el título constitutivo, que, en la mayoría de estos casos, sería la unanimidad.

De manera que, hasta aquí, tenemos que: el que tiene en su lote de copropiedad como componente privativo la facultad de sobre o de subedificar, debe comunicar al representante de la comunidad que pretende ejercitar su derecho; pero no le basta con esto, porque lo impide el artículo 7. También tenemos que no es necesario un acuerdo de la Junta de propietarios como si se fuera a modificar el título constitutivo¹¹¹. Es decir, si bien parece que la Junta tiene que autorizar la realización de estas obras, no debe hacerlo como si se tratara de modificar el título constitutivo. Estas apreciaciones nos llevan, irremediabilmente, al artículo 17.3.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que exige una mayoría del total de copropietarios que representen la mayoría de cuotas de participación, para la validez de los acuerdos que no están contemplados en los párrafos precedentes.

De manera que, en caso de que se entienda que la Junta de Propietarios debe autorizar el ejercicio de las facultades de sobre y de

se hubiese reservado tal facultad en el «título constitutivo», la inmediata y consustancial consecuencia del ejercicio de dicho derecho, esto es, la modificación, de las cuotas de participación, no podrá realizarse sin mediar acuerdo unánime, lo que en realidad deja reducida la «facultad de levante» a una declaración puramente programática sin otra posibilidad de concreción real que el asentimiento de todos los propietarios a la modificación de cuotas.

¹¹¹ No parece entenderlo así el Tribunal Supremo, que en la STS de 3 de marzo de 1986 (RAJ 1096) viene a decir que aunque se trate de modificaciones en viviendas, no es suficiente con dar cuenta al Presidente, sino que es necesario un acuerdo de la mayoría necesaria para modificar el título constitutivo. Se trataba, en este caso, de la colocación en una vivienda de unas cajas fuertes para guardar joyas que afectaban a la seguridad del edificio.

subedificación configuradas como elementos privativos¹¹², la autorización deberá adoptarse por mayoría del total de copropietarios que, a su vez, representen mayoría de las cuotas de participación.

Por supuesto, no tiene sentido exigir esa autorización de la Junta de propietarios cuando el elemento se ha privatizado por enajenación del derecho cuando era parte común, ya que en la unanimidad necesaria para enajenarlo hay que entender implícita la autorización para ejercitarlo por quien resulte ser su titular. En esto coinciden el Derecho francés y el español. Pero sí que será necesaria dicha autorización cuando es el propietario único del edificio el que se ha reservado dicha facultad como elemento privativo antes de la enajenación de los diferentes pisos.

Por su parte, el Tribunal Supremo no parece contemplar esta posibilidad de oposición por parte de la Junta de propietarios. Puede consultarse, en este sentido, la STS de 23 de julio de 1990 (RAJ 6128) en la que el constructor, en virtud del derecho de sobreedificación que se había reservado, construye un ático que enajena. En ningún momento se alude a la posibilidad de oposición por parte de la Comunidad, que en este caso, de existir, se hubiera alegado, sin duda, en la medida en que es la Comunidad la que reivindica por accesión la propiedad de dicho ático; pretensión, que, desde luego, no es atendida. Aunque también es cierto que en este caso parece que la reserva había originado un derecho real en cosa ajena, porque en ese mismo caso se insta a la comunidad a otorgar la correspondiente cuota en los elementos comunes.

La STS de 7 de noviembre de 1990 (RAJ 3644) dice sin embargo, que, en efecto, no es necesario para ejercitar el derecho de sobreedificación reservado privativamente el consentimiento del resto de copropietarios; no obstante parece admitir que, en caso de que se produzca una alteración de las fachadas o de los elementos comunes, sí será preciso que consientan. Lo que ocurre es que en el caso de autos el ejercicio que se hace del derecho de sobreedificación reservado no incide en los elementos comunes.

En el caso analizado por la STS de 14 de marzo de 1968 (RAJ 1740), sí se produce esa alteración de elementos comunes –la fachada y los pilares de carga– como consecuencia del ejercicio de un derecho de sobreedificación sobre un edificio constituido en régi-

¹¹² Ahora bien, es cierto que es cosustancial a los derechos que analizamos, la producción de todas esas alteraciones, o sea, que estos derechos no pueden disfrutarse si no se ejercitan construyendo y afectando, consecuentemente, a la configuración del edificio, mientras que para el ejercicio de un derecho de propiedad privativo sobre un piso o local no es necesaria la realización de esas obras. Lo cual acaso permita dudar acerca de la exigencia de un consentimiento de la Junta de propietarios a los titulares de estos derechos para su ejercicio.

men de propiedad horizontal. Los otros propietarios, que le habían concedido el derecho, demandan al titular –propietario de las nuevas plantas– en virtud de esa modificación de los elementos comunes sin contar con su consentimiento y el TS viene a decir que:

«... el demandado adquirió el derecho a levantar las plantas que ha edificado y, para ello, se precisaba... reforzar las columnas de sustentación, sobre todo habiéndose rogado los actores a que fueran consolidados los cimientos y los apoyos en la parte de que son propietarios; es evidente que tal refuerzo es una consecuencia necesaria al derecho a elevar pisos y no puede prosperar... que ejercitado el derecho de elevar las plantas, la fachada había de acomodarse a las nuevas obras sobre todo que como la finca de autos había de tener acceso a la casa colindante, al pertenecer a los actores el portal y el arranque de escalera sin paso a las plantas superiores, éstas deberían acomodarse a los niveles de aquélla que al ser de menor altura no permitían rehacer la fachada en la forma que tenía anteriormente... son consecuencia necesaria del derecho de elevar plantas en el edificio que adquirió y de la obligación que asumieron los actores de permitir tal elevación...»

Publicidad de las normas y técnica legislativa en la sociedad de la información

CARMEN JEREZ DELGADO

Universidad Autónoma de Madrid¹

SUMARIO: *Introducción.*—I. *La publicidad de las normas exige publicación y difusión adecuada de las normas:* 1. La publicidad de las normas como medio de ordenación social. 2. La publicidad de las normas como presupuesto del Derecho positivo. 3. La publicidad de las normas y la inexcusabilidad de su cumplimiento: 3.1 El principio de inexcusabilidad del cumplimiento cambia de fundamento: del deber de conocer la norma aplicable (fundamento subjetivo), al interés general en la eficacia del Derecho (fundamento objetivo). 3.2 El principio de publicidad de las normas amplía su ámbito: de la publicación oficial (aspecto formal), a la política de difusión eficaz del conocimiento de las normas (aspecto sustantivo).—II. *La publicidad electrónica de las normas:* 1. De la publicación electrónica a la ordenación electrónica de las normas. 2. La reivindicación del acceso al Derecho positivo vía Internet: 2.1 Como exigencia en el ámbito de la Constitución española. 2.2 Como exigencia en el espacio jurídico europeo. 3. Ámbito privado y función pública en la información legislativa *on line*: 3.1 Dos Recomendaciones del Consejo de Europa. 3.2 Un servicio público en una economía de mercado.—III. *La publicidad normativa oficial en España: desarrollo de una propuesta:* 1. La propuesta de una indexación oficial. 2. Una Comisión General de Legislación como posible *ubi* para la indexación oficial: 2.1 La «segunda codificación» como técnica legislativa. 2.2 La indexación como técnica legislativa. *a)* Futuro, pasado y presente de la técnica de la indexación normativa. *b)* Importancia de la lengua para los objetivos de la indexación. 2.3 Organización administrativa de la indexación.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

¹ Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación BJU 2002-02356, dirigido por el profesor doctor don Antonio-Manuel Morales Moreno, y financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, dentro del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica.

INTRODUCCIÓN

La incorporación en masa de las nuevas tecnologías de la comunicación (TIC) a la vida social de nuestro país trae consigo, al menos, dos tipos de consideraciones relativas a la información legislativa, que pueden analizarse, bien en el contexto constitucional interno, bien en el marco más amplio del espacio jurídico europeo. Me refiero a las siguientes consideraciones acerca de la información legislativa:

1.^a En relación con la publicación de las normas (principio de publicidad, art. 9.3 CE), la incorporación de las nuevas tecnologías pone al alcance del Estado un mecanismo más eficaz que el soporte papel para realizar este imperativo constitucional.

2.^a En relación con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), tan agredida por la moderna proliferación legislativa, la incorporación de las nuevas tecnologías pone al alcance del Estado una técnica eficaz para la realización de esta garantía constitucional: La ordenación de las normas en un único recipiente normativo informatizado. Mediante esta técnica, puede el Estado poner a disposición del ciudadano un sistema normativo racionalmente ordenado y accesible a través de sistemas de búsqueda avanzada.

Una y otra consideración permiten defender que la incorporación de las nuevas tecnologías de la comunicación trae consigo nuevas exigencias de técnica legislativa, cuya realización compete al Estado, no sólo en el marco de la Constitución española sino en el más amplio del espacio jurídico europeo. Se trata de pasos aceptados con normalidad, en la ya no tan incipiente sociedad de la información².

I. LA PUBLICIDAD DE LAS NORMAS EXIGE PUBLICACIÓN Y DIFUSIÓN ADECUADA DE LAS NORMAS

Como es sabido, en nuestro país las normas jurídicas son publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en los boletines de las Comunidades Autónomas³. La publicación de las nor-

² Sobre las actividades y normativa de la Unión Europea en relación con la sociedad de la información, es conveniente conocer: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/s21012.htm> (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2004). Por ejemplo, la Unión Europea ha aprobado en enero de 2003 el plan de acción «eEurope 2005», con el fin de promover el uso de las nuevas tecnologías en los diversos ámbitos de la sociedad (administración, sanidad, negocios, educación,...). La información sobre el plan eEurope 2005 puede encontrarse en las siguientes direcciones: <http://www.eeurope2005.org/> y http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2002/news_library/documents/eeurope2005/eeurope2005_es.pdf (fecha de consulta: 25 de octubre de 2004).

³ Existen también otros boletines oficiales. Por ejemplo, los de las Diputaciones y los Municipios. Puede verse, <https://www.dipgra.es/paginasbop/20041227002.pdf>

mas en el «Boletín Oficial del Estado» es un presupuesto de eficacia jurídica, sin el cual no entrarán en vigor (art. 2 CC). Con este requisito se cubre la exigencia constitucional de publicación formal de las normas jurídicas (arts. 91 y 96 de la Constitución española). Sin embargo, más allá del aspecto formal, el principio de publicidad de las normas que preside nuestro Ordenamiento (art. 9 de la Constitución española) presenta una dimensión sustantiva o material de difusión de las normas, que es susceptible de un mayor alcance y desarrollo.

La difusión del conocimiento de las normas ha de servirse de los medios adecuados a la sociedad en que éstas han de ser aplicadas.

1. LA PUBLICIDAD DE LAS NORMAS COMO MEDIO DE ORDENACIÓN SOCIAL

A diferencia de las sociedades organizadas del reino animal, la sociedad humana no se organiza sólo por instinto. El ser humano es harina de otro costal⁴. Corresponde al filósofo del Derecho, junto a otros, la investigación y el debate sobre cuál es el origen del Derecho, cuál es la fuente de la que mana la vida jurídica. Pero, si hablamos del concreto Derecho positivo, entonces, corresponde al constitucionalista, al administrativista y al civilista, entre otros, la configuración del sistema y orden de fuentes, la conexión de los ámbitos del Derecho público y el Derecho privado, el seguimiento de la norma desde la fuente hasta sus destinatarios, y lo relativo a la eficacia y aplicación de las normas⁵.

A estos efectos, el análisis histórico del Derecho proporciona alguna clave, porque permite hacer aproximaciones a ciertas constantes universales, pocas quizás, pero muy significativas. Una de ellas se refiere a la publicidad de las normas. Es un hecho históricamente constatable, que las comunidades humanas organizadas procuran habitualmente los medios adecuados para que los miembros del grupo social puedan conocer las normas jurídicas que rigen la convivencia. En este intento, se observa que los medios de publicidad de las normas varían conforme a las circunstancias⁶, y

⁴ La conexión que existe entre los diversos aspectos que están en la base del Derecho (autonomía y fragilidad personal, libertad y determinación, racionalidad del legislador, noción de justicia, toma de decisiones y arbitrariedad, seguridad jurídica, imprevisibilidad y previsibilidad de los acontecimientos, organización social, pacto generacional,...) ha sido objeto de un reciente y logrado estudio de Fernando SAINZ MORENO: «El legislador racional y la predecibilidad de la conducta humana», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 135-161.

⁵ En relación con el sistema vigente en nuestro país, artículos 9, 10, 81-96 y 147-152 de la Constitución española, y Título preliminar del CC, entre otros.

⁶ A través del estudio de José BERMEJO VERA (*La publicación de la norma jurídica*, Madrid, 1977) sobre la exigencia de publicidad en las diversas etapas de nuestra tradición

este hecho nos permite afirmar que no sólo la publicidad normativa es un valor universalmente aceptado para el buen funcionamiento de la sociedad humana, sino que también lo es la aspiración a mejorar la eficacia de la publicidad conforme al grado de desarrollo. Tal vez esta aspiración pueda considerarse, junto a la citada publicidad, perteneciente al orden de la justicia⁷ y la paz social.

2. LA PUBLICIDAD DE LAS NORMAS COMO PRESUPUESTO DEL DERECHO POSITIVO

La expresión «fuentes del Derecho», lejos de ser unívoca, se emplea en diversos sentidos⁸. Nos interesa aquí el sentido técnico

jurídica, desde el Digesto hasta 1977, podemos extraer la conclusión de que la publicidad de las normas ha sido una constante –salvo excepciones concretas–, y que los medios de publicidad empleados han sido muy variados (en forma de grabado en tablas, en forma rítmica o en verso, edictos y carteles, mediante pregón, por escrito en pergamino con posterior lectura y registro, en prensa). El autor constata que, ya en los *Proemios del Digesto*, quedó plasmado el celo del legislador por los destinatarios de las leyes, para que «libres de la anterior perturbación y confusión, y de una legislación que no tenía término, gocen de leyes rectas y concisas, y todas fáciles de hallar, encaminadas a abreviar los litigios, al alcance y fácilmente asequibles para todos los que las quieran»; así como la finalidad de «hacer públicas estas cosas, por medio de sus edictos, a todos sus subordinados, para inexcusable conocimiento de todos nuestros súbditos» (el autor cita la versión castellana del *Corpus Iuris civilis*, de García del Corral, pp. 42-43). Encontramos, por tanto, incoada ya en el Digesto la intención de hacer asequible el conocimiento de las normas (intención que guía nuestro artículo 2.1 CC), así como un precedente de nuestro artículo 6.1 CC. Pero es en el siglo XIX cuando se consolida formalmente la positivación del requisito de la publicidad normativa con carácter general (pp. 41-46 ss., hasta la p. 82). Las abundantes manifestaciones de esta voluntad que se producen en el siglo XIX han sido relatadas en un trabajo de investigación ampliamente documentado, que se titula *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, de Marta LORENTE SARIÑENA (Madrid, 2001). Junto a otros datos a los que me referiré más adelante, la autora enzarza una interesante información acerca de la Gaceta, los Boletines provinciales y ministeriales y la Colección Legislativa (pp. 86-101 y 195-209).

⁷ La publicidad del Derecho ha sido signo de justicia desde Las Doce Tablas hasta la actualidad, mientras que el secreto se asocia a la arbitrariedad. Sobre estas cuestiones, véase el Capítulo I del trabajo de Marcos FERNANDO PABLO y Ricardo RIVERO ORTEGA, *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo*, Madrid, 2001. Los autores destacan que una de las aspiraciones del movimiento codificador ha sido precisamente la de dar publicidad a un Derecho claro, asequible y accesible a la ciudadanía. El concepto actual de publicidad legislativa, en cuanto publicidad escrita, fue incoado en España a mediados del siglo XIX (con la Colección Legislativa de España, la Gaceta de Madrid y los Boletines provinciales), sustituyendo el «soporte papel» a la antigua publicidad de las normas procurada por los pregoneros (pp. 32-34). *La documentación legislativa oficial tiene por tanto su origen lógico –explican– en los modernos sistemas de Derecho codificado y, en general, de derecho escrito, en el principio de publicidad de las normas y, por tanto, en el carácter constitutivo que para la existencia de la norma cabe predicar de su publicación oficial* (p. 35). La evidente relación que existe entre la publicidad de las normas y la seguridad jurídica queda plasmada en el artículo 9.3 CE: «Si no conocen las normas, los ciudadanos no pueden saber a qué atenerse –clave de la seguridad jurídica– ni pueden prever las consecuencias de sus decisiones, ni pueden tampoco prever las posibles intervenciones del poder público: nada crea más incertidumbre que el secreto, la ausencia de publicidad».

⁸ La definición de fuente del Derecho puede hacerse según criterios de origen, forma, órgano del que emanan las normas jurídicas, contenido, medio de acceso a ellas, entre otros. El régimen jurídico de las fuentes del Derecho español lo encontramos en la Constitución

de la expresión, que alude al conjunto de medios necesarios para dar juridicidad a una norma e incorporarla al Derecho positivo. Si bien puede afirmarse que el Derecho positivo es el resultado de un proceso de elaboración en el que van sucediéndose diversos factores, según el tipo de norma de que se trate, también lo es que algunos de estos factores deben concurrir necesariamente, pues sin ellos no surte efecto la fórmula, sea cual sea la norma jurídica de que se trate. La publicidad de las normas es uno de esos factores imprescindibles. Para que la norma escrita obligue es necesario que *se manifieste a aquellos a quienes va dirigida*⁹. En este sentido, puede decirse que la publicidad es un elemento esencial de la norma jurídica¹⁰.

3. LA PUBLICIDAD DE LAS NORMAS Y LA INEXCUSABILIDAD DE SU CUMPLIMIENTO

La *imprescindible publicidad* de las normas está en la base del principio según el cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6.1 CC)¹¹. En la segunda mitad del siglo xx,

española y en el Título preliminar del CC. El hecho de que la Constitución española regule las fuentes del Derecho no ha supuesto la derogación de lo dispuesto al respecto en el CC, que coexiste con el régimen constitucional en cuanto que no es contrario a él.

⁹ Tomás OGÁYAR Y AYLLÓN «Las fuentes...», 1976, pp. 608 y 614. La ley, en cuanto norma (...) escrita emanada (...) del órgano al que se encomienda la función legislativa, sancionada, promulgada y publicada, representa la técnica más perfecta cuando se trata de enunciar normas claras (pp. 612-613).

¹⁰ Federico DE CASTRO Y BRAVO (*Derecho civil...*, 1955, p. 392) explicó que *la publicación de la ley es requisito esencial para su existencia*. En sentido semejante, se ha defendido que la publicación de las normas, *su exteriorización a los destinatarios*, es un presupuesto de su eficacia, y *constituye el último paso en el camino de la elaboración jurídico-formal de aquéllas*, tanto si se trata de leyes como de reglamentos o cualquier otro producto normativo (José BERMEJO VERA; *La publicación...*, 1977, pp. 13-15, 22 y 27; a juicio del autor, la publicación de las normas es *el último eslabón de una cadena (...) en la que todos y cada uno de los elementos que la preceden tienen una mayor importancia*, p. 18). La Constitución española de 1978 ha venido a reforzar la anterior afirmación. El principio de publicidad es –junto con el principio de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales– uno de los *dos principios generales* contenidos en la Constitución española *acerca de la eficacia de las normas* (art. 9.3 CE), tal y como ha indicado Ignacio DE OTTO (*Derecho constitucional...*, 1993, pp. 84 y 99-100), que coincide con los anteriores en que *la publicación de la norma es un elemento constitutivo de su incorporación al ordenamiento jurídico*. Por su parte, Paloma BIGLINO CAMPOS (*La publicación de la ley*, 1993, p. 39) afirma que la publicación de la ley es *consustancial al Estado de Derecho*, y que el artículo 9.3 de la Constitución española manifiesta que la publicidad de las normas es *junto a otros principios característicos del Estado de Derecho, uno de los pilares básicos de nuestro ordenamiento*.

¹¹ Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ («Art. 6, apartado I», en *Comentarios...*, 1992, pp. 671-672): «En conclusión, la efectividad social de las normas jurídicas y la posibilidad que brinda el ordenamiento jurídico para conocerlas, garantizada por la Constitución y el CC mediante su imprescindible publicidad, con la vacatio legis (arts. 9.3, de la Constitución y 2.1.º del CC), constituyen el fundamento del principio de inexcusabilidad del

estos dos principios han experimentado una interesante evolución, a la que hay que prestar atención si consideramos que sobre ellos descansa la eficacia¹² y, en cierta medida, la justicia del sistema.

Los cambios a los que voy a hacer alusión se introducen en nuestro Derecho positivo con ocasión de dos destacados acontecimientos de la vida jurídica española:

1.º) La reforma del Título preliminar del CC en 1974, trae consigo la aceptación de un nuevo fundamento –objetivo– del principio de inexcusabilidad del cumplimiento de las leyes.

2.º) La Constitución española de 1978, refuerza –ampliando su contenido– el principio de publicidad de las normas.

Volvamos un instante la mirada a las normas sobre las que incidirían la reforma del Título preliminar y, después, la Constitución española. El Proyecto de CC de 1851, como finalmente el texto definitivo del CC de 1889, comenzaban sentando las bases necesarias para la eficacia de las leyes en general: La exigencia de publicidad de las normas como requisito de eficacia estaba implícita en el artículo 1.º, que iba seguido de la declaración general de eficacia de las leyes con independencia de que fueran conocidas o no por los sujetos a quienes fueran aplicables (art. 2.º).

Artículo 1.º Pr. CC 1851.– «Las leyes son obligatorias y surten efecto desde el día que en ellas mismas se designe; y en su defecto lo surtirán, en la Península a los diez días siguientes al de su inserción en la Gaceta oficial del Gobierno; en las Islas Baleares a los veinte, y en las Canarias a los treinta»¹³.

Artículo 2.º Pr. CC 1851.– «La ignorancia de las leyes no sirve de excusa».

Consecuencia de declarar la eficacia de las normas fue disponer que serían aplicables con independencia del conocimiento que se tuviera de ellas¹⁴. Estos mismos principios abrían el CC

cumplimiento de las leyes, consagrado en el artículo 6.1.º». El autor subraya la importancia del sistema de publicidad de las leyes para justificar el principio de inexcusabilidad. Sin publicidad, este principio carecería de todo sentido, pues conduciría a una absoluta arbitrariedad. Denuncia el problema del defectuoso sistema de publicidad de las leyes e impulsa la idea de una simplificación mayor de las leyes.

¹² El artículo 6 CC encabeza el capítulo III (rubricado «Eficacia general de las normas jurídicas») del Título preliminar («De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia»).

¹³ Florencio GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, 1852, artículo 1.º) explica que la inserción en la Gaceta oficial equivale a la promulgación, aunque para surtir todos sus efectos se combina con las distancias (p. 1). Más adelante indica que se presumirá *iuris et de iure* que la ley es conocida en los plazos designados por el artículo (p. 2).

¹⁴ Este segundo artículo es una consecuencia del anterior; afirma GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, 1852, art. 2.º, p. 3). El autor establece la concordancia entre la fórmula plasmada en el Proyecto y el resultado de una combinación de reglas romanas que llegó a

de 1889, texto conforme al cual fueron explicados por el profesor De Castro¹⁵. Tras la reforma del Título preliminar del CC en 1974, la versión actual de estos dos preceptos la encontramos en los vigentes artículos 2.1 y 6.1 del CC, respectivamente.

Artículo 2.1 CC.—«Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, si en ellas no se dispone otra cosa»¹⁶.

ser adoptada por los intérpretes del Derecho Romano: «La ignorancia del derecho perjudica para adquirir lucro, no para evitar el daño». Parece que la regla romana vendría a establecer que la ignorancia de las leyes puede tener efectos diversos según cuál sea el supuesto de hecho: «La regla —explica— era cierta en este sentido. Por ignorancia del derecho entregué ya la cosa: no podré repetirla: me obligué a entregarla, pero todavía la poseo; si se me pide, podré defenderme y retenerla: llámase, pues, lucro recuperar lo ya dado o perdido; y evitar el daño, la conservación de lo que todavía se posee».

¹⁵ Antes de reformarse el Título preliminar en 1974, el primer artículo del CC disponía que «Las leyes obligarán a los veinte días de su promulgación, en la Península, Canarias y territorios de África sujetos a la legislación peninsular». Federico DE CASTRO Y BRAVO (*Derecho civil...*, 1955, pp. 699-702) explicaba que el concepto «leyes», según los *antecedentes legales*, abarcaba todo tipo de normas jurídicas de carácter general, civiles o no, incluyendo decretos y órdenes. El plazo de veinte días se contaba —según indica el profesor De Castro— a partir del siguiente de terminarse de insertar la disposición en el «Boletín Oficial del Estado» (que había pasado a sustituir a la Gaceta). No obstante, la norma tenía carácter dispositivo.

En cuanto al principio según el cual «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», Federico DE CASTRO Y BRAVO (*Derecho civil...*, 1955, pp. 586-587), explicaba que la norma se limita a declarar (...). No impone la obligación de conocer las leyes, ni implica una condena de los que ignoran el Derecho. Se afirma la voluntad de que el Derecho se cumpla. La organización jurídica establecida ha de ser realizada, y no se puede dejar pendiente de la conducta de los particulares, de su conocimiento o de su ignorancia, de su curiosidad o descuido la realización del plan orgánico del Estado. El profesor De Castro continuaba entonces señalando que, en determinados supuestos, el error de Derecho era tenido en cuenta por la ley, que ocasionalmente podía asociarle algunos efectos jurídicos. Las explicaciones del profesor De Castro se adelantaron y probablemente incidieron en la reforma del Título preliminar en 1974, que añadirá un segundo inciso al antiguo artículo 2 (el conjunto compone el actual art. 6.1 CC), conforme al cual «el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen».

¹⁶ La referencia a *las leyes* es general y se refiere a toda disposición con independencia de su rango. La norma estatal se publicará en el BOE, mientras que la norma autonómica será publicada además en el diario oficial o boletín correspondiente. Las disposiciones jurídicas se han de publicar oficial y formalmente de tal manera que los ciudadanos puedan razonablemente tomar conocimiento de su existencia y contenido, hasta el punto de que la ley no publicada carece de los efectos que le son propios (Pablo SALVADOR CODERCH; «Art. 2.º», en *Comentario...*, 1993, p. 13). Miguel COCA PAYERAS («Art. 2», en *Comentarios...*, 1992, pp. 421-422) incide en que la norma es de aplicación general a todo el Ordenamiento, sin perjuicio de que puedan existir reglas especiales en algún sector, o reglas peculiares de vigencia. A juicio del autor, es una norma subsidiaria, y se refiere —según doctrina y jurisprudencia— no sólo a las leyes en sentido estricto, sino a cualquier norma o conjunto normativo general emanada del Estado o disposiciones jurídicas de carácter general (por ejemplo, se aplicaría al Real Decreto, a las Instrucciones, Circulares,...). La publicación —estima el autor— es un presupuesto general, sin excepción alguna, de la vigencia de las leyes (p. 443), y el fundamento de esta exigencia se encuentra en que tanto quienes aplican la ley, como aquellos a quienes se les aplica, deben tener posibilidad de conocerla (arts. 1.7 y 6 CC), exigencia que se eleva al rango de garantía constitucional (art. 9.3 CE).

Artículo 6.1 CC.—«*La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen*».

3.1 El principio de inexcusabilidad del cumplimiento cambia de fundamento: del deber de conocer la norma aplicable (fundamento subjetivo), al interés general en la eficacia del Derecho (fundamento objetivo)

La reforma del Título preliminar del CC respetó las dos normas antes citadas¹⁷, que se mantuvieron, pero añadió un segundo párrafo al artículo 6.1 del CC. Este nuevo párrafo plasmaba un aspecto que la doctrina venía salvando al interpretar el principio de que *la ignorancia de las normas no excusa de su cumplimiento*, y que se refería al error de derecho. En su labor interpretativa, nuestros civilistas habían matizado que se admitía que el error de derecho pudiera tener efectos cuando ello estuviera expresamente previsto por la ley. Sus afirmaciones iban acompañadas de un planteamiento de fondo que —según indicaré— se separaba de la versión romanista recogida por García Goyena, y que condujo a una reinterpretación del fundamento mismo de la norma.

El CC de 1889 había recibido la concepción del Derecho romano postclásico que tiende a apreciar un deber general de conocer el Derecho, con la consiguiente noción de culpa o presunción de negligencia como base del principio que permite aplicar el Derecho a quien haya incumplido su deber de conocerlo¹⁸. Con la intro-

¹⁷ La reforma del Título preliminar del CC (Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, y texto articulado aprobado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, BOE de 9 de julio de 1974), que supuso la ordenación sistemática de las materias que en él se contienen, y la introducción de algunas aportaciones (innovaciones y transformaciones), dejó subsistentes, entre otras, la norma relativa al tiempo de entrada en vigor de las leyes (actual art. 2.1 CC) y la que no exonera del cumplimiento de la ley a quien ignora su contenido (actual art. 6.1 CC), aunque se modificara el orden de su articulado. Sobre la reforma (génesis, panorámica y aportaciones) puede verse, entre otros, el trabajo de HERNÁNDEZ GIL, «Génesis...», 1975, pp. 7-20.

¹⁸ Contendida en el Proyecto de 1851, la concepción romana del fundamento de la norma —que se había recogido en el Derecho de las Partidas— se hereda, de modo implícito, al pasar la norma del Proyecto al texto del CC de 1889. GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, 1852, p. 3) destaca especialmente la concordancia de la norma del Proyecto con una regla de Las Partidas, que no sólo es aplicable a normas prohibitivas o sancionadoras, sino que *comprende también lo civil y dice*: «Tal escusanza non debe valer: ca tenemos que todos los de nuestro señorío deben saber estas leyes» (P.5, T. 14, L. 31). A renglón seguido, añade: «*Este mismo es el espíritu y sentido de nuestro artículo 2: en este concepto se hallan redactados el 989 —relativo al error en los contratos— y el 1895 —que se refiere al error en el pago—. Es una consecuencia del artículo anterior: vé lo en él expuesto* (art. 1 del Proyecto, relativo a la obligatoriedad de las leyes desde el momento en que surten efectos, y a su promulgación): *nadie puede excusarse con la ignorancia de lo que ha debido y podido saber, porque a nadie excusa su propia falta*».

ducción en el texto reformado del CC, de la consideración expresa del error de derecho, se abandona el fundamento romanista post-clásico del principio y se niega que exista un deber de general de conocer el Derecho¹⁹.

Desde este modo, pasó a considerarse como fundamento de la norma exclusivamente el interés general, que exige que el Derecho se aplique con independencia del grado de conocimiento subjetivo²⁰. Este desplazamiento del fundamento de la norma pone de

¹⁹ Asociada a la formulación romana de la norma (al deber de conocer el Derecho), se encontraba la idea de la inexcusabilidad del error, que pronto llevó a distinguir entre el error de derecho y el error de hecho (siendo este último excusable por ser compatible con la diligencia humana). El legislador del CC, abrió paso a la consideración del error excusable (que en ocasiones podrá serlo el error de derecho), como lo muestra desde el inicio la existencia en el CC de disposiciones especiales que concretan los efectos de distintos supuestos de error de derecho. La doctrina y jurisprudencia irá desarrollando, vigente ya el CC, la tesis que finalmente queda incorporada al texto legal tras la reforma de 1974, según la cual se admite que el error de derecho pueda tener efectos en los casos previstos por el legislador. En este sentido, Ángel LUCINI CASALES («La ignorancia...», 1977, pp. 212, 224-226, 229 y 236); Enrique RUIZ VÁDILLO («El nuevo Título...», 1976, p. 810); o Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ («Artículo 6, apartado I», en *Comentarios...*, 1992, pp. 674-682), que subraya el influjo que debió tener, en este punto, la doctrina del profesor De Castro. Sobre el proceso histórico de *formación y superación* de la distinción entre el error de hecho y el error de derecho, véase el estudio del profesor Antonio-Manuel MORALES MORENO, «La incidencia del error de derecho en el contrato», en *Centenario del CC (1889-1989)*, II (Madrid, 1990, pp. 1455-1489, especialmente pp. 1456-1467).

El cambio de redacción, añadiendo su segundo párrafo al texto del artículo 6.1 CC, no supone sólo distanciarse de la fórmula romana que impone el deber de conocer el Derecho, sino algo más, es rechazarla, apartarse definitivamente de ella, y dar licencia para argumentar conforme a Derecho la inexistencia de un deber de conocer las normas, en los siguientes términos: «*Si no existe el deber de conocer las normas, no puede decirse que su desconocimiento es inexcusable. De ahí que el precepto comentado admita la posibilidad del error de derecho, no para evitar la aplicación de la ley que se alega desconocer, sino para privar de eficacia a los actos jurídicos que se hayan realizado teniendo en cuenta como presupuesto ese desconocimiento o atenuar las sanciones (dentro de lo permitido por la norma)*» (Antonio GULLÓN BALLESTEROS, «Art. 6.º», en *Comentario...*, 1993, p. 33).

²⁰ Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN (*Instituciones...*, I, 1995, p. 128) advierten que la regla del deber de conocer el derecho llevó a un equivocado planteamiento doctrinal en relación con el error de Derecho, que se corrige al fundarse ahora *la regla de la inexcusabilidad del cumplimiento de las leyes en razones objetivas de efectividad social*. Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ («Art. 6, apartado I», en *Comentarios...*, 1992, p. 662) comenta que *la realización del plano orgánico del Estado no puede quedar pendiente de la conducta de los particulares, de su conocimiento o de su ignorancia, de su curiosidad o descuido*. El autor hace un estudio de la evolución de los fundamentos del precepto (pp. 665-674), e indica que la doctrina española coetánea afirma comúnmente que *el principio de inexcusabilidad del cumplimiento de las leyes se basa en el criterio objetivo de que las normas jurídicas han de tener una efectividad social con independencia de que sean o no realmente conocidas por los que deban cumplirlas*. De aquí que el fundamento de la norma no es de índole subjetiva, sino objetivo. Manuel ALBALADEJO (*Derecho civil*, I, 2004, p. 180) explica que las leyes no pueden quedar sin cumplir porque las personas no las conozcan, que no puede dejarse el Ordenamiento a merced del conocimiento que tomen de él los ciudadanos. *Pero cosa muy distinta —añade— es que se imponga a todos el deber de tomar tal conocimiento*, cuyo cumplimiento sería prácticamente imposible. Sencillamente, la ignorancia de las leyes a *nadie puede aprovechar*; esto es, la ignorancia no libera a nadie de acatar las normas. Se entiende, además, que *si la ignorancia de la ley excusase de cumplirla, ello sería como un premio al ignorante* (José Luis LACRUZ BERDEJO y otros; *Elementos...*, I, 2002, p. 195). En sentido semejante, Antonio GULLÓN BALLESTEROS («Art. 6.º», en *Comentario...*, 1993, p. 33).

manifiesto la conciencia de que no cabe imponer a los ciudadanos un deber de conocer todas las normas que les sean aplicables, deber cuyo cumplimiento sería del todo imposible incluso para los juristas más diligentes²¹.

La estrecha relación que vincula el principio de inexcusabilidad del cumplimiento de las normas al principio de publicidad, ha llevado a la doctrina que considera la *necesidad social* de que las normas sean de *general aplicación*, a la puja por una *política legislativa* que favorezca la difusión de las normas a fin de que el ciudadano tenga mayor posibilidad de conocerlas²².

La Constitución española de 1978 reforzó el principio de inexcusabilidad del cumplimiento, con los principios de igualdad (art. 14)²³ y de legalidad (art. 9).

3.2 El principio de publicidad de las normas amplía su ámbito: de la publicación oficial (aspecto formal), a la política de difusión eficaz del conocimiento de las normas (aspecto sustantivo)

En el siglo XIX nace la moderna publicidad, que se impulsa desde entonces y hasta hoy, con medidas que suponen un avance continuo: constituyen hitos en esta progresión, la creación de un órgano oficial de publicación que permita a los poderes públicos comunicarse –con la eficacia jurídica que corresponda– con los ciudadanos (primero, a través de la Gaceta; más tarde, por medio

²¹ En este sentido, Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ («Introducción» a la obra *La proliferación...*, 2004, pp. 16-17) ha puesto de relieve que *el incremento desmedido de las leyes* ha llevado a una situación de perplejidad para el ciudadano, que permite afirmar que la formulación del principio recogido en el artículo 6.1 CC, *aun reconociendo los importantes paliativos introducidos (...) por la dogmática moderna y las decisiones legislativas (...) suena* –como expresara Eduardo García de Enterría– *«casi como un sarcasmo, pues no hay persona alguna, incluyendo a los juristas más cualificados que pueda pretender hoy conocer una minúscula fracción (...)»*.

²² Entre otros, Ángel LUCINI CASALES («La ignorancia...», 1977, pp. 220-221, 225), quien –al hilo de estos mismos argumentos– reflexionaba: *«Ciertamente que nunca estaría de más, ni merecería juicios desfavorables, una política legislativa dirigida a facilitar el conocimiento de las leyes por parte de la mayoría de los súbditos de un país, (...). Pero una cosa es que sea justa y saludable para la sociedad toda medida encaminada a posibilitar el conocimiento de las leyes –ya que en la misma medida en que aumente tal conocimiento se robustece la posibilidad de cooperar a la realización del Estado de Derecho– y otra, muy distinta, es establecer presunciones irreales, e incluso disparatadas, de que tal conocimiento existe o es posible adquirirlo, para atribuir consecuencias condenatorias a cualquier desconocimiento»*. En épocas en las que se ha desarrollado una política legislativa tendente a facilitar el conocimiento de la norma aplicable (por ejemplo, en la etapa codificadora), se aprecia una mayor imputabilidad hacia el ciudadano que desconoce el derecho (p. 216).

²³ El artículo 14 CE plasma el principio de igualdad ante la ley, *sin que pueda prevalecer sobre este principio ningún tipo de circunstancia personal o social*.

del BOE²⁴), el CC (que expresamente asocia la eficacia de las leyes al requisito de su publicación en el BOE) y, por último, la Constitución española de 1978²⁵.

Con la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, el principio de publicidad de las normas admite un desarrollo mayor. La publicidad de las normas no sólo debe entenderse ya en el sentido estricto del artículo 2.1 del CC, como relacionada con su publicación en un boletín oficial, sino que desde 1978 la publicidad de las normas debe interpretarse, en el contexto más amplio

²⁴ Los orígenes del «Boletín Oficial del Estado» aparecen publicados en la página oficial del BOE, www.boe.es/ges/organismo/historia.php (fecha de consulta, 21 de diciembre de 2004). Conforme a estos datos, puede decirse que, aunque la Gaceta ya existía desde el siglo XVII, como *primer periódico de información general que surge en España*, luego denominada «Gazeta de Madrid» (en 1697), y cuya impresión asumiría después la Corona (con Carlos III, en 1762, a modo de privilegio), no pasará a convertirse en un *órgano de expresión legislativa y reglamentaria* hasta 1836. En la web oficial citada se explica que *el Gobierno de Burgos durante la Guerra Civil utilizó la denominación «Boletín Oficial del Estado» para distinguirse de la Gaceta de la República utilizada por el Gobierno republicano. La denominación «Boletín Oficial del Estado» se mantuvo desde octubre de 1936 hasta 1961. Desde esta fecha hasta 1986 pasó a denominarse «Boletín Oficial del Estado»-Gaceta de Madrid, a partir de 1986 recuperó el nombre de «Boletín Oficial del Estado»*. El legislador ha querido dar una regulación jurídica separada al diario oficial del Estado, y al organismo autónomo BOE: en la breve exposición de motivos del Real Decreto 1511/1986, de ordenación del diario oficial del Estado, indica expresamente la conveniencia de *diferenciar las normas reguladoras del diario oficial propiamente dicho, que se comprenden en el presente Real Decreto, con independencia de las que afectan a la organización, funcionamiento y financiación del organismo autónomo «Boletín Oficial del Estado»*. El Real Decreto de 1986 califica al «Boletín Oficial del Estado» como diario oficial del Estado español, *órgano de publicación de las leyes, disposiciones y actos de inserción obligatoria, así como de las comunicaciones enunciadas en el presente Real Decreto* (art. 1). El Real Decreto 1229/2001, de 8 de noviembre, aprobó el Estatuto del Organismo autónomo «Boletín Oficial del Estado». La norma se suma a las que con anterioridad han dotado de un régimen jurídico al BOE (en 1948, 1957, 1960, 1986, 1997), y perfila el funcionamiento de este organismo autónomo adscrito al Ministerio de la Presidencia.

²⁵ El tránsito de la antigua *publicación material* de las normas (pregones, lecturas públicas,...), vigente hasta mediados del siglo XIX (compatible con otros procedimientos tales como los edictos, bandos, *veredas*, o *la impresión de la ley en publicaciones privadas periódicas*,...), hacia la denominada *publicación formal* propia del Estado moderno, tiene como *elemento diferenciador* –a juicio de Miguel COCA PAYERAS («Art. 2», en *Comentarios...*, 1992, pp. 444-446)–, el de una *propia sede impresa*. *Se crea un Boletín o Diario* –explica– *que es el lugar, el único, en el que deben publicarse las leyes. De esta forma las leyes no sólo aparecen en un texto escrito impreso, sino formando parte de una publicación impresa cuyo fin es precisamente el de darles publicidad*. Como ejemplo, cita el Decreto de 27 de abril de 1870 (Gaceta de Madrid de 28 de abril de 1870), conforme al cual quiso hacerse de la Gaceta un *órgano oficial de los poderes públicos (...), un órgano importante que dé publicidad no sólo a los actos oficiales (...)*. Después se exigirá legalmente la publicación de las leyes como requisito de eficacia (con la promulgación del CC, *publicación formal vigorizante*) y finalmente la publicidad de las normas se elevará a rango de principio constitucional (art. 9.3 CE). Uno de los últimos pasos en esta destacada trayectoria de la publicidad de las normas lo constituye el Real Decreto 1511/1986, de ordenación del diario oficial del Estado, en el que se dispone el carácter *oficial y auténtico* del texto de las normas publicadas en él, que es el *diario oficial del Estado español* y el *órgano de publicación de las Leyes*, lo que –a juicio de Miguel COCA (p. 453) confiere al BOE un carácter exclusivo no predicable hoy de otras publicaciones.

del Estado social y democrático de Derecho que proclama el texto constitucional, como un imperativo dirigido al Estado, de favorecer y fomentar la difusión del conocimiento de la norma aplicable (conforme a las garantías previstas en el artículo 9 de la Constitución española, entre otros). El cumplimiento por parte del Estado de esta exigencia de publicidad debe progresar al compás de las nuevas tecnologías.

Ciertamente, la garantía constitucional de la seguridad jurídica permite hablar de un derecho de los ciudadanos a la certeza en el ámbito jurídico²⁶. Pero además, junto a la seguridad jurídica y otras importantes garantías interrelacionadas, el artículo 9 de la Constitución española erige al principio de *publicidad de las normas* en garantía constitucional²⁷. En este contexto, se denunciaba hace unos años que el *sistema de publicación de las normas no cumple adecuadamente los principios de publicidad y seguridad jurídica que la Constitución garantiza (art. 9.3)*²⁸. Y es que no se trata tan sólo de publicar las normas en un diario oficial. Siendo la publicación de las normas un presupuesto del Derecho positivo, resulta insuficiente para la realización de las garantías constitucionales de publicidad y seguridad jurídica.

El imperativo constitucional de publicidad de las normas no debe entenderse *como sinónimo de publicación* en periódicos oficiales, sino como veto al *carácter oculto de las normas*²⁹. El principio de publicidad no queda reducido a la publicación de las normas, prevista en la Constitución y en las leyes³⁰. Su ámbito de operati-

²⁶ José Luis VILLAR PALASÍ y José Luis VILLAR EZCURRA («El derecho...», 1993, p. 101) definen la certidumbre jurídica como *la expectativa razonable que todo ciudadano puede esperar, en un Estado de Derecho, para conocer la regulación aplicable a una conducta determinada*.

²⁷ Las garantías previstas en el artículo 9 de la Constitución española se refuerzan unas a otras, están interrelacionadas. Como advierte Fernando GARRIDO FALLA («Art. 9», *Comentarios...*, 2001, pp. 177-180), la seguridad jurídica *exige conocer de antemano cuáles son las consecuencias jurídicas de los propios actos*. La seguridad jurídica comprende *la certeza del Derecho* (claridad, precisión, publicación), la *irretroactividad* de las normas sancionadoras o limitativas de derechos, y la *jerarquía normativa*. El autor recuerda que *crear el Derecho secretamente carecería de sentido*: la vigencia y eficacia de las normas jurídicas depende de su publicación *pues se comprende la necesidad de que su contenido sea comunicado y dado a conocer a la colectividad, es decir, a las personas que puedan resultar afectadas por sus efectos u obligadas a su cumplimiento*.

²⁸ Fernando SAINZ MORENO, «La publicidad...», 1993, p. 122. A juicio del autor, los destinatarios de las normas deberían poder conocerlas con exactitud y facilidad. Este es un *presupuesto ineludible* para la realización del Estado de Derecho, a cuya realización no contribuye la insatisfactoria regulación de la publicación de las normas.

²⁹ Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, «Constitución...», 1979, p. 657.

³⁰ En cuanto a la publicación de las normas, en la Constitución española expresamente se declara: 1.º) que la publicación *inmediata* de las leyes será ordenada por el Rey, que las *sancionará en el plazo de quince días* desde que éstas hayan sido aprobadas por las Cortes, y las promulgará (art. 91 CE); 2.º) que la Constitución entra en vigor el mismo día de su publicación en el BOE (disposición final CE); y 3.º) que los Tratados internacionales, *una*

dad es más amplio³¹. En sentido positivo, el contenido de esta garantía constitucional debe entenderse reforzado por la exigencia de una potenciación de las vías de publicidad de las normas³². Los poderes públicos en España ya han realizado importantes avances en este sentido: actualmente, el acceso al conocimiento de las normas jurídicas se realiza no sólo a través de la difusión del BOE en soporte papel, sino también a través de Internet, donde puede consultarse de forma gratuita el BOE, con servicios que permiten también el acceso a las leyes vigentes en general.

vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE). La Constitución española no detalla más en este sentido, por lo que hay que acudir entonces al Derecho común [artículo 2.1 CC, y –para los tratados internacionales– al artículo 1.5 CC], y estar a lo que indiquen las leyes singulares (así, el art. 52.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que *para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario oficial que corresponda*). Sin embargo, la Constitución sí especifica que *las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado»*, incluidos –en su caso– los votos particulares (art. 164.1 CE). José Luis VILLAR PALASÍ y Emilio SUÑÉ LLINAS («Art. 9.º», en *Comentarios...*, p. 560-561) explican la relevancia que tiene esta disposición, *en cuanto que una sentencia del Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de una ley afecta al ser concreto del ordenamiento jurídico, siendo de todo punto necesaria la publicidad*.

A juicio de estos autores, el principio de publicidad debe aplicarse no sólo a las leyes sino también a los reglamentos, que deberán ser publicados, así como las circulares, *aun cuando éstas sean meras normas administrativas internas*. La Constitución supondría una extensión del principio de publicidad más allá de lo previsto en el CC. La exigencia de publicidad se cumpliría no sólo por la publicación en el BOE, sino también por la publicación de las normas autonómicas en los boletines o diarios de las correspondientes Comunidades Autónomas, o –en su caso– por la publicación de las normas emanadas de las provincias y municipios (ordenanzas, bandos, edictos,...) en los diarios o boletines locales. Sin embargo, estiman dudoso que la exigencia de publicidad puedan cumplirla los boletines oficiales ministeriales, e indican que *es postulable* la necesaria publicación de las normas de los Colegios profesionales. A su juicio, puede decirse que el legislador no refiere el principio de publicidad sino a *las normas escritas*. En cuanto a la costumbre (fuente del Derecho, artículo 1 CC), lleva implícita necesariamente una cierta forma de publicidad o conciencia social de su existencia, y algo semejante ocurre en relación con los principios generales del Derecho (también fuente del Derecho, artículo 1 CC), que se deducen de las demás normas –que son públicas– y, en este sentido, gozan necesariamente de una cierta forma de publicidad.

³¹ Paloma BIGLINO CAMPOS; *La publicación de la ley*, 1993, pp. 29-30. A juicio de la autora el principio de publicidad exige algo más que la publicación de las normas, porque este principio *es el que logra salvar la distancia que separa al ciudadano del parlamentario en un régimen representativo*, y por lo tanto, *requiere, por ejemplo, que el proceso a través del cual la ley adquiere su redacción definitiva se realice, en sus fases esenciales, de manera que la opinión pública pueda tener acceso al mismo*.

³² El Diccionario de la Real Academia Española (1992) define la *publicidad*, entre otras acepciones, como el «*Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos*». Esta definición la trae a colación Fernando SAINZ MORENO («La publicidad...», 1993, p. 122), para indicar que *lo que la Constitución garantiza es la «publicidad» de las normas, algo más que su mera «publicación» en un boletín oficial. La «publicación» es un requisito mínimo esencial que determina la entrada en vigor de la norma y permite conocer su texto completo. La «publicidad» presupone la publicación de la norma pero, además, implica su efectiva divulgación por cualquier medio adecuado para ello*.

En el *website* del «Boletín Oficial del Estado» [www.boe.es] existen enlaces a las páginas *web* de los Diarios Oficiales de las Comunidades Autónomas y Provinciales, así como al Diario Oficial de la Unión Europea. El organismo autónomo «Boletín Oficial del Estado» ofrece a los ciudadanos el acceso a sus bases de datos: el portal *Iberlex* presta un servicio de información legislativa estatal, autonómica y comunitaria, a través de diversos buscadores, incluido el buscador por materias [<http://iberlex.boe.es>]³³.

II. LA PUBLICIDAD ELECTRÓNICA DE LAS NORMAS

La implantación de las nuevas tecnologías comporta indudables avances en los medios de difusión del conocimiento de las normas. El hecho de disponer de estos medios, unido a la consideración del *maremagnum* normativo en que vivimos inmersos, permite afirmar que hoy en día, ni siquiera la publicación oficial *on line* de las normas jurídicas es suficiente para la realización de la garantía constitucional de publicidad de las normas. A mi juicio, la realización de este principio admite y demanda una ordenación estatal *on line* de las normas jurídicas aplicables, que facilite su localización. Los servicios que ofrece actualmente el BOE en Internet, recién descritos en el epígrafe anterior, se aproximan a este objetivo y suponen un notable desarrollo en la realización práctica del principio constitucional de publicidad de las normas.

1. DE LA PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA A LA ORDENACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS NORMAS

La sociedad de la información cuenta con las mejores herramientas para hacer posibles las aspiraciones de publicidad y ordenación normativa propias de los juristas de todos los tiempos³⁴. La publicación de las normas y la adecuada difusión del conocimiento de las mismas cuentan hoy con los mejores medios.

³³ Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2004.

³⁴ Sirve como muestra de esta preocupación de nuestros juristas, el balance del siglo XIX que hace Marta LORENTE SARIÑENA (*La voz del Estado...*, 2001). Tras comentar que *a lo largo de casi todo el siglo no se pudo contestar con claridad a dos importantes interrogantes: ¿qué normas estuvieron vigentes? y, sobre todo, ¿en virtud de qué criterios debieron reputarse como tal?*, recoge el testimonio de la preocupación que manifestaron autores tales como M. Falcón [*«decidir cuáles de estas leyes están vigentes (...) es el trabajo más difícil del jurisconsulto»*], o J.M. Antequera [*«Y mientras nos regimos por esta variedad de leyes y Códigos, correspondientes a todas las edades y a todas las civilizaciones (...) nos atrevemos a acusar a D. Alfonso XI porque no hizo en el siglo XIV lo que nadie se atreve a hacer en el siglo XIX»*] (pp. 167-168).

En relación con el primero de estos aspectos –la publicación de las normas–, se constata que la realidad social contemporánea pre-dispone favorablemente hacia una comprensión más amplia del mismo. Si el artículo 2 CC –cuando dispone como regla general que las normas jurídicas entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE³⁵–, debe interpretarse conforme a *la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad* de la norma (art. 3.1 CC), no es ilógico interpretar que la publicación de las normas por medios electrónicos pueda tener la misma eficacia jurídica que la publicación de las normas en soporte papel. La coexistencia de ambos medios no sólo está confirmada por la práctica que sigue actualmente el BOE, sino que entra en las previsiones del régimen jurídico del diario oficial del Estado³⁶. No obstante, en la *web* oficial del BOE se destina una página a un *aviso jurídico* calificado como *importante*, que introduce una *cláusula de exención de responsabilidad* en virtud de la cual *únicamente el texto impreso de las disposiciones*

³⁵ Cuando Miguel COCA PAYERAS («Art. 2», en *Comentarios...*, 1992, pp. 446 y 447) se refiere a la posibilidad de modificar el sistema establecido de publicidad formal por otro distinto, afirma que la Constitución no impone un medio concreto *o soporte de la publicidad* y, por lo tanto, el legislador ordinario puede concretarlo, si bien la Constitución sí impone *que exista tal instrumento*. Sería inconstitucional, por ser contrario a la seguridad jurídica, todo retroceso, esto es, que *si el legislador innovara en este terreno debería hacerlo manteniendo, como mínimo, los niveles de accesibilidad y autenticidad del contenido de las leyes que hoy el BOE supone*. En este sentido, Pablo SALVADOR CODERCH («Art. 2.º», en *Comentario...*, 1993, p. 13) advierte también que la publicación en el BOE *es una exigencia legal pero no constitucional*, pudiendo disponerse por ley otra cosa, o derogarse el artículo 2.1.º CC y establecer un modo distinto de publicación. Pero la publicación, en todo caso, debe realizarse (arts. 9.3 y 91 CE), y *serían rechazables –indica– incluso constitucionalmente, cambios a menos, a una forma de publicidad de eficacia claramente inferior desde la perspectiva del conocimiento de las normas jurídicas y cambios insólitos o intempestivos, en contra del principio de seguridad jurídica (art. 9.º 3 CE)*.

³⁶ El artículo 23 del Real Decreto 1511/1986, de 6 de junio, de ordenación del diario oficial del Estado, dispone expresamente: *«Además de la edición en papel impreso, se realizarán ediciones en los soportes técnicos que resulten aconsejables para el mejor servicio del público»*. Cuestión distinta, aunque próxima, es la relativa a los originales presentados para su publicación en el BOE: está dispuesto que los originales puedan presentarse en distintos soportes técnicos, incluido el electrónico (art. 15 del mismo Real Decreto). El soporte electrónico facilita que la inserción se realice en *los mismos términos* que el original, conforme está previsto (en el mismo art. 15). De otro lado, el Real Decreto 1229/2001, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo autónomo «Boletín Oficial del Estado», *faculta al Ministro de la Presidencia para establecer las garantías y especificaciones con arreglo a las cuales los originales destinados a la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» podrán remitirse a través de medios electrónicos, informáticos y telemáticos*, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Este último artículo versa sobre la incorporación de medios técnicos a las Administraciones Públicas, y dispone que los documentos emitidos *por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, gozarán de la validez y eficacia de los documentos originales, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación (...)*.

publicadas en el diario «Boletín Oficial del Estado», tiene la consideración de oficial y auténtico. El BOE no asume responsabilidad alguna en relación con la información ofrecida por cualquier otro medio o soporte distinto de su «Diario Oficial», ni —claro está— por el uso que pudiera hacerse de la misma debido a errores, erratas, omisiones o manipulación de la misma³⁷.

Con mayor fuerza aún se impone la utilización de las nuevas tecnologías en relación con el otro aspecto de la publicidad, la difusión de las normas mediante sistemas que faciliten el conocimiento o el acceso a la normativa aplicable. Para lograr una adecuada difusión del Derecho, es necesario desarrollar la técnica de la indexación legislativa. Consiste esta técnica en reunir las normas jurídicas aplicables en un solo recipiente normativo electrónico, y ordenarlas mediante sistemas de búsqueda avanzada. En esa tarea de indexación de la normativa aplicable, es imprescindible la incorporación inmediata de las normas recién publicadas, para garantizar la actualidad de la información. La finalidad que se persigue es ofrecer a los ciudadanos un buen servicio de información legislativa en red.

Los dos caracteres de la publicidad (la publicación y la adecuada difusión del conocimiento de las normas) se aproximan cuando hablamos de la sociedad de la información: porque un fruto de la difusión en masa de las nuevas tecnologías es la posibilidad de que las normas, a la vez que son publicadas formalmente, sean indexadas en los servidores oficiales de información legislativa de los que trataremos de inmediato [*infra* III]. La necesidad y la utilidad de estos servicios no resulta indiferente a los responsables de los poderes públicos, como lo muestran las numerosas iniciativas emprendidas en sentido semejante. Por esta razón, parece conveniente que la función de publicación de las normas se realice por un único organismo, que a su vez sea el encargado de ofrecer a los ciudadanos un servicio oficial de búsqueda de la normativa aplicable por medio de las nuevas tecnologías (acceso *on line* a la base de datos oficial de legislación).

2. LA REIVINDICACIÓN DEL ACCESO AL DERECHO POSITIVO VÍA INTERNET

La reivindicación del acceso *on line* a la norma aplicable tiene a su favor argumentos de peso. Nos centraremos en los dos siguien-

³⁷ En www.boe.es/g/es/ayuda/avisojur.php (fecha de consulta: 21 de diciembre de 2004). La cláusula advierte también que el BOE no garantiza *que su servicio no quede interrumpido o afectado por problemas técnicos, y no asume responsabilidad alguna respecto de dichos problemas.*

tes: 1.º, En la Constitución española de 1978 se contempla el interés de los ciudadanos en que la seguridad jurídica quede garantizada; y 2.º, El espacio europeo, por otra parte, es un foro desde el cual el interés por el dinamismo económico, tan dependiente siempre de la seguridad jurídica, es empleado directamente como argumento en este sentido, con mayor fuerza.

2.1 Como exigencia en el ámbito de la Constitución española

La vigencia de leyes generales, unida a la proliferación de leyes especiales, la consideración de que este fenómeno se reproduce a nivel estatal y autonómico, y la consideración de que es creciente la normativa europea e internacional aplicable a los españoles, supone para el ciudadano contemporáneo un inquietante fenómeno que, del mismo modo que es generado por la actual configuración del Estado, debe también ser resuelto por los poderes públicos desde las mismas instituciones estatales³⁸.

Se trata de una competencia que debe asumir el Estado, la de garantizar a los ciudadanos gratuitamente el acceso a la norma aplicable. Y es exigible en el marco de la Constitución, porque la actual proliferación legislativa amenaza la seguridad jurídica y afecta también al principio de legalidad³⁹. Se ha comparado, en

³⁸ En este sentido se ha pronunciado Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ («Introducción» a la obra *La proliferación...*, 2004, p. 23): «Y aun me atrevería a añadir –afirma– que esta tarea se va a presentar cada vez más como un deber del Estado, porque tampoco me parece dudoso que es al Poder público como guardián del ordenamiento a quien corresponde velar por una aplicación hacendera de la normativa vigente de los ciudadanos».

³⁹ Entre otros, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (*Justicia...*, 2000) ha denunciado la muerte del positivismo a manos del *legalismo exacerbado*, fenómeno que *afecta gravemente al propio basamento del sistema jurídico y a sus dos valores centrales, la justicia y la seguridad jurídica*. A su juicio, ésta es una *consecuencia inesperada del predominio formal absoluto de las Leyes, con el que se pensó llegar a eliminar a todas las demás fuentes del Derecho*. La estabilidad y el orden social se remiten hoy a la Constitución y a los principios generales del Derecho (pp. 101-104). La observación del creciente recurso a la alegación de los principios generales del Derecho que –por efecto del marasmo normativo– conduce a la simplificación, ha sido puesta de relieve también por José Luis PALMA FERNÁNDEZ (*La seguridad jurídica...*, 1997, pp. 88 y 89): «La buena fe en los negocios privados o el principio de conservación del acto administrativo (...), por poner simples ejemplos –indica–, son progresivamente más recurridos por los usuarios jurídicos frente a las construcciones altisonantes y de difícil comprensión y asimilamiento costoso». El autor deja constancia de la denuncia constante –desde la antigüedad hasta nuestros días– del mal que suponen «las muchas leyes» (pp. 19-33). En sentido semejante se ha pronunciado Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ («Introducción» a la obra *La proliferación...*, 2004, pp. 18-20), quien afirma que *semejante arsenal de disposiciones de distinto origen (...) o de distinto rango (...) generan desconfianza, inseguridad*, hasta el punto que se hace necesario *superar el culto a la norma legal para velar por la misma seguridad jurídica; tanto que, de alguna manera, se está produciendo una cierta revisión del mismo principio de legalidad*. José Luis VILLAR PALASÍ y José Luis VILLAR EZCURRA («El derecho...», 1993, pp. 79-104) diagnostican la tendencia de nuestro Derecho al caos, que *propiciará el naci-*

este sentido, la multinomía a la anomía⁴⁰. Y no se duda en calificar de enemigo de la seguridad jurídica al proceso de profusión de normas excesivamente rápido o precipitado⁴¹. Esta proliferación legislativa ha sido calificada como reto o *desafío para el Estado de Derecho*⁴².

Si la seguridad jurídica está amenazada por la proliferación legislativa, el Estado deberá promover las medidas necesarias para

miento de un nuevo sistema jurídico (pp. 93 y 101). *Las garantías del ciudadano* –advierten– *están comenzando a convertirse en un puro formalismo sin contenido real debido a la convergencia de múltiples factores*, entre los cuales incluyen, en primer lugar, *la inflación creciente de nuestro sistema normativo cada vez más cargado de disposiciones de la más diversa índole y procedencia* (pp. 79 y 80). En su estudio incluyen una tabla del número de disposiciones que tan sólo el Estado ha publicado anualmente desde 1940 hasta 1991, en la que se observa un crecimiento progresivo e irregular, arrojando una media de 2.365 disposiciones por año, sólo estatales, sin tener en cuenta por tanto ni las dispuestas por las Comunidades Autónomas ni las normas europeas; complejidad normativa que puede resolverse, en cuanto al número de disposiciones, mediante *bancos de datos adecuadamente informatizados*, pero complejidad que radica básicamente –indican– en la *colocación, prácticamente aleatoria*, de estas normas en el Ordenamiento jurídico (pp. 94 y 95). A su juicio, las áreas del Ordenamiento que están codificadas gozan de mayor *inmunidad* frente al caos que diagnostican.

⁴⁰ Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La calidad...*, 1998, p. 250.

⁴¹ Recientemente, Juan Antonio SAGARDOY BENGOCHEA («El valor de los cimientos», sección La Tercera del diario ABC, del viernes 1 de abril de 2005) subraya importantes retos que las actuales democracias deben asumir para garantizar la seguridad jurídica. España no es un caso aislado. Por ejemplo, Guy BRAIBANT («El modelo...», 1999, p. 92) pone de relieve la preocupación que existe en el país vecino por *la inflación normativa*, a la que no duda en calificar como *un mal que invade todos los países*, en los siguientes términos: «*Se ha hablado de proliferación de textos, de inestabilidad de las normas, de abundancia de derecho, de derecho opaco. Todos estos epítetos desagradables significan que algo no va bien en nuestro sistema jurídico*». Y concluye su exposición con reflexiones tales como: «*nos encontramos (la mayoría de los países y Francia en cualquier caso) en un estado de confusión jurídica (...) del que es absolutamente necesario salir. Esta situación tiene una dimensión internacional*» (p. 101).

Afectaría a la seguridad jurídica tanto las posibles derogaciones tácitas o las normas en desuso, como los cambios normativos acelerados o las rápidas mudanzas. En este sentido, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN ha puesto de manifiesto algunos de los riesgos que la proliferación normativa genera en el ámbito de la seguridad jurídica (conferencia sobre la *Seguridad jurídica*, en el Seminario de Derecho Registral de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, codirigido por Manuel Amorós y Antonio Pau, Madrid, 25 de noviembre de 2004). A juicio del profesor, la seguridad jurídica es posibilidad de conocimiento de las normas, certidumbre sobre las normas aplicables, pronosticabilidad, predictibilidad, publicidad de las normas, irretroactividad, legalidad, comprensibilidad y claridad de las normas, entre otros factores. En definitiva, la seguridad jurídica (seguridad normativa) supone: 1.º Que las normas sean asequibles (que los operadores jurídicos las tengan a su alcance sin dificultades esenciales); 2.º Que sean normas comprensibles; y 3.º Estabilidad, que excluye cambios precipitados.

⁴² *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* es el título del Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid (11 y 12 de noviembre de 2003), bajo la dirección de Aurelio Menéndez Menéndez y Antonio Pau Pedrón (director adjunto), que ha dado lugar a la obra que lleva ese mismo nombre, publicada por Thomson-Civitas, 2004. Al introducir su ponencia, titulada «La recodificación como remedio», Antonio PAU PEDRÓN advierte que *lo que está en juego es el Estado de Derecho; es decir, la máxima conquista y la máxima garantía de la democracia* (p. 457).

que el ciudadano tenga acceso a las normas, realizándose así la garantía constitucional. Actualmente, el servicio que las nuevas tecnologías pueden y deben prestar a la seguridad jurídica en el Estado social y democrático de Derecho no sólo es evidente, sino abiertamente proclamado y demandado⁴³. El hecho de que actualmente sea posible ordenar racionalmente el universo normativo por medio de bases de datos electrónicas, encierra la posibilidad de avances en materia de seguridad jurídica cuya consecución es competencia estatal, autonómica y local.

Estamos ante un derecho del ciudadano. En nuestro país, de hecho, se ha incoado en un texto oficial el *derecho del ciudadano a conocer el contenido actualizado de las leyes españolas y de la Unión Europea mediante un sistema electrónico de datos fácilmente accesible*⁴⁴. Además, la Administración del Estado y los operadores jurídicos son también parte interesada en esta reivindicación, ya que conforme a la vigente Constitución española de 1978, no sólo el ciudadano está obligado por la ley, sino todos los poderes públicos están *sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*⁴⁵ (principio de legalidad, art. 9 CE⁴⁶; también, arts. 87,

⁴³ Véase, entre otros, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica* (1994, pp. 64-66), en que afirma que *la crisis derivada de la proliferación legislativa actual puede ser contrarrestada mediante el adecuado empleo de la tecnología informática*. Así, *el jurista se halla en condiciones de restablecer un equilibrio entre el incesante flujo de datos jurídicos y su capacidad para asumirlos y aprovecharlos*. También, Marcos FERNANDO PABLO y Ricardo RIVERO ORTEGA (*La publicidad...*, 2001, pp. 46-49 y 129-141).

⁴⁴ Punto 1.3 de la *Carta de los Derechos de los ciudadanos ante la Justicia*, redactada por un Grupo de Trabajo de la Comisión de Seguimiento del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia (28 de mayo de 2001), por acuerdo unánime y con representación de los diversos grupos parlamentarios así como del Ministerio de Justicia. La elaboración de esta Carta constituía una de las prioridades de este Pacto de Estado, y debía redactarse conforme a los principios de *transparencia, información y atención adecuada* (en idéntico sentido, la Conferencia Sectorial en materia de Administración de Justicia, Las Palmas, 22 de mayo de 2001).

⁴⁵ La sujeción expresa de los poderes públicos al principio de legalidad es característica de la Constitución española de 1978. Contrástese el artículo 9.1 de la misma, y su precedente en la Constitución de 1812, cuyo artículo 7 declaraba que *todo español está obligado a ser fiel a la Constitución, obedecer las leyes y respetar las autoridades establecidas*.

⁴⁶ José Luis VILLAR PALASI y Emilio SUÑÉ LLINAS («Art. 9.º», en *Comentarios...*, 1996, pp. 482-508) explican que la expresión *poderes públicos* del artículo 9.1 CE debe interpretarse en sentido amplio –conforme lo hace el Tribunal Constitucional– y que *abarca a todos los poderes del Estado* (p. 483). Por consiguiente, todos los poderes públicos quedan *sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*. En cuanto a la materia sobre la que existe «reserva de ley», entienden los autores que *cabe delegación legislativa pero nunca la deslegalización*, si bien cuando no exista reserva de ley es admisible que el Gobierno ejercite la potestad reglamentaria (pp. 496-498). Fernando GARRIDO FALLA («Art. 9.º», *Comentarios...*, 2001, pp. 173 y 177; y, en la misma obra, al comentar el mismo autor el «Art. 97», implícitamente, p. 1516) afirma que el principio de legalidad es la columna principal que sostiene *el edificio del Derecho Administrativo* y que este principio, en sentido estricto, se refiere precisamente a *la sumisión a la ley (...) de la actividad administrativa*. El autor admite la posibilidad de regular por vía reglamentaria materias que ni

97, 103, 106, 117 y 133 CE, entre otros). A la vista de los argumentos anteriores, y sobre todo, teniendo en cuenta que existen medios avanzados suficientes y apropiados para dar este servicio, corresponde al Estado asumir la función de un servicio de informática legislativa (arts. 1.1, 9, 10, 14, y 25 CE), que será especialmente útil desde cualquier óptica de la organización estatal, administrativa, judicial, o social. Esta reivindicación se ha expresado también en relación con la jurisprudencia⁴⁷.

2.2 Como exigencia en el espacio jurídico europeo

En el ámbito europeo priman argumentos de índole económica. En este sentido, la Comisión Europea publicó un Libro Verde sobre la Información del Sector Público en la Sociedad de la información [COM (1998) 585] titulado «*La información del sector público: un recurso clave para Europa*», en el que plantea la importancia de que la información del sector público de los distintos estados miembros (legislativa, financiera, administrativa,...), sea accesible a los potenciales usuarios a través de las nuevas tecnologías. De modo particular, el fácil acceso a esta información por parte del sector empresarial constituye un motor de la economía en la Unión Europea. Por ejemplo, en el Libro Verde se asocia al mayor desarrollo de la información legislativa en Estados Unidos, una mayor

están reservadas a la ley, ni están reguladas por la ley. En diverso sentido, véase el trabajo de Francisco RUBIO LLORENTE («El principio...», 1993, pp. 9-42) sobre la vinculación de los poderes públicos por el principio de legalidad (art. 9.1 CE). El autor defiende que la Administración está sujeta a la Ley, tanto cuando realiza actos concretos como cuando, en ejercicio de la potestad reglamentaria, establece las normas a las que, en lo sucesivo, ella misma habrá de sujetarse (pp. 21-23, entre otras). A juicio del autor (que rebate la tesis contraria de Ignacio De Otto), no cabe ejercicio alguno de la potestad reglamentaria sin apoderamiento legal previo (p. 25); El principio de legalidad exige que sea la Ley, no el reglamento —explica—, la fuente de las normas que imponen a los ciudadanos cualquier género de obligaciones y cargas (...) (p. 32). En este contexto, interpreta que la «reserva de ley» no supone que las materias no reservadas estén exoneradas de sujeción a la ley, sino que esta reserva transforma en deber del legislador lo que antes era facultad, obligándole a regular por sí mismo determinadas materias.

⁴⁷ En este sentido, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA («La difusión de la jurisprudencia a través de las nuevas tecnologías: un instrumento al servicio de la seguridad jurídica», ADC, 2005, fascículo I, en prensa) ha llamado la atención sobre un aspecto del que, a la vez, comienza a tomar conciencia el Consejo General del Poder Judicial: «*las nuevas tecnologías están llamadas a desempeñar un papel fundamental en la difusión y publicidad de las sentencias dictadas por los distintos órganos judiciales que integran el Poder Judicial en España (Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales, Audiencia Nacional, entre otros), pues no puede olvidarse que el conocimiento de la jurisprudencia es tan importante, a la hora de saber qué es Derecho, como el conocimiento de las normas, razón por la cual los poderes públicos están obligados a tomar las medidas necesarias para que los ciudadanos conozcan no sólo las normas, sino también las sentencias que las interpretan y aplican*». Agradezco al autor haberme facilitado el texto en prensa, así como sus acertadas observaciones en relación con el contenido de este trabajo.

fluidez de las relaciones económicas entre los Estados federados que la que existe en Europa entre los Estados miembros. Desde la óptica económica, se invita a los Estados miembros a realizar políticas que faciliten a los restantes países el conocimiento de sus leyes⁴⁸.

3. ÁMBITO PRIVADO Y FUNCIÓN PÚBLICA EN LA INFORMACIÓN LEGISLATIVA *ON LINE*

El salto de los servicios de información legislativa *on line*, del sector privado al sector público, ha sido una realidad en el entorno europeo con ocasión de la difusión en masa de las nuevas tecnologías (por ejemplo, el caso suizo⁴⁹). De otro lado, el debate sobre si la publicidad de las normas debe reservarse a los poderes públicos, o en qué medida pueden participar los particulares, no es nuevo: la Historia enseña que los intereses económicos han invadido también este ámbito, a la par que el sentido jurídico aboga claramente por la gratuidad del conocimiento de las normas y por el carácter público de su contenido⁵⁰. En nuestro país, las normas jurídicas son de dominio público⁵¹, y el hecho de que *las disposiciones legales o*

⁴⁸ <http://foroconsumo.cepyme.es/archivos/libros%20verdes/gppublices.pdf> (fecha de consulta: 1 diciembre 2004).

⁴⁹ En este sentido, puede verse el análisis de Christine Poupa, «Electronic...», 2000, pp. 133-147. La autora describe la incidencia que han tenido los cambios tecnológicos en la definición de los servicios básicos de información y en el coste del servicio para el usuario final, tanto en Suiza como en Francia. Inicialmente estos servicios de información legal los explotaba en Suiza un monopolio («Swisslex» era la proveedora líder de los servicios de información legal *on line*), pero esta situación comenzó a ser cuestionada cuando las nuevas tecnologías comenzaron a ser más asequibles, hasta suprimirse finalmente el monopolio.

⁵⁰ Marta LORENTE SARIÑENA (*La voz del Estado...*, 2001, pp. 102-106) explica que en la Legislatura de 1846-1847, se publica una *Ley sobre propiedad literaria* en la que se declara que los textos de las normas jurídicas son propiedad del Estado y que *nadie podrá imprimirlos en colección sin autorización expresa del mismo Gobierno*. No se discute la titularidad de las normas, sino que —como señala la autora— el problema residía en *saber si «otros» pudieron, y cómo, sustituir o ayudar al ente estatal en la publicación de disposiciones, cuestión que puede remontarse a la primera época constitucional*. Al parecer, en unos casos los particulares burlaron la norma de modos diversos, mientras otras veces el Estado buscó su apoyo para la mejor difusión de las normas. La Colección Legislativa era poco práctica para localizar la norma aplicable —explica la autora (p. 113)— *ya que carecía de índices generales completos (...). A falta de este trabajo oficial (y oficial debía de ser porque el Estado es propietario de su obra), los usuarios debían acudir a índices hechos por privados que, careciendo de carácter público y de responsabilidad legal, habían ocupado un terreno ajeno por naturaleza*.

⁵¹ Así lo han expresado Marcos FERNANDO PABLO y Ricardo RIVERO ORTEGA (*La publicidad...*, 2001, pp. 46-50): *Las normas y demás contenidos que se publican en el Boletín Oficial son de dominio público*.

reglamentarias y sus correspondientes proyectos sean expresamente excluidos como objeto de la propiedad intelectual es una prueba de ello⁵².

Brevemente, me referiré a continuación al equilibrio que debe mediar entre la competencia estatal de difundir el conocimiento de las normas jurídicas y favorecer el acceso de todos los ciudadanos a la norma aplicable, y la promoción de la iniciativa privada en el ámbito de los servicios de información jurídica *on line*.

3.1 Dos Recomendaciones del Consejo de Europa

La complejidad normativa que genera el actual sistema socio-político es evidente. Una manifestación de las dificultades que encuentra el ciudadano contemporáneo para conocer cuáles son las normas aplicables, la encontramos en el emergente mercado de bases de datos jurídicas, señal clara de la demanda social de este tipo de servicios. Los representantes de los Estados miembros del Consejo de Europa, conscientes de ello, emitieron en 1983 una Recomendación, a fin de fomentar la protección de los usuarios de este tipo de servicios de informática jurídica:

«Considerando que la complejidad creciente del Derecho y de otras informaciones jurídicas de fuentes nacionales, europeas e internacionales plantea cada vez más dificultades a los ciudadanos para orientarse en el sistema jurídico, para ejercer sus derechos y para cumplir sus deberes; (...) Considerando que en gran número de Estados miembros ya se han introducido medios automatizados para el registro y la búsqueda de documentos de información jurídica; (...) Considerando que las relaciones entre un servicio de informática jurídica y los usuarios del mismo deberían organizarse teniendo en cuenta la protección de los usuarios,

Recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros (...) que utilicen los medios apropiados para aplicar los “Principios generales relativos a la protección de los usuarios de los servicios de informática jurídica” (...)»⁵³.

En su Anexo (Parte I), la Recomendación citada define el servicio de informática jurídica como aquel *servicio (institución o conjunto de instituciones diferentes, sea cual fuere su forma de organi-*

⁵² Artículo 13 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), que expresamente se hace extensivo a *las traducciones oficiales de todos los textos anteriores*.

⁵³ Recomendación núm. R (83) 3, del Comité de Ministros, a los Estados miembros relativa a la protección de los usuarios de los servicios de informática jurídica. (Adoptada por el Comité de Ministros el 22 de febrero de 1983, durante la 356.ª reunión de los Delegados de los Ministros).

zación) que a través de medios automatizados proporciona información sobre documentos jurídicos de una o varias de las siguientes categorías: y cita la legislación, la jurisprudencia, y la doctrina. El servicio puede percibir honorarios y será considerado usuario del mismo aquella persona o institución que, actuando por cuenta propia o por cuenta de terceros, solicita directamente información de dichos servicios. La Recomendación indica que los Estados, a su vez, deberían facilitar el acceso de los servicios de informática jurídica a los textos jurídicos básicos (legislación, jurisprudencia, textos administrativos).

Conforme a la Recomendación de 1983, las entidades que prestasen el servicio de informática jurídica deberían ver facilitado por parte del Estado el acceso a los textos jurídicos básicos, mientras que los usuarios tendrían que hacer uso de un servicio privado que normalmente les supondría un coste. Este coste queda justificado especialmente cuando el servicio de información jurídica lleva consigo sistemas de búsqueda avanzada cuya elaboración y buen funcionamiento comporta una considerable inversión de medios. Sin embargo, este planteamiento ha quedado en parte desfasado con la difusión en masa de las nuevas tecnologías. En la sociedad de la información, el Estado debe asumir los servicios de informática jurídica y proporcionarlos gratuitamente a cualquier destinatario de las normas.

Desde la consciencia de las posibilidades y consiguientes exigencias que la sociedad de la información trae consigo, el Consejo de Europa ha emitido una nueva Recomendación en 2001, que se refiere directamente a los servicios dados por las instituciones jurídicas a los ciudadanos, a través de las nuevas tecnologías⁵⁴. Con un planteamiento radicalmente diferente al de la anterior Recomendación, ya no se trata de un contexto mercantil en el que sea preciso proteger al usuario, sino de un contexto sociopolítico en el que es preciso proteger al ciudadano, desde las instituciones públicas y haciendo uso de los avances tecnológicos: se recomienda a los Estados la difusión electrónica de las leyes y la creación de servicios gratuitos que faciliten a los ciudadanos el acceso a la legislación vigente, sin perjuicio de que existan también servicios complementarios desarrollados por el sector privado⁵⁵.

⁵⁴ Recomendación, REC (2001) 3, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los servicios de Tribunales y otras instituciones jurídicas dados a los ciudadanos por las nuevas tecnologías. (Adoptada por el Comité de Ministros el 28 de febrero de 2001, durante la 743.ª reunión de los Delegados de los Ministros).

⁵⁵ «Considérant que l'accès des citoyens d'Europe aux lois, aux dispositions réglementaires et à la jurisprudence de leur propre Etat et des autres Etats européens ainsi

3.2 Un servicio público en una economía de mercado

La distribución al público del BOE en soporte papel se realiza *mediante suscripción o por venta directa de ejemplares sueltos*⁵⁶. Los costes de la distribución en soporte papel justifican la onerosidad, pero no el acceso a su contenido, que ha de ser gratuito (por ejemplo, es gratuito en la sala de consulta del BOE)⁵⁷. Por esta

qu'à des informations à caractère administratif ou judiciaire devrait être facilité par l'emploi des technologies d'information modernes, dans l'intérêt de la participation démocratique; Considérant que la participation des citoyens à la vie de leur Etat, aux niveaux national, régional et local, peut être améliorée par la communication avec les services administratifs, notamment avec les services d'administration de la justice, grâce à l'emploi de nouvelles technologies d'information telles qu'Internet, donnant ainsi à chacun la même possibilité de faire valoir ses intérêts; Considérant que la fourniture des services des tribunaux par de nouvelles technologies d'information facilitera l'accessibilité à la loi telle qu'exigée par la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales; (...); Recommande aux Etats membres: (...)

1. Rendre les informations juridiques disponibles sous forme électronique

L'Etat devrait fournir le texte de la loi à la fois telle qu'elle a été promulguée et telle qu'elle a été consolidée sous forme électronique facilement accessible par le public; dans l'idéal, il devrait aussi être possible de rechercher l'état de la législation à une certaine date dans le passé. Le simple accès aux textes dans la base de données législatives devrait être gratuit pour le particulier.

Las autoridades competentes de l'Etat devraient mettre à la disposition du secteur privé les textes législatifs sous forme électronique, afin de facilitar la creación des services de valeur ajoutée. Le secteur privé devrait être encouragé, lorsqu'il utilise les textes législatifs ainsi obtenus, à indiquer la source et garantir que le texte republicado n'a subi aucun changement. (...)

Les Etats sont invités à appliquer ces principes à tous les organes normatifs – aux niveaux national, régional, local, etc.»

⁵⁶ Artículo 22.1 del Real Decreto 1511/1986, de 6 de junio, de ordenación del diario oficial del Estado, y también artículo 22.1 del Real Decreto 1229/2001, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo autónomo BOE. La suscripción *será de pago* (art. 22.2 del segundo Real Decreto citado). También se declaran de pago las suscripciones al BOE *en cualquier tipo de soporte*, suscripciones al DOUE, así como las suscripciones a *las bases de datos documentales gestionadas por el Organismo en Internet, CD-ROM o cualquier otro procedimiento* (art. 23 del Real Decreto 1229/2001, antes citado, que añade que el pago *se exigirá previamente al inicio de la prestación del servicio*). Como antes indiqué, no obstante, el acceso a la base de datos legislativa del BOE (Iberlex) es gratuito, se accede sin previo pago. La onerosidad se refiere, pues, no al servicio de consulta *on line*, sino al servicio de envío del BOE a una dirección concreta.

⁵⁷ En este sentido se han pronunciado Marcos FERNANDO PABLO y Ricardo RIVERO ORTEGA (*La publicidad...*, 2001, pp. 46-50): Lo que sería del todo inaceptable, afirman, es *que se vendan los contenidos, compuestos por informaciones que tienen una naturaleza indiscutiblemente pública. (...) el Estado no puede explotarlos comercialmente porque estamos ante un servicio público que realiza un principio constitucional y una exigencia básica del sistema jurídico*. Los autores alegan que el Convenio de Berna de 1886 (revisión de París de 1971) reserva a los Estados la legislación relativa a la propiedad de los textos oficiales, y también recuerdan que en España, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (art. 13) niega que las disposiciones legales o reglamentarias sean objeto de propiedad intelectual, como tampoco lo son las resoluciones judiciales. *Esta declaración –explican– es clave para comprender el régimen jurídico de la información normativa y jurisprudencial, que siendo un recurso de gran valor, debe ser plenamente accesible a todos los ciudadanos: no se puede cobrar por ella.*

razón, el acceso a la información del BOE en soporte electrónico debe ser gratuita⁵⁸. Cuando hablamos de información legislativa en la red, estamos haciendo referencia –de un lado– a un servicio que debe ser público y gratuito. El Estado debe garantizar que el ciudadano pueda conocer con certeza las normas aplicables (seguridad jurídica), y los esfuerzos realizados en este sentido nunca resultarán costosos, pues es mayor el *coste económico y social* de un «ordenamiento desordenado»⁵⁹. A la vez, se trata de evitar que la proliferación legislativa llegue a crear una desigualdad entre quienes pueden pagar servicios jurídicos especiales y aquellos ciudadanos y ciudadanas que no se lo puedan permitir, sin que esto afecte a las competencias propias de juristas y abogados⁶⁰.

Las empresas privadas pueden desempeñar en este ámbito importantes funciones, ofreciendo a los usuarios un *plus* de información: por ejemplo, estableciendo conexiones entre los textos de las normas jurídicas y la doctrina que los interpreta o la jurisprudencia que los aplicó, o bien desarrollando los mejores sistemas de búsqueda avanzada de la norma aplicable⁶¹. El reconocimiento

⁵⁸ En la *web* oficial del BOE (en www.boe.es/g/es/ayuda/avisojur.php; fecha de consulta, 21 de diciembre de 2004) se encuentra un «aviso de copyright», conforme al cual se indica que el «Boletín Oficial del Estado» ofrece sus servicios de consulta on-line de forma gratuita, y se prohíbe cualquier distribución de sus contenidos con *contraprestación económica*, salvo que se obtenga *autorización previa y por escrito* del BOE.

⁵⁹ Véase Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «Introducción» a la obra *La proliferación...*, 2004, p. 20. En relación con los cuidados que merecen el Ordenamiento jurídico y el proceso formativo de las normas, el autor llama la atención sobre *la necesidad de que los poderes públicos asuman esta tarea como tarea urgente y de interés nacional*.

⁶⁰ Así lo han puesto de relieve varios autores: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ («Art. 6, apartado I», en *Comentarios...*, 1992, pp. 671-673) explica que la proliferación legislativa desfavorece a quienes carecen de recursos porque impone con frecuencia la necesidad de acudir al asesoramiento de juristas para conocer la norma aplicable, e indica que el sentido de justicia aconseja *aumentar esos medios de publicidad que hoy se emplean*. En este sentido, José Luis PALMA FERNÁNDEZ (*La seguridad jurídica...*, 1997, p. 82) ha denunciado la vulneración indirecta del principio de igualdad ante la ley (arts. 9 y 14 CE), *según se tenga o no posibilidad de acceder a un servicio de asistencia jurídica concreto y completo (por supuesto pagándolo (...)) o, por el contrario, no se pueda acceder a tales prestaciones (sobre todo por razones económicas o puede que por simple desconocimiento de la necesidad de tal asesoramiento para emprender una tarea jurídicamente relevante)*. Se trata de que los ciudadanos tengan claro cuál es la norma aplicable, sin que el aluvión normativo fomente la necesidad de acudir necesariamente a intermediarios para conocer el Derecho, los denominados por algunos –según indica Antonio PAU PEDRÓN («La segunda codificación», 1999, pp. 79-80)– «mercaderes del Derecho» (cita a Yves DEZALAY, *Marchands de droit*, París, 1992). En un Estado de Derecho está justificado que el ciudadano pueda exigir de los poderes públicos la transparencia y cognoscibilidad inmediata de las normas. Cuestión distinta es la función de los juristas y abogados en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas para la resolución de conflictos entre particulares.

⁶¹ En el ámbito mercantil, correspondería a las editoriales privadas la elaboración de sistemas adecuados de búsqueda que faciliten encontrar la información completa y adecuada del modo más eficaz (en este sentido, Marcos FERNANDO PABLO y Ricardo RIVERO ORTEGA, *La publicidad...*, 2001, pp. 46-50). El *valor añadido* que supone procesar y ordenar la infor-

de los derechos de autor, por la condición de originalidad de las palabras clave que componen los tesauros en los sistemas de búsqueda avanzada comienza a ser una realidad ⁶².

III. LA PUBLICIDAD NORMATIVA OFICIAL EN ESPAÑA: DESARROLLO DE UNA PROPUESTA

La ausencia de una ley de publicidad de las normas, y la dispersión de la normativa aplicable en esta materia, ha sido lamentada por nuestra doctrina ⁶³. A mi juicio, si llegara a realizarse un proyecto de ley en este sentido, pudiera contemplar los dos aspectos de la publicidad de los que venimos tratando: 1.º, la publicación oficial de las normas, y 2.º, la difusión del conocimiento de las normas mediante herramientas informáticas que faciliten el acceso a las mismas. Como tuvimos ocasión de indicar [*supra* II.1], estas dos funciones pueden confluir en un mismo servicio de información legislativa, realizado por un único organismo.

mación es susceptible de ser privatizado. A mi juicio, esta comercialización es compatible con la pretensión de que el Estado asuma la competencia de ordenar la legislación por materias, a fin de facilitar al ciudadano la detección de la norma aplicable mediante sistemas de búsqueda avanzada, creando una base de datos legislativa con carácter oficial.

⁶² Por ejemplo, en una reciente crónica del estado del derecho de autor en Canadá, se comenta que la decisión unánime del Tribunal Supremo de Canadá en el pleito *CCH versus Barreau du Haut Canada (Law Society of Upper Canada)* ha marcado un hito en la evolución del derecho de autor en este país. La decisión del Tribunal se pronuncia claramente sobre la condición de originalidad de los trabajos realizados en la empresa privada, referentes a la publicación de textos legales, jurisprudenciales y doctrinales: En concreto, se reconoce la originalidad de las palabras clave que facilitan la búsqueda de las sentencias, así como de los resúmenes de las mismas (véase Daniel GERVAIS; «Le droit d'auteur au Canada: Le point après *CCH*», *RIDA*, núm. 203, janvier 2005, pp. 3-61).

⁶³ Al respecto, encontramos aportaciones interesantes en el estudio de Fernando SAINZ MORENO (*La publicidad...*, 1993). El autor explica, por ejemplo, que durante la elaboración de la Constitución, Lorenzo Martín Retortillo presentó en el Senado una enmienda que finalmente prosperó, en la que se propugnaba que en la Constitución se aludiera genéricamente al diario oficial o al «Boletín Oficial del Estado» (en minúsculas), evitando así *constitucionalizar un diario oficial*, y permitiendo de este modo que —aunque en aquel momento fuera, como aún hoy, el BOE el diario oficial— pudiera ser otro en el futuro. El autor observa la ausencia de *una norma estatal que regule la publicación de toda clase de normas*, y denuncia que en una materia tan importante como es la relativa a la eficacia y aplicación de las normas jurídicas tengamos un régimen jurídico disperso en normas de diverso rango. En su opinión, el régimen jurídico de la publicidad de las normas pudiera ser materia de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8.ª CE), no obstante la competencia de las Comunidades Autónomas para la organización interna de sus respectivos boletines oficiales (pp. 125, 126, 145 y 146). En otro momento, el autor hace alusión a los sistemas informáticos y telemáticos, que se imponen como fuentes de información de las materias que hoy son objeto de publicación en los boletines oficiales (p. 129), con las ventajas inherentes a su rápida difusión (p. 133). La denuncia de lagunas legales, así como de la dispersión normativa que existe en torno a la publicación de las normas, puede encontrarse también en la obra de Paloma BIGLINO CAMPOS, *La publicación de la ley*, Madrid, 1993, pp. 31-40.

1. LA PROPUESTA DE UNA INDEXACIÓN OFICIAL

Recientemente, propuse una indexación oficial de las normas jurídicas aplicables en España, como remedio para hacer frente a la proliferación legislativa, utilizando las nuevas tecnologías. No se trata de repetir, sino de desarrollar aquí algunos aspectos de aquella sugerencia⁶⁴. Las líneas que quedaron entonces apuntadas fueron –básicamente– las siguientes:

1.º *Un mecanismo apto para evitar que la proliferación normativa atente contra la seguridad jurídica es (...) una indexación oficial. La indexación supondría una constante integración de las normas jurídicas aplicables en un solo recipiente normativo ordenado, entendido como una base de datos «on line». Su carácter oficial convertiría al Index en un instrumento estatal al servicio del ciudadano y del operador jurídico, que reduciría considerablemente el grado de inseguridad jurídica que puede generar el actual sistema, realizando la garantía prevista en el artículo 9 CE. El mecanismo del Index facilita que el usuario pueda obtener rápida respuesta a una consulta sobre cuál es la norma aplicable a cualquiera de las situaciones contempladas en ella.*

2.º *La palabra Index aparece como un término en desuso que, paradójicamente, ha ampliado la familia terminológica con motivo del moderno desarrollo de la informática⁶⁵. Hace alusión a colecciones ordenadas cronológicamente o por materias. Desde el punto de vista histórico observamos que Index y Codex –en su origen con idéntico significado–, derivan con el transcurso de los siglos en dos mecanismos paralelos de hacer frente a la proliferación legislativa. Como es sabido, las antiguas Codificaciones fueron precisamente índices o recopilaciones de leyes⁶⁶. Con el tiempo, el concepto de Codificación evoluciona, y se define –en los siglos XIX y XX– por su finalidad de sintetizar sistemáticamente el Ordenamiento⁶⁷. Como la Codificación, también la indexación arrancarían de la antigua*

⁶⁴ Carmen JEREZ DELGADO, «Indexación...», 2004, pp. 575-586. Los textos que aparecen en cursiva en este apartado son citas de este trabajo. El proyecto fue también expuesto en la Conferencia General «Digitalización y Administración de Justicia» (LÉFIS), celebrada en la Facultad de Derecho de Zaragoza (del 30 de agosto al 1 de septiembre de 2004).

⁶⁵ Hasta hace unos años, el Diccionario de la Real Academia Española sólo recogía el vocablo *Index* como término en desuso (véase la edición de 1984), mientras que actualmente ha crecido la familia de palabras, con vocablos derivados tales como *indexar* o *indexación*, en relación a los cuales se especifica su vinculación a la informática (véase la edición de 1992, o la última, de 2001). El significado que se asocia a la palabra *Index* es el de un «índice», concepto que a su vez hace referencia a un instrumento que facilita la búsqueda. Lógico es que al contar actualmente con sistemas de búsqueda avanzada gracias a la informática, aumente la familia con los vocablos *indexar* (indizar o hacer índices, registrar ordenadamente datos e informaciones para elaborar su índice), e *indexación* (indización, alude al resultado o efecto de indizar o indexar).

⁶⁶ Pensemos, por ejemplo, en el Código Teodosiano (s. V), o en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (s. VI).

⁶⁷ En relación con el origen y trayectoria de la Codificación, su actual sentido y técnica, véanse las obras de Luis María CAZORLA PRIETO, *Codificación...*, 1999; y «La

idea de Index/Codex, y viene a ser un concepto esencialmente informático, que reaparece en los siglos XX-XXI para designar compendios de normas ordenadas con sistemas de búsqueda avanzada. El Index que aquí se propone supondría un orden por materias de las normas jurídicas aplicables a los españoles, incluidas la europea y la autonómica. Indexación y Codificación vendrían a ser dos técnicas paralelas, fruto de un mismo impulso integrador; indispensables para responder al desafío normativo –proliferación normativa– propio de nuestro tiempo.

3.º Como es sabido, actualmente existen proyectos⁶⁸ que se aproximan a la idea del Index. Sin embargo, el carácter extraoficial de estos intentos de indexación y la reducción de su ámbito conforme a los objetivos de las respectivas fuentes (reducción al ámbito autonómico, en unos casos, o reducción al ámbito funcional o competencial, en otros), distancian estos modelos y el Index que aquí se propone.

4.º El significado que quería dar al calificar como «oficial» al Index lo explicaba en una nota a pie de página: *Oficial, no oficioso. Ahora bien, el carácter oficial no implica en todo caso que sea jurídicamente vinculante, hay otras alternativas. No olvidemos que el Index es sólo un instrumento, un servicio al ciudadano y al operador jurídico; no olvidemos que indexar no es legislar, sino ordenar las normas para facilitar su búsqueda; y que, por consiguiente, la indexación oficial –básicamente– sería algo tan sencillo como dar publicidad oficial a una base de datos. A partir de aquí, es cuestión de política legislativa optar por que el Index sirva sencillamente al funcionario y al ciudadano para probar su buena fe (como sucede, por ejemplo, con la información recibida por un ciudadano en la ventanilla de un organismo público), o bien asociar al Index una posible responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de error, o bien, como en el sistema estadounidense (...), dotar al Index de eficacia probatoria ante los Tribunales.*

2. UNA COMISIÓN GENERAL DE LEGISLACIÓN COMO POSIBLE UBI PARA LA INDEXACIÓN OFICIAL

Algunos juristas españoles de reconocido prestigio han propuesto la transformación de la Comisión General de Codificación

Codificación...», 1999, pp. 31-71. La herencia de la codificación se recibe, en el plano formal de la técnica jurídica, como una concepción de la norma jurídica con rasgos definidos por su carácter general y abstracto, claro y preciso, sencillo, de estructura formal que tiende a ser constante, cognoscible y comprensible, racional, formalmente lógico, y *con vocación de exhaustividad* (p. 36, del segundo trabajo citado del autor).

⁶⁸ Existen diversas iniciativas de este tipo, en el ámbito privado y en el público, a nivel estatal (algunos ministerios, entre los que destaca –por ejemplo– el Ministerio de Administraciones Públicas) y autonómico, proyectos de colaboración –otras veces– entre los gobiernos de las Comunidades Autónomas y las Universidades (es el caso de Asturias y Cataluña). Todos estos modelos se distancian del Index que propongo en la medida en que no tienen carácter oficial, sino oficioso. Sin embargo, existen modelos como el alemán o el estadounidense, y algunas iniciativas europeas, que se aproximan al Index propuesto y a las que me referiré más adelante.

en una Comisión General de Legislación, que tendría un mayor campo de actuación⁶⁹. No es nueva, por ejemplo, la idea de constituir un órgano central en la Administración General del Estado, a partir de la Comisión General de Codificación, que abarque todas las competencias de la actividad legislativa del Estado, inicie un proceso de unificación y remodificación, especialmente en el ámbito del Derecho privado, y controle la técnica legislativa con carácter general⁷⁰. A mi juicio, esta proyectada Comisión General de Legislación pudiera ser no sólo el *ubi* de la actual Comisión General de Codificación, sino también el *ubi* del órgano que asuma la indexación legislativa oficial (por ejemplo, una Comisión General de Indexación). Es decir, que la Comisión General de Legislación pudiera estar integrada por dos organismos paralelos que, obedeciendo a una misma finalidad integradora, dieran unidad y claridad al sistema: la *Comisión General de Codificación* y una *Comisión General de Indexación legislativa*.

Como indicaba antes, los conceptos *Index* y *Codex* originariamente son sinónimos y posteriormente evolucionan como dos mecanismos paralelos, la Codificación y la Indexación. Pero una y otra técnica legislativa siguen obedeciendo a un mismo impulso integrador, a una idéntica finalidad de hacer frente a la proliferación de normas propia de nuestro tiempo. En cuanto técnicas legislativas, la codificación y la indexación son complementarias. Qué duda cabe de que la labor legislativa en general, incluida la moderna tarea codificadora —que tan importante papel está llamada a cumplir—, se verán facilitadas y reforzadas por la técnica de la indexación, que no sólo pone a su disposición una visión unitaria y

⁶⁹ Véase el trabajo de Jesús J. SEBASTIÁN LORENTE; «La Comisión...», 1997. En las páginas 1197 y 1198, desarrolla un interesante epígrafe titulado *Hacia una Comisión General de Legislación y Técnica Legislativa*. El autor explica que *diversos sectores doctrinales han coincidido en la necesidad de convertir la Comisión en un flamante Consejo General de Legislación*. Denuncia la *escasa tradición* que tiene en España la disciplina de la técnica legislativa, mientras que *la mayor parte de los Gobiernos de países de la Unión Europea han constituido organismos de alto nivel para ayudar en las funciones de planificación, dirección, coordinación y revisión del sistema normativo*. Tales organismos están dedicados a *fomentar la mejora de las futuras regulaciones y a reformar los procedimientos normativos con vistas a mejorar su eficiencia y efectividad*. En consecuencia, *todas las políticas normativas nacionales se están desarrollando en conjunción con la emergencia de estas organizaciones dedicadas a la gestión de procesos normativos*. A juicio del autor, la necesaria función de asesoramiento técnico en la elaboración de las leyes pudiera desempeñarla en España la Comisión General de Codificación, convertida en Comisión General de Legislación, que considera como *la institución idónea para albergar una unidad (sección o subsección) competencialmente habilitada a tales efectos*.

⁷⁰ El texto citado recoge el resultado de una propuesta realizada por la *Comisión Especial para la reforma del ordenamiento jurídico económico, creada por Resolución de la Subsecretaría de Presidencia de fecha 6 de noviembre de 1995 (BOE de 9 de noviembre de 1995)*, en su *informe final*, según lo ha dado a conocer Jesús J. SEBASTIÁN LORENTE («La Comisión...», 1997, p. 1197).

sistematizada racionalmente del Ordenamiento jurídico, sino que a la vez facilita la interconexión entre los distintos textos normativos, así como la detección de lagunas, antinomias y duplicidades. Este esfuerzo sistematizador del Ordenamiento es propio de nuestro tiempo⁷¹: No sólo se constatan resultados positivos en este sentido en otros países de nuestro entorno⁷², sino que, además, en la Unión Europea se está trabajando ya con este tipo de técnicas legislativas complementarias⁷³.

2.1 La «segunda codificación» como técnica legislativa

La Comisión General de Codificación, que tan importante función ha cumplido en otro tiempo⁷⁴, requiere en el presente un régimen jurídico de competencias y conexiones más amplio

⁷¹ En este sentido, véase la ponencia de Mario G. LOSANO: «Las técnicas...», 2004, p. 178.

⁷² Por ejemplo, en Alemania, el sistema de información jurídica informática *Juris*, al que se hará referencia más adelante, *facilita la reforma del derecho vigente, toda vez que permite determinar con rapidez qué normas, además de aquella que se quiere reformar, habrían de ser modificadas, haciendo innecesario el uso de cláusulas generales* (Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO: «Técnica...», 2004, pp. 446 y 447). Son muchos los países en los que se está realizando la que Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ («Introducción» a la obra *La proliferación...*, 2004, p. 19) denomina *oportuna reacción en busca de una reordenación o sistematización del material normativo capaz de superar los problemas que hoy plantea el conocimiento y la aplicación del Derecho*.

⁷³ Hans Gerald CROSSLAND, miembro del Servicio Jurídico de la Comisión Europea y Jefe de Unidad de su Grupo de Codificación, en su ponencia titulada «La Codificación del Derecho Comunitario», publicada en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Madrid, 2004, pp. 485-498), explica las técnicas legislativas que se están utilizando en el espacio jurídico europeo a fin de simplificar las normas existentes, como *única manera de ponerle freno a la proliferación y complejidad legislativa*. El *programa de simplificación de las normas existentes* abarca las siguientes técnicas: [1.^a] La consolidación *es un proceso mecánico, que lleva a cabo la Oficina de Publicaciones, y que reúne todas las disposiciones del acto básico y de sus sucesivas modificaciones*; la legislación consolidada comunitaria es accesible a través de Internet, y aunque tiene valor meramente informativo, no sólo *resulta útil para aquellos que quieran tener una visión general de la legislación en su conjunto*, sino que es además –según explica Crossland– *el documento inicial recibido por el Grupo de Codificación cuando se inicia el proceso de codificación* (pp. 492-495). [2.^a] La codificación consiste en *la integración en acto jurídico único de todas las disposiciones del acto básico y de sus modificaciones posteriores, suprimiendo disposiciones obsoletas y redundantes e introduciendo únicamente las modificaciones necesarias al proceso*, sin introducir alteraciones en la sustancia del acto (pp. 490-496). [3.^a] La refundición es el procedimiento que permite *realizar cambios sustantivos durante la codificación* (pp. 496-498).

⁷⁴ Creado en 1843 (Real Decreto de 19 de agosto) con el fin de elaborar Códigos que con precisión y claridad comprendieran ámbitos completos del Ordenamiento, este *importante órgano prelegislativo* tiene quizás como su *mérito histórico más estimable*, a juicio de Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ («La Comisión...», 1999, pp. 15-29, p. 18) el de *la conservación o perfeccionamiento de los propios Códigos o leyes básicas*.

que el vigente⁷⁵ –reforma que es demandada reiteradamente desde foros autorizados⁷⁶–, que haga posible el desarrollo de la

⁷⁵ Los actuales Estatutos de la Comisión General de Codificación han sido aprobados por el Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, *BOE* de 27 de febrero de 1997, núm. 50. Emilio JIMÉNEZ APARICIO («El procedimiento...», 2004, pp. 334-336) explica de qué modo, este *órgano sectorial perteneciente al* Ministerio de Justicia, puede influir tangencialmente en el procedimiento de elaboración de las leyes (redacción de borradores, corrección de estilo), sin pertenecer a la *Administración activa*. Sobre el origen de la Comisión, las funciones que ha asumido históricamente (primero, como *órgano colegislador del Parlamento*; actualmente, como *órgano colegiado asesor de la Administración*) y su funcionamiento y régimen actual, así como las directrices que han guiado la elaboración del régimen vigente, puede verse el trabajo de Jesús J. SEBASTIÁN LORENTE, «La Comisión...», 1997, pp. 1177-1199.

⁷⁶ Juristas de reconocido prestigio coinciden en afirmar que los Estatutos actuales de la Comisión General de Codificación (aprobados por el Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, *BOE* de 27 de febrero de 1997, núm. 50) no resultan satisfactorios para que la Comisión pueda desempeñar su cometido. La reforma del régimen jurídico de la Comisión General de Codificación (de 1997) debe *ser superada*, a juicio de Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (*La calidad...*, 1998, p. 249), y constituir realmente a la Comisión en un *órgano prelegislativo que aúne esfuerzos y se configure como un centro técnico al servicio del asesoramiento y elaboración de todas nuestras leyes básicas*. La aspiración a una evolución de la actual Comisión General de Codificación, antes aludida, es compartida por Antonio PAU PEDRÓN («La segunda codificación», 1999, pp. 86-88): «*Toda codificación –la primera, y también esta segunda– tiene vocación de universalidad. Pero abarcar todo el Derecho exige hoy cambiar las competencias de las Comisiones de Codificación y cambiar su adscripción administrativa*». Y apunta: «*La tarea ha sido abordada por el legislador francés. El Decreto de 12 de septiembre de 1989, que crea la Comisión Superior de Codificación, le encomienda, genéricamente, “la simplificación y la clarificación del Derecho”, y la adscribe a la Jefatura del Gobierno: el presidente de la Comisión es el Primer Ministro*». A juicio del autor, la adscripción orgánica, que conforme a los Estatutos corresponde al Ministerio de Justicia, resulta insuficiente. Antonio Pau insiste en la necesaria *coordinación de las diversas instituciones del Estado que han de intervenir en la codificación*. También Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (*Justicia...*, 2000, pp. 71 y 72) critica el enfoque que se ha dado a la codificación en nuestro país, a través del Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, regulador de la Comisión General de Codificación, que apresa a esta institución en el molde de la primera codificación, y que, a partir de una visión dinamizadora del Ordenamiento, desiste de la estabilidad normativa, esto es, desiste del presupuesto que justifica una tarea codificadora contemporánea. Con razones sobradas, el autor insiste en que *una cosa son, evidentemente, los Códigos tradicionales, otra la necesidad insoslayable de abordar una nueva codificación, que parta de la nueva situación normativa, pero que no ceda a ésta, resignadamente, la destrucción de los valores básicos de la imprescindible certeza, base de la seguridad jurídica*. Luis M.^a CAZORLA PRIETO («La Codificación...», 1999, pp. 67-69) opina que el régimen jurídico de la actual Comisión General de Codificación resulta insuficiente para abarcar los necesarios esfuerzos que han de realizarse con vistas a la *codificación contemporánea*, y propugna que la participación de la Comisión sea *preceptiva* y no voluntaria en lo referente a sus competencias. En el mismo sentido, Jesús J. SEBASTIÁN LORENTE, («La Comisión...», 1997, p. 1197) estima que *la reforma propiciada por los actuales Estatutos de la Comisión (...) resulta tímida en cuanto a su configuración como institución auténticamente prelegislativa, y que hubiera sido deseable que la Comisión General de Codificación conociese con carácter preceptivo aunque no vinculante, cualquier anteproyecto de ley o proyecto de disposición general que incidiese sobre los sectores jurídicos civil, mercantil, penal y procesal*. En relación con la función de la Comisión General de Codificación en el procedimiento de elaboración de las leyes, Emilio JIMÉNEZ APARICIO («El procedimiento...», 2004, pp. 335 y 336) opina que *su posición iniciadora de textos normativos podría darle una mayor influencia en el procedimiento legislativo, pero su enclave sectorial en el MJ no permite unos mejores augurios al respecto (...)*.

denominada «segunda codificación» o «recodificación»⁷⁷. Si, como han afirmado los responsables del actual Gobierno y ha propuesto también el Presidente del partido mayoritario en la oposición, va a potenciarse la Comisión General de Codificación, asistimos quizás a un momento importante en el impulso integrador, no ya por lo que respecta a la preparación de los nuevos textos normativos, sino especialmente por lo que se refiere a su tarea recodificadora o de refundición o integración de las nuevas normas en los Códigos vigentes, actualizándolos. La técnica de la indexación, puede ser un instrumento útil en esta tarea⁷⁸.

⁷⁷ Una reivindicación de la codificación propia de nuestro tiempo, denominada «segunda codificación», la encontramos en el trabajo de Antonio PAU PEDRÓN («La segunda codificación», 1999, pp. 73-88), desde la conciencia de que la actual proliferación legislativa atenta contra la seguridad jurídica y que un remedio para paliar este efecto consiste en desarrollar las técnicas legislativas que tienden a la integración normativa. Desarrollar, por cuanto la segunda codificación asume, pero no se detiene en la técnica legislativa de la primera. Como la primera codificación, la segunda aspira también a la sencillez y racionalidad del conjunto del Ordenamiento, a la claridad y depuración del lenguaje. Pero la segunda codificación progresa hacia la adaptación de los textos normativos a la legislación y lenguaje actual (Sobre estas cuestiones, puede verse también el trabajo del mismo autor, «La remodelación...», 2004, pp. 457-471). Luis M.^a CAZORLA PRIETO («La Codificación...», 1999, pp. 31-71) ha defendido la necesidad de una tarea codificadora actual, no sólo como una tarea posible, sino como un deber del Estado democrático y social de Derecho de *promover la implantación de las técnicas codificadoras como uno de los medios para lograr los fines que le son propios* (pp. 52 y 59). Esta nueva codificación tendría distinta función y finalidad que la que caracterizó la primera etapa codificadora. La nueva codificación debe asumir la conservación de los Códigos vigentes y su actualización (o incluso sustitución por nuevos Códigos), manteniendo su unidad e integrando nuevas normas, según la técnica de claridad, precisión, abstracción, generalidad y sistemática heredada de la codificación clásica (pp. 43-48, en relación con la p. 36), y debe evolucionar hacia lo que se ha venido a denominar «codificación concentrada», abarcando la preparación de anteproyectos legislativos, la refundición periódica de textos normativos, el seguimiento de los trabajos de la Unión Europea relativos a las materias codificadas, así como el seguimiento de las leyes emanadas de las Comunidades Autónomas (pp. 67 y 68). Desde distinta óptica, Pedro DE PABLO CONTRERAS («Unidad constitucional...», 2004, pp. 499-540) ha defendido la conveniencia e incluso la necesidad de *una nueva codificación* como medio para alcanzar *la unificación del derecho privado (...)* que nuestra Constitución demanda (p. 499), afirmación que sostiene introduciéndose en la complejidad del artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española de 1978.

⁷⁸ Según explica Antonio PAU PEDRÓN («La segunda codificación», 1999, pp. 84 y 85), *la práctica francesa de estos años de nueva codificación ha ido decantando algunos criterios* (en relación con la determinación de lo codificable, o del *perímetro* de los Códigos), tales como que *las materias deben agruparse atendiendo a sus conexiones internas, no a su adscripción administrativa; las cuestiones deben regularse en el contexto en que el lector o usuario espera localizarlas; o que el volumen de las normas codificadas debe facilitar el manejo del texto jurídico*. A mi juicio, es difícil negar la utilidad que, a estos efectos, tiene la creación de un index oficial ordenado por materias como el que se propone. Esta ordenación es previa a una labor codificadora de la envergadura que viene asociándose a la «segunda codificación», propia de nuestro tiempo, que —según afirma el autor— *se orienta, básicamente, al ciudadano, al destinatario de las normas*. Si esta segunda codificación tiene por objeto *actualizar la forma y sistematizar el conjunto*, y si este objetivo se alcanza desarrollando otras actividades de *mayor alcance*, tales como *advertir las contradicciones y las lagunas; suprimir preceptos claramente inconstitucionales o contrarios a normas supranacionales; decantar los principios generales que presiden cada materia; preparar la reforma futura del Derecho —muchas veces a través de propuestas concretas que resultan de la propia labor de sistematización*, entonces, qué duda cabe de que el Index se convierte en un instrumento o complemento necesario de esta tarea.

Entre los países de nuestro entorno, destaca Francia en su actual esfuerzo codificador. El Estado francés cuenta con una *Comisión superior de Codificación*⁷⁹ que, presidida por el Primer ministro e integrada por un equipo de miembros de los diversos sectores institucionales (un senador, un diputado, miembros del personal administrativo de las Asambleas, representantes del Consejo de Estado, del Tribunal de Casación, del Tribunal de Cuentas, directores de Ministerios, y representantes de la Secretaría general del Gobierno y del Ministerio de Justicia), realiza la programación, coordinación y control de la tarea codificadora, desarrollada por un número mayor de personas, tales como profesores, magistrados y funcionarios, entre otros, que trabajan en *misiones de codificación, constituidas en el seno de los ministerios y que utilizan ampliamente la herramienta informática*. La Comisión superior de Codificación está llamada a reagrupar los textos legales en diversos códigos, con tres objetivos principales: 1.º, *la reforma administrativa*; 2.º, *la racionalización de la presentación del derecho*, que consistiría en ordenar los textos vigentes, y 3.º, *la accesibilidad al Derecho*. En relación con este último aspecto, explica Guy Braibant⁸⁰:

«Es la posibilidad de volver a dar sentido a la vieja fórmula: “la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”, lo cual es hoy totalmente imposible cuando existen miles de leyes y decenas de miles de reglamentos, sin contar los textos europeos y los textos locales. Es un elemento de la democracia. Es la posibilidad para los ciudadanos, para las empresas, para los funcionarios también, de acceder fácilmente al derecho porque es más cómodo consultar un código que orientarse en doscientos textos. Se trata de un elemento de lo que se denomina ahora el Estado de Derecho. Dicho acceso se ve facilitado por la informática y, (...), por Internet.»

⁷⁹ La primera Comisión superior de Codificación se crea en Francia en 1948 y elabora múltiples códigos. En 1989 se impulsa, por Decreto de 12 de septiembre, la actual Comisión superior de Codificación.

⁸⁰ Los datos que se recogen en este párrafo sobre la actual codificación francesa han sido tomados, principalmente, del trabajo titulado «El modelo francés de la nueva codificación», de Guy BRAIBANT (vicepresidente de la Comisión superior de Codificación), en *Seguridad jurídica y Codificación*, Madrid, 1999, pp. 89-101. El texto entrecomillado se encuentra en la página 93; lo relativo a la composición de la Comisión y colaboradores, en pp. 98-100. El autor explica que el funcionamiento de la Comisión requiere de una voluntad constante y común a las diversas fuerzas políticas (pp. 92, 100 y 101).

2.2 La indexación como técnica legislativa

La introducción de las nuevas tecnologías supone la posibilidad de introducir nuevas técnicas legislativas⁸¹. Técnicas legislativas contemporáneas que son demandadas para hacer frente al fenómeno de la proliferación legislativa⁸².

a) *Futuro, pasado y presente de la técnica de la indexación normativa*

Indexar no es legislar. La indexación se caracterizaría por la ordenación racional de las leyes a fin de presentarlas de modo más accesible⁸³. Como ya se ha indicado, esta técnica legislativa favorece la unidad y coherencia del conjunto del Ordenamiento⁸⁴. La realización de las tareas propias de la indexación corresponde sin duda a un personal especialmente cualificado: A este fin, sería muy adecuado el desarrollo de la *Ciencia de la Legislación* propuesta

⁸¹ A juicio de Mario G. LOSANO («Las técnicas legislativas...», 2004, pp. 163-198, p. 164), pueden distinguirse *tres momentos de auge de las técnicas legislativas*: el periodo de la *superación del derecho romano a favor de la codificación*; el periodo de desarrollo económico posterior a la Segunda Guerra mundial; y un tercer periodo, que se inicia a finales del XX y *será paso obligado para el legislador del siglo XXI*, con el *advenimiento de la informática*.

⁸² En este sentido, Francisco J. LAPORTA, («Teoría y realidad...», 2004, p. 85), al buscar respuestas para las cuestiones que actualmente plantea la realidad de la legislación, ha llamado la atención acerca de la falta de estudios en nuestro país *sobre la aplicación de la informática a la legislación, entendida ésta tanto como proceso cuanto como producto*. Por su parte, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (*Justicia...*, 2000, pp. 71-74) ha puesto de relieve la necesidad de estudiar detenidamente las *nuevas técnicas codificadoras que están poniendo en marcha otros países afligidos por los mismos males que a nosotros nos está causando una legislación desbocada*. En concreto, se refiere a las distintas iniciativas adoptadas en este ámbito por los Estados Unidos, Francia y la Unión Europea (que detalla en pp. 59-68).

⁸³ En el trabajo antes citado («Indexación...», 2004), apunto los diversos grados de complejidad que admite el procedimiento de la indexación. En concreto, hago referencia a los siguientes aspectos (pp. 580-582): 1.º, *Tipo de normas jurídicas incorporadas al Index*; 2.º, *Número de vocablos contemplados y conexiones entre sinónimos (locales y extranjerismos)*; 3.º, *Volumen de interconexiones* (de figuras generales a sus posibles modalidades); 4.º, *Periodos de actualización (posible conexión entre textos vigentes y derogados)*; 5.º, *Reglas de conflictos de normas* (por ejemplo, en materia de arrendamientos, el Index puede proporcionar el criterio que discrimina entre la aplicación de una u otra de las leyes vigentes).

⁸⁴ La indexación facilita la conexión entre las normas mediante enlaces y, por lo mismo, facilita el conocimiento del Derecho, su unidad e integración armónica. A juicio de José Luis PALMA FERNÁNDEZ (*La seguridad jurídica...*, 1997, pp. 78-80), existe una relación entre estos dos factores, unidad del Ordenamiento y seguridad jurídica. Por ejemplo, *sólo el conocimiento certero de los núcleos del Derecho Privado conduce a la comprensión última del fundamento y principios del Derecho Público*. Por el contrario, *la acentuada tendencia a producir normas sin fin conlleva al alejamiento entre las ramas del Derecho, de forma que éstas se hacen cada vez más esquivas y difíciles de asimilar, puesto que sus fundamentos legales y doctrinales se hallan en continuo fluir*.

por don Aurelio Menéndez⁸⁵, dentro de la cual pudiera insertarse una especialización en informática jurídica. En Italia encontramos un modelo que puede servir de referencia en relación con esta última disciplina⁸⁶. En cuanto técnica del tratamiento sistematizado de las leyes, de la introducción de nexos entre ellas, e incluso de la detección de antinomias y de lagunas legales, mediante el uso de la informática, podemos hablar de una técnica legislativa necesitada del adecuado tratamiento, no sólo en el orden organizativo interno –formación del personal y desarrollo del sistema– sino también en el orden político⁸⁷.

La indexación normativa no es un fenómeno por descubrir en nuestro país. Por poner un ejemplo, antes de que llegaran los avances de la informática, la idea, en su aspecto de compilación ordenada de leyes debidamente sistematizada, cuenta entre sus defensores

⁸⁵ Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (*La calidad...*, 1998, pp. 252-254) propone el desarrollo de una *Ciencia de la Legislación*, dirigida al cuidado del Ordenamiento y a garantizar la seguridad jurídica. Dentro de esta ciencia, distingue dos ámbitos, el de la *teoría de la legislación* y el de la *técnica legislativa*. Repetidas veces insiste en que *se echa en falta una mayor preocupación de nuestra comunidad científica por este nuevo saber jurídico*. El autor, en la «Introducción» a la obra *La proliferación...* (2004, pp. 20 y 21), vuelve a subrayar esta carencia de nuestra Ciencia del Derecho, que tiene más tradición en los países del *common law* que en los del *Derecho continental europeo*, en los que estos estudios son más recientes, aunque –apunta– *en constante auge*. En sentido semejante se pronuncia Jesús J. SEBASTIÁN LORENTE («La Comisión...», 1997, pp. 1197 y 1198), que incluye entre las materias que debe abarcar la moderna disciplina de la técnica legislativa la relativa al *uso de instrumentos informáticos*. Este tipo de especialistas en la Ciencia de la Legislación parece que serían idóneos para la realización de la tarea de indexación normativa.

⁸⁶ Mario G. LOSANO («Las técnicas legislativas...», 2004, pp. 172 y 173) comenta el caso de la universidad italiana, en la que se ha introducido un curso trienal de informática jurídica, en el que se dota de especial importancia a la enseñanza de la técnica legislativa: *aprender a formular el Derecho*. El autor explica que normalmente nuestros alumnos aprenden a aplicar el Derecho, no a formularlo, y comunica la importancia práctica de aprender a *redactar con propiedad los textos jurídicos*. Este aprendizaje servirá tanto para redactar un contrato, como para redactar los estatutos de una sociedad, un acto administrativo, o –en su caso– las normas jurídicas, así como para la informática jurídica. El autor opina que *con la informática (...) la mala redacción de una ley (...) se transforma en un problema de pérdida de la información, es decir, de imposibilidad de encontrar la norma en el banco de datos* (p. 167).

⁸⁷ Como ha indicado Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO (*La seguridad jurídica*, 1994, pp. 65 y 66), en el plano de la *técnica legislativa la informática jurídica está en condiciones de prestar servicios relevantes a la seguridad. Puede contribuir a la normalización del lenguaje legal al posibilitar el control de la univocidad, precisión y claridad formales de las expresiones normativas. Al tiempo que permite el establecimiento de índices de vigencias legislativas y sistemas automatizados de localización de eventuales antinomias*. A juicio del autor, estos bancos de datos informatizados constituyen *el único medio* actualmente apropiado para contener la documentación jurídica. Como consecuencia, debe insistirse en la importancia de que quede garantizada la autenticidad de la información, o que ésta sea correctamente custodiada. Si estas garantías son necesarias para cualquier base de datos, cuánto más en el caso de la información jurídica, de la que depende la seguridad jurídica. En este sentido, me permito remitirme a otra afirmación del autor: *Es obvio que para el logro de la seguridad jurídica se requiere el adecuado planteamiento político y la correcta organización técnica de los sistemas informatizados*.

con la autoridad de Gómez de la Serna; y en su aspecto de registro oficial de normas jurídicas, la idea de una indexación oficial cuenta –al menos– con un curioso precedente ya en 1850⁸⁸. Llegados los avances de la informática, existen en España múltiples iniciativas, que suponen un impulso importante en este sentido, aunque –por las razones que se han ido apuntando– no se ajustan a la idea de un servicio oficial de información legislativa.

Con el desarrollo de la sociedad de la información, en algunos países de nuestro entorno cultural esta técnica legislativa se encuentra ya en estado avanzado. Por ejemplo, destacan Francia⁸⁹, Suiza⁹⁰, Italia⁹¹, Reino Unido⁹², o –fuera del ámbito europeo– especialmente interesante es el caso de los Estados Unidos⁹³. En

⁸⁸ Marta LORENTE SARIÑENA (*La voz del Estado...*, 2001, pp. 105-108) da noticia de la creación, por Real Decreto y Real Orden de 1850, de un *Registro general y auténtico de las leyes y disposiciones Reales*. La autora explica que la difusión privada de las normas llevó al Estado a intentar controlar el carácter oficial de los textos y a proteger su integridad mediante este instrumento. Sin embargo, al parecer *el acceso al Registro y a su archivo debió ser muy problemático*. De otro lado, GÓMEZ DE LA SERNA, en dos artículos titulados «Sobre las colecciones legislativas» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1860 y 1867, según cotejo de la autora citada, p. 112), ofrece como alternativa a la Colección Legislativa la creación de *compilaciones ordenadas de nuestras leyes, que comprendiendo los distintos ramos de la Administración, y partiendo de un buen sistema de clasificaciones, divisiones y subdivisiones, omitieran todo lo derogado explícita o implícitamente, dejaran a un lado todo lo inútil y redactaran con orden, precisión y claridad lo vigente*.

⁸⁹ <http://www.legifrance.gouv.fr/>

⁹⁰ <http://www.admin.ch/ch/ff/rs/rs.html>

⁹¹ http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/ced_legisl_elenco_areat.htm

⁹² <http://www.hms.o.gov.uk/acts.htm>

⁹³ En <http://www.house.gov/> podemos localizar el «United States Code» (USC): *es la codificación oficial por materias (consolidation) de las leyes públicas federales vigentes en los Estados Unidos*, según explica Juan Antonio RUIZ GARCÍA («Técnica legislativa...», 2004, pp. 416 y 417). El USC se encuentra dividido en *títulos que cubren diferentes áreas y cada vez que se aprueba una nueva ley, los títulos del USC que se ven afectados son modificados y actualizados tanto en su versión impresa como en la electrónica*. El autor explica que hay una *versión oficial* (publicada por la oficina de revisión legislativa de la Cámara de Representantes cada seis años aproximadamente), y *dos ediciones comerciales del USC, no oficiales* (disponibles en Internet vía *Westlaw* y *Lexis-nexis*, respectivamente). Estas editoriales privadas revisan los textos *con más frecuencia que el Congreso* (que lo hace cada dos años mediante *suplementos*) y añaden *anotaciones históricas y jurisprudenciales*. La localización del texto completo del USC se encuentra *en varias páginas web, incluida la página de la Cámara de Representantes* (House of Representatives) *o la Facultad de derecho de Cornell University* (Legal Information Institute). En relación con el USC, FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ («La sistematización...», 2004, p. 477) especifica que, fuera del hecho de agrupar las normas bajo títulos comunes, no obedece a un método ni a un propósito sistematizador. Con todo, el autor advierte dos consecuencias positivas del USC: se reducen *las barreras dogmáticas para adoptar técnicas de sistematización jurídica comunes* a los sistemas continentales y del *common law*; y se incrementa *la necesidad de ordenar y sistematizar las cosas*. Al margen de lo anterior, la aportación más valiosa de este estudio de Garcimartín es la descripción del sistema estadounidense de sistematización o *codificación «desde abajo»*, que se está llevando a cabo desde *la propia comunidad jurídica, al margen de las instituciones estatales* (pp. 478-484).

Alemania el Ministerio de Justicia ha delegado este servicio en una sociedad mercantil, con la que colabora⁹⁴. Son cada vez más numerosos los países que ofrecen gratuitamente un servicio de información legislativa a través de Internet.

A la vez, en el seno de la Unión Europea existen varias iniciativas que, en sentido semejante, buscan proteger la seguridad jurídica⁹⁵. Los programas europeos de simplificación normativa están utilizando diversas técnicas legislativas complementarias, a las que antes se hizo referencia [*supra* III.2⁹⁶]. Entre estas técnicas distinguimos la denominada «codificación oficial» (que se aproxima a la idea de la actual codificación francesa), a cuyo servicio está otra técnica, la denominada «consolidación oficiosa o declarativa» (que se aproxima a la idea de indexación aquí desarrollada). Aunque esta última tiene carácter meramente informativo, parece ser la más efectiva⁹⁷. Una y otra han sido calificadas como *técnicas legislativas utilizadas para garantizar la claridad del Derecho*⁹⁸.

De otro lado, en http://www.archives.gov/federal_register/publications/statutes.html podemos localizar el «United States Statutes at Large»: es una *recopilación cronológica de las normas tal y como han sido promulgadas*, sin ordenarlas por materias. Al final de cada ley se publican los antecedentes legislativos, y *hay también notas marginales referentes a leyes contenidas en volúmenes anteriores o incluso en el mismo volumen* (Juan Antonio RUIZ GARCÍA; «Técnica legislativa...», 2004, p. 415).

⁹⁴ <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/index.html>

⁹⁵ La Unión Europea cuenta con el servicio de información jurídica EUR-Lex, y maneja el tesoro legal plurilingüe EUROVOC, coordinado principalmente por el Parlamento Europeo y la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, y que es utilizado también por algunas instituciones nacionales y organizaciones europeas.

⁹⁶ En la nota núm. 72 del presente trabajo quedaron descritas las técnicas legislativas utilizadas en el espacio jurídico europeo: la consolidación, la codificación y la refundición, siguiendo la versión de Hans Gerald CROSSLAND, miembro del Servicio Jurídico de la Comisión Europea y Jefe de Unidad de su Grupo de Codificación, en «La Codificación del Derecho comunitario», ponencia publicada en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Madrid, 2004, pp. 485-498).

⁹⁷ Sirve de muestra el caso del Texto consolidado del Tratado de la Unión Europea, descrito por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (*Justicia...*, 2000, p. 68, nota a pie), conforme al cual puede apreciarse cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en contra de lo que pensaba el autor que cabía esperar (en la primera edición de su libro, 1999), está citando *siempre en sus resoluciones el articulado del Texto consolidado* —que tiene valor informativo— *como primera referencia, poniendo luego normalmente entre paréntesis la numeración «antigua» del articulado del Tratado inicial* —que es el que tiene valor normativo—. *La práctica* —según afirma el autor— *es ya la común en las Instituciones comunitarias*. El autor también explica que los Códigos estadounidenses (que no son Códigos al estilo europeo, sino que se corresponden más bien con la idea de índices o catálogos oficiales ordenados sistemáticamente, uno de leyes y otro de reglamentos) son más citados que los textos normativos originarios, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (pp. 61-63).

⁹⁸ Antonio María CAEIROS, «La Codificación...», 1999, pp. 103-122. El autor —miembro del Servicio Jurídico de la Comisión Europea— explica que el principio de seguridad jurídica es uno de los principios básicos del Ordenamiento jurídico comunitario, con la consiguiente exigencia de claridad y certeza, estrechamente relacionada con la calidad de la técnica legislativa, no sólo al elaborar los textos jurídicos, sino también a través de técnicas legislativas tales como la *codificación oficial* europea, en la que intervienen la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo, y la *consolidación oficiosa*, técnica legis-

Cercano en el tiempo parece estar, por otra parte, el momento en que la Unión Europea centralice los distintos servidores estatales de información legislativa, coordinándolos (*European legal information Networking*)⁹⁹.

b) *Importancia de la lengua para los objetivos de la indexación*

La primera codificación pretendió un progreso sociopolítico y jurídico, pero también un progreso económico¹⁰⁰, que se hizo efectivo. En mi opinión, la técnica de la indexación alcanza estos mismos objetivos, tanto en su dimensión interna o nacional, como en su proyección externa o internacional. Con todo, quizás pueda subrayarse especialmente el interés económico en el ámbito de las relaciones internacionales, mientras que el argumento sociopolítico y jurídico tiene más peso en el ámbito interno.

lativa utilizada por la Comisión para ordenar de forma mecánica y fuera de todo procedimiento legislativo las normas europeas y ofrecerlas gratuitamente en las diversas versiones o lenguas, en Internet, a través del servidor interinstitucional Europa. El autor explica que si bien la «codificación oficial» no puede considerarse mecánica, sí es cierto que *la mayoría de los textos codificados se preparan, ahora, partiendo de la consolidación técnica efectuada previamente por la Oficina de publicaciones, lo que no obsta para que el trabajo de análisis jurídico desarrollado en el seno de la Comisión, le aporte un valor añadido fundamental para la claridad del derecho que surge de la codificación* (p. 117). Esto viene a corroborar que la técnica de la indexación cumple una función al servicio de la codificación en la actualidad (la denominada «segunda codificación»). Junto a las anteriores, otra técnica legislativa proyectada para el Ordenamiento comunitario es la denominada *refundición* de textos, reforma de los textos que permitiría *estabilizar el volumen de la legislación permanente*, actualizando su contenido.

⁹⁹ Ya existen iniciativas de grupos de investigadores europeos en este sentido. El proyecto EULEGIS se inició en 1998 y finalizó en 2000. Han participado en él miembros de Portugal, España, Francia, Reino Unido, Suecia y Finlandia. Se propone la creación, en la Unión Europea, de un punto común de acceso a los distintos servidores nacionales de información legislativa de los países miembros, que abarque así tanto la normativa europea (enlaces con las bases de datos europeas CELEX/EUR-Lex), como la estatal de los distintos países miembros e incluso –dentro de éstos– la de ámbito local (mediante la coordinación de las bases de datos nacionales). Al respecto, puede verse el trabajo de Virpi LYYTIKÄINEN, Pasi TIITINEN y Airi SALMINEN, «Challenges...», 2000, pp. 121-132; o bien, directamente en Internet una de las páginas de EULEGIS: www.frli.org/IMG/ppt/hietanenparis.ppt (del Ministerio de Justicia finlandés, con fecha 4 de noviembre de 2004). Estructurar formalmente la información legislativa en Europa supondría, conforme al proyecto EULEGIS, la existencia de un servicio europeo común de acceso gratuito (conforme al principio europeo, «user-friendly and free access to legal information») que pudiera exigir de las bases de datos nacionales algunos rasgos comunes básicos (aunque respetaría las peculiaridades de las distintas bases de datos nacionales), y que proveería una metodología para simplificar el acceso del usuario a los diferentes servicios. El multilingüismo es cuestión que merece ser contemplada, y los diseñadores del proyecto son conscientes de que resolverla satisfactoriamente supone elevar los costes considerablemente. El tesoro legal EUROVOC, que actualmente funciona en la Unión Europea, se considera insuficiente. El proyecto EULEGIS se propone como la siguiente generación del actual proyecto de información legislativa desarrollado en Europa, EUR-Lex. La estandarización de las bases de datos de legislación nacionales se realizaría con lenguajes de programación XML.

¹⁰⁰ Luis Díez-PICAZO, «Codificación...», 1992, p. 476.

La claridad de las leyes, el acceso a la norma aplicable, favorece el desarrollo de la economía¹⁰¹. Este es un argumento que reaparece en la reivindicación de servicios oficiales de información legislativa en red: por ejemplo, en el antes citado Libro Verde [*supra* II.2.2.]¹⁰² se llama la atención a los Estados miembros de la Unión Europea sobre este aspecto, que favorecerá el dinamismo económico. En la medida en que estos servicios de información legislativa se proyectan hacia el exterior, al margen de la dimensión social interna que tienen en cada país, su eficacia dependerá de la accesibilidad del lenguaje o idioma utilizado. El mosaico de servicios de información legislativa que existe ya en Europa y en el mundo, y la conveniencia de que los países miembros de la Unión Europea ofrezcan este tipo de servicios a fin de favorecer la fluidez del mercado, entre otros factores, ponen de manifiesto la importancia de que el lenguaje en que estén publicadas las leyes en estos servidores sea de común acceso por la generalidad de los destinatarios¹⁰³. En esta dimensión externa o internacional, dada la importancia que tienen estos servicios legislativos en la Unión Europea o a escala mundial, con el tiempo probablemente sea conveniente que las normas de mayor trascendencia no se publiquen sólo en la lengua oficial del lugar en el que son aplicables, sino quizás también en inglés.

En el orden interno, tratándose de un servicio del Estado español, quizás cobra mayor relevancia la función social que cumple la indexación, como servicio al ciudadano, así como su faceta jurídico-política (como medio de cohesión, la indexación presta un servicio constatable desde muy diversos ángulos). Los textos deben publicarse en castellano, en todo caso, por ser la lengua oficial (art. 3.1 de la Constitución española), y, siendo leyes, pueden publicarse también en las lenguas cooficiales cuando existan convenios de colaboración con las respectivas

¹⁰¹ Desde otra perspectiva, puede decirse que *el «desorden jurídico» conlleva un aumento notable de los costes de transacción y, en consecuencia, una significativa pérdida de bienestar social* (Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La sistematización...», 2004, p. 473).

¹⁰² Libro Verde sobre la Información del Sector Público en la Sociedad de la información [COM (1998) 585] titulado «*La información del sector público: un recurso clave para Europa*».

¹⁰³ Algunas notas sobre la consideración de las distintas lenguas oficiales, en relación con el trabajo del Servicio Jurídico de la Comisión Europea, pueden encontrarse en las páginas 491-492 y 496 de la ponencia de Hans Gerald CROSSLAND, «*La Codificación...*» (2004, pp. 485-498). El autor explica que un acto que no esté traducido *a los nuevos idiomas oficiales en la accesión, no puede codificarse*, y que, cuando en el proceso codificador surgen problemas jurídicos por las *discrepancias entre las distintas versiones jurídicas*, el proceso se suspende hasta que queden resueltos.

Comunidades Autónomas ¹⁰⁴. Especial es el caso cuando se trata de leyes de las Comunidades Autónomas: en la medida en que la Comunidad Autónoma de la que emane la ley tenga lengua propia cooficial ¹⁰⁵, ésta se publicará en los diarios o boletines oficiales autonómicos en una doble versión, una conforme a la lengua autóctona, y otra en castellano; y se publicará, además, en el *BOE* ¹⁰⁶. Los mismos criterios vigentes en materia de publicación de las normas son los que deben tenerse en cuenta para el desarrollo del servicio oficial de información legislativa, que permitirá el acceso a todas las versiones de las lenguas oficiales en que hayan sido publicados los textos legales. Serán objeto de especial consideración las cuestiones relativas a la traducción, a fin de que se cumpla el principio de univocidad del Derecho ¹⁰⁷. Análogamente, cuando se trate de normas de las instituciones internacionales, o de normas europeas ¹⁰⁸, la diversidad de lenguas debe tener su reflejo en el *Index* español, que puede ofrecer conexiones con las versiones oficiales que existan.

¹⁰⁴ El Real Decreto 489/1997, de 14 de abril, sobre publicación de las Leyes en las lenguas cooficiales de las Comunidades Autónomas, dispone, en su artículo 1, que (1) *Las Leyes, los Reales Decretos-leyes y los Reales Decretos legislativos, una vez sancionados por el Rey, serán publicados en castellano en el «Boletín Oficial del Estado», a efectos de lo previsto en el artículo 2.1 del CC, derivándose, en consecuencia, de dicha publicación su plena eficacia, a tenor de lo previsto en el título preliminar del CC; y que (2) Las disposiciones generales a que se refiere el apartado anterior podrán ser también publicadas en las demás lenguas oficiales de las diferentes Comunidades Autónomas, cuando se suscriban convenios de colaboración (conforme a lo dispuesto en el artículo 2.1).*

¹⁰⁵ El artículo 3.2 de la Constitución española proclama que, además del castellano, *las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.*

¹⁰⁶ Sobre estas cuestiones, véase el comentario de Miguel COCA PAYERAS, «Artículo 2», en *Comentarios...*, 1992, especialmente pp. 447-451. El autor constata que este doble mecanismo de publicidad está previsto por los distintos Estatutos de Autonomía. Conforme a éstos, la publicación en los boletines autonómicos es la que pudiera denominarse *vigorizante*, necesaria para la eficacia de la norma, mientras que la segunda publicación, en el *BOE* carece de esa eficacia. En cuanto a los textos normativos emanados del ejecutivo autonómico, son publicados en los boletines oficiales propios y, cuando lo disponen los Estatutos de la Comunidad Autónoma correspondiente, también en el *BOE* (en cuyo Real Decreto de ordenación está prevista esta posibilidad), teniendo esta última publicación los efectos previstos por los Estatutos respectivos.

¹⁰⁷ Por ejemplo, esta advertencia aparece en la exposición de motivos del Real Decreto 489/1997, de 14 de abril, sobre publicación de las Leyes en las lenguas cooficiales de las Comunidades Autónomas.

¹⁰⁸ Los Reglamentos comunitarios requieren para su vigencia ser publicados oficialmente en el Diario Oficial de la Unión Europea (antes, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, creado por Decisión del Consejo de la CEE y de la CEEA de 15 de septiembre de 1958), que desde 1985 cuenta con una edición en castellano (véase, Miguel COCA PAYERAS, «Artículo 2», en *Comentarios...*, 1992, especialmente p. 452).

2.3 Organización administrativa de la indexación

Siendo un servicio oficial nacional de información legislativa *on line*, queda por resolver la cuestión relativa al órgano competente para desarrollar la indexación. Conforme a la Ley, existen varias posibilidades de configuración jurídica del organismo al que se asigne la función de la indexación ¹⁰⁹:

1.^a Sería posible crear un órgano o unidad administrativa (sin personalidad jurídica). Un ejemplo es la Comisión General de Codificación ¹¹⁰, *órgano de asesoramiento en una de las funciones más representativas del Gobierno como es la preparación y el impulso de las iniciativas legislativas* ¹¹¹. La presidencia de la Comisión General de Codificación corresponde al Ministro de Justicia ¹¹².

2.^a Otra posibilidad, quizás más operativa, sería encargar la indexación a un organismo público (con personalidad jurídico-pública) ¹¹³: ya sea un organismo autónomo adscrito a un Ministerio ¹¹⁴, como es el caso del *BOE* ¹¹⁵; o bien una entidad pública empresarial ¹¹⁶.

¹⁰⁹ Véase, entre otras, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE, *BOE* de 15 de abril de 1997).

¹¹⁰ Sobre la naturaleza jurídica de la Comisión General de Codificación, Jesús J. SEBASTIÁN LORENTE («La Comisión...», 1997, pp. 1183-1184) explica que *es un órgano colegiado en el sentido amplio del concepto* (conforme al art. 38.1 LOFAGE, y arts. 22-27 LRJ-PAC). Y añade que, si atendemos a las clasificaciones del artículo 39 LOFAGE, la Comisión es, *por su composición*, un órgano colegiado ministerial, que *se encuadra en la estructura de la «administración centralizada»*, es un órgano *permanente*, histórico (*que abarca desde los primeros momentos del ideal codificador*), se trata de un *órgano «especializado»* (*por su naturaleza asesora en materias concretas*) y, *por sus competencias de carácter no decisorio*, se trata de un *órgano de «propuesta»* [art. 40.1.b) LOFAGE], *en materia de informe o de anteproyecto de Ley*.

¹¹¹ Del Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Comisión General de Codificación.

¹¹² Artículo 1.5.a), del Real Decreto 1475/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia; así como, artículo 7 de los Estatutos de la Comisión General de Codificación.

¹¹³ El régimen jurídico de estos organismos está regulado en los artículos 41 a 65 LOFAGE.

¹¹⁴ En este caso, pudiera gestionarse a través de reuniones periódicas con los miembros de conferencias sectoriales, a fin de facilitar la coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que son los expertos en cada materia quienes mejor pueden indicar en dónde se engarza.

¹¹⁵ El artículo 1 del Real Decreto 1229/2001, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo autónomo «Boletín Oficial del Estado», define la naturaleza jurídica del *BOE* como *Organismo autónomo, de los previstos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión y plena capacidad jurídica y de obrar y, dentro de su esfera de competencias, le corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos establecidos en este Estatuto, salvo la potestad expropiatoria*.

¹¹⁶ Por ejemplo, el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (G.I.F.) [http://www.gif.es/secc_33_50.html; fecha de consulta: 22 de octubre de 2004], *entidad pública empresarial con personalidad jurídica propia, adscrita al Ministerio de Fomento*.

3.^a La Ley ¹¹⁷ permite también organizar la gestión a través de una sociedad mercantil estatal (persona jurídico-privada que nacería al amparo del Derecho mercantil, y en la que el socio mayoritario o de control sería el Estado ¹¹⁸).

La elección del modelo de organización del servicio oficial de información legislativa, es una decisión de política legislativa. En el caso alemán, tras un periodo de impulso inicial por parte del Gobierno y a cargo del Ministerio de Justicia, se produjo el fenómeno de «huida al Derecho privado» ¹¹⁹.

Sea cual sea el modelo que se adopte, el servicio oficial de información legislativa puede estar adscrito a un Ministerio, aunque no es la única posibilidad, según veremos a continuación. Si se adscribiera a un Ministerio, serían posibles candidatos tanto el Ministerio de Justicia, como el Ministerio de Administraciones Públicas, o el Ministerio de la Presidencia. El primero, porque a él se adscribe la Comisión General de Codificación ¹²⁰, y paralelamente pudiera crearse una Comisión General de Indexación Jurídica, también como órgano independiente adscrito. El Ministerio de Administraciones Públicas es también un candidato, si consideramos que indexar no es legislar, y que este servicio oficial de información legislativa en red constituiría un elemento de coordinación autonómica y estatal ¹²¹.

¹¹⁷ Disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE de 15 de abril de 1997), en su redacción dada por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre.

¹¹⁸ Es el caso de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. (<http://www.correos.es/10/1000.asp>; fecha de consulta: 22 de octubre de 2004).

¹¹⁹ Sobre el sistema de información jurídica *Juris*, véase el trabajo de Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO («Técnica legislativa...», 2004, pp. 444-448). El autor explica que, a inicios de los años setenta, el Gobierno alemán dispuso el desarrollo de un «Sistema de información jurídica» (Rechtsinformationssystem), expresión con la que en Alemania se hace referencia a los sistemas de documentación informática de textos jurídicos. El sistema se bautizó como *juris*, y abarcaba la información acerca del Derecho federal en algunas materias, y referencias a doctrina y jurisprudencia. Iniciado el proyecto, se dispuso después que abarcara todo el Derecho federal y tras su impulso inicial, *el funcionamiento y la actualización del sistema* quedaron a cargo de la sociedad anónima *juris*. Esta sociedad cuenta con la colaboración de diversos Ministerios, así como con la del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, y con la colaboración de diversas editoriales.

¹²⁰ Artículo 2 de los Estatutos de la Comisión General de Codificación, aprobados por el Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero (BOE de 27 de febrero de 1997).

¹²¹ Este Ministerio cuenta con una Dirección General de Modernización Administrativa que gestiona los proyectos tecnológicos, y con un Consejo Superior de Informática para el impulso de la Administración Electrónica, órgano colegiado interministerial –este último– conforme a lo dispuesto en el artículo 1.5 del Real Decreto 1320/2004, de 28 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Administraciones Públicas, BOE de 29 de mayo. Se define como *el órgano encargado de la preparación, elaboración, desarrollo y aplicación de la política informática del Gobierno. Funciona en Pleno y en Comisión permanente*. Existen comisiones especializadas (CIABSI, de carácter interministerial, <http://www.csi.map.es/csi/ciabsi.htm>; o COAXI, nacional, <http://www.csi.map.es/csi/coaxi.htm>). Su primer objetivo es promover el

No obstante, si tiene adscripción ministerial, probablemente lo más oportuno sea que este servicio dependa del Ministerio de la Presidencia: Es un hecho que cada Ministerio ofrece a los ciudadanos una base de datos relativa a la legislación que es de su competencia (más lograda en unos casos que en otros). Para la creación de una base de datos oficial de legislación en red, lo más conveniente será contar con la cooperación de todos los Ministerios, razón por la cual el Ministerio de la Presidencia puede considerarse el Ministerio más adecuado, pues coordina la actividad legislativa del Gobierno¹²². Además, el Ministerio de la Presidencia sería especialmente apropiado porque del mismo depende orgánicamente el BOE¹²³, que puede asumir la realización de este servicio, como una concreción del ejercicio de sus competencias¹²⁴.

La adscripción a un Ministerio no es la única solución, ni quizás sea la más adecuada. El servicio de indexación legislativa también pudiera estar adscrito a las Cortes Generales, especialmente si —una vez realizada la reforma de la Comisión General de Codificación— llegara a crearse la propuesta Comisión General de Legislación, a la que se hizo referencia al inicio de este epígrafe [*supra* III.2]. La adscripción a las Cortes tiene como ventaja una mayor independencia del Gobierno, muy importante con vistas a la estabi-

acceso a la información de la Administración del Estado a través de las nuevas tecnologías, ya que éste es uno de los nuevos bienes y servicios que la sociedad demanda. <http://www.csi.map.es/csi/pg2000.htm>.

¹²² El Real Decreto 1418/2004, de 11 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, dispone, en su artículo 1, que corresponde al Ministro de la Presidencia *la preparación, desarrollo y seguimiento del programa legislativo del Gobierno y, en especial, de su tramitación parlamentaria*.

¹²³ En la página oficial del Ministerio de la Presidencia, <http://www.mpr.es/organi/default.htm> (fecha de consulta: 3 de noviembre de 2004), consta que el «Boletín Oficial del Estado» depende orgánicamente de la Subsecretaría de la Presidencia. El Real Decreto 1511/1986, de 6 de junio, de ordenación del diario oficial del Estado, expresamente indica que *la Presidencia del Gobierno coordinará, a través de la Secretaría del Consejo de Ministros, la publicación de disposiciones en el diario oficial del Estado* (art. 2.3), y que *la Dirección General del organismo autónomo «Boletín Oficial del Estado» asumirá las funciones técnicas, económicas y administrativas en orden a la edición de dicho diario* (art. 2.4). En su disposición adicional Tercera, el Real Decreto dispone lo siguiente: «*El organismo autónomo «Boletín Oficial del Estado», adscrito a la Presidencia del Gobierno, realizará con carácter ordinario la impresión, distribución y venta del diario oficial, sin perjuicio de la utilización de otros medios técnicos de la Administración del Estado cuando, por cualquier circunstancia, resulte necesario*». El Real Decreto 1229/2001, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo autónomo «Boletín Oficial del Estado», confirma la adscripción del mismo al Ministerio de la Presidencia, *a través de la Subsecretaría, a la que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad* (art. 3 del Estatuto).

¹²⁴ Las competencias de este Organismo autónomo se describen en el artículo 4 de su Estatuto (Real Decreto 1229/2001, de 8 de noviembre), conforme al cual, le corresponde, entre otras funciones, *la publicación, en cualquier soporte, de repertorios, compilaciones, textos legales y separatas de las disposiciones de especial interés*; así como *la crea-*

lidad en el desempeño de las funciones propias de los servicios de codificación e indexación, así como la posibilidad de conexión con las distintas Instituciones del Estado¹²⁵. Por último, no podemos olvidar que el artículo 66.2 de la Constitución española de 1978 dispone expresamente que *las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado*¹²⁶.

CONCLUSIONES

I. El principio de publicidad de las normas recogido en la Constitución española comprende no sólo la garantía de la publicación de las normas, sino también la de su adecuada difusión a través de los medios propios de la sociedad de nuestro tiempo. En la sociedad de la información, estos dos aspectos de la publicidad pueden realizarse por un mismo órgano: el mismo medio en el que son publicadas las normas puede cumplir la función de difusión del conocimiento de la norma aplicable. Para ello, es preciso que las normas se publiquen en soporte electrónico, al margen de que también sigan publicándose en soporte papel. Las nuevas tecnologías constituyen un instrumento que el Estado debe utilizar para procurar a los ciudadanos un servicio de información legislativa completo y oficial.

II. La existencia de servicios de información legislativa supone la posibilidad de desarrollar nuevas técnicas legislativas, dirigidas a la ordenación y sistematización de las normas jurídicas con

ción de bases de datos legislativas, jurisprudenciales o doctrinales a partir del BOE, del BORME o de otras publicaciones legislativas.

¹²⁵ Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (*La calidad...*, 1998, pp. 243-266) ha defendido que la Comisión General de Legislación, hacia la que pudiera evolucionar la actual Comisión General de Codificación, debería ser no sólo un órgano ocupado en la conservación de los Códigos sino un órgano que vele por el sistema jurídico en su conjunto. Al servicio de este fin, sería aconsejable —añade— que la Comisión estuviera en conexión con los órganos políticos y legislativos, además de contar con suficientes medios materiales, una organización personal adecuada, una autonomía de funcionamiento, y el apoyo de otras instituciones (p. 264).

¹²⁶ En un reciente trabajo, Luis María CAZORLA PRIETO («La participación...», 2004, pp. 375-394) concluye que la participación de las Cortes en la creación del Derecho es cercana a lo formal: a pesar de que desde el punto de vista jurídico-formal tienen asignada una función de *capital importancia* como fuente jurídico-creadora principal, desde el punto de vista sustantivo esta facultad está limitada por poderosos factores —(descritos por el autor)— que en parte vacían de sustancia última ese papel (pp. 393-394). El autor hace algunas sugerencias de futuro, entre las cuales está la de prestar mayor atención a la técnica legislativa y vincular a las Cortes en esta tarea: por ejemplo, garantizando una mayor formación en este sentido a los Letrados de las Cortes Generales, e incrementando el número de estos funcionarios, a fin de mejorar la tarea de los servicios jurídicos del Congreso de los Diputados y del Senado que se les confía (pp. 391-394).

vistas a facilitar su localización. La realización en España de un servicio oficial de información legislativa requeriría no sólo del correspondiente material informático, sino también de la formación de un personal especialmente cualificado, y en particular de una organización administrativa que tenga asignada la función de la indexación normativa.

Desde el punto de vista del Derecho administrativo, en nuestro país existen distintos cauces para la creación de un servicio oficial de información legislativa. Especialmente interesantes son aquellas propuestas dirigidas a dotar de un mayor protagonismo a Las Cortes, como órgano que ejerce la potestad legislativa del Estado, adscribiendo a las mismas un Centro desde el cual se asuma la formación del personal cualificado en técnica legislativa y la realización de la indexación. Sería conveniente que la tarea codificadora dependiera también de este mismo órgano adscrito, dado el servicio que la indexación puede prestar en este sentido, entre otras razones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, I, Introducción y parte general, 16.^a ed., 2004.
- BERMEJO VERA, José: *La publicación de la norma jurídica*, Madrid, 1977.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma: *La publicación de la ley*, Madrid, 1993.
- BRAIBANT, Guy: «El modelo francés de la nueva codificación», en *Seguridad jurídica y Codificación*, Madrid, 1999, pp. 89-101.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Artículo 6, apartado I», en *Comentarios al CC y compilaciones forales*, tomo I, volumen 1.º, 2.^a ed., Madrid, 1992.
- CAEIROS, Antonio María: «La Codificación del Derecho comunitario europeo», en *Seguridad jurídica y Codificación*, Madrid, 1999, pp. 103-122.
- CAZORLA PRIETO, Luís M.^a: «La Codificación como función de los poderes públicos en el Estado contemporáneo. El caso español», en *Seguridad jurídica y Codificación*, Madrid, 1999, pp. 31-71.
- «La participación del Parlamento en la creación del Derecho», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 375-394.
- *Codificación Contemporánea y Técnica Legislativa*, Aranzadi, 1999.
- COCA PAYERAS, Miguel: «Artículo 2», en *Comentarios al CC y compilaciones forales*, tomo I, volumen 1.º, 2.^a ed., Madrid, 1992.
- CROSSLAND, Hans Gerald: «La Codificación del Derecho comunitario», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 485-498.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*, Parte general, I, Madrid, 1955.
- DE OTTO, Ignacio: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, segunda edición, 1993.

- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Unidad constitucional y Codificación del Derecho privado», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 499-540.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «Constitución y fuentes de Derecho», en *La constitución española y las fuentes del Derecho*, volumen I, Madrid, 1979, pp. 649-665.
- «Codificación, descodificación y recodificación», *Anuario de Derecho civil*, fascículo II, 1992, pp. 473-484.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, y GULLÓN, Antonio: *Instituciones de Derecho civil*, I, 1995.
- FERNANDO PABLO, Marcos y RIVERO ORTEGA, Ricardo: *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo*, Madrid, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del CC español*, Madrid, 1852, reimpresión en Zaragoza, 1974, artículos 1.º y 2.º
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La sistematización del Derecho norteamericano: La “Codificación desde abajo”», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 473-484.
- GARRIDO FALLA, Fernando: «Artículo 9», *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed., Madrid, 2001.
- GERVAIS, Daniel: «Le droit d’auteur au Canada: Le point après CCH», en la *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, núm. 203, janvier 2005, pp. 3-61.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Artículo 6.º», en *Comentario del CC*, I, Ministerio de Justicia, segunda edición, Madrid, 1993.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: «Génesis y aportaciones del nuevo Título preliminar del CC», en *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título preliminar del CC*, Barcelona, 1975, pp. 7-20.
- JEREZ DELGADO, Carmen: «Indexación: una técnica al servicio de la seguridad jurídica», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 575-586.
- JIMÉNEZ APARICIO, Emilio: «El procedimiento de elaboración de los anteproyectos de Ley: la fase gubernamental», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 279-373.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros: *Elementos de Derecho civil*, I, Parte general, vol. 1.º, 3.ª ed. revisada por J. Delgado Echeverría, Madrid, 2002.
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J.: «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 29-88.
- LORENTE SARIÑENA, Marta: *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, 2001.
- LOSANO, Mario G.: «Las técnicas legislativas, de la “prudencia legislativa” a la informática», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 163-198.
- LUCINI CASALES, Ángel: «La ignorancia de las leyes y el error de derecho», en *El Título preliminar del CC*, tomo I, volumen I, Jaén, 1977, pp. 207-237.
- LYYTIKÄINEN, Virpi; TIITINEN, Pasi, y SALMINEN, Airi: «Challenges for European legal information retrieval», en *Advances in Electronic Government*, Zaragoza, 2000, pp. 121-132.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: «La Comisión general de Codificación y la elaboración de las leyes», en *Seguridad jurídica y codificación*, Madrid, 1999, pp. 15-29.

- *La calidad de las leyes y la reforma de la Comisión General de Codificación*, ponencia presentada y discutida en las reuniones del Pleno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2 y 9 de marzo de 1998, Anales R.A.J.L., núm. 28, 1998, Madrid, pp. 243-266.
- «Introducción» a la obra *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 15-23.
- MORALES MORENO, Antonio-Manuel: «La incidencia del error de derecho en el contrato», en *Centenario del CC (1889-1989)*, II, Madrid, 1990, pp. 1455-1489.
- OGÁYAR Y AYLLÓN, Tomás: «Las fuentes del Derecho en el novísimo Título preliminar del CC», en el *Libro Homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, volumen I, Madrid, 1976, pp. 605-656.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: «Técnica legislativa en Alemania», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 423-454.
- PALMA FERNÁNDEZ, José Luis: *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Madrid, 1997.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «La segunda codificación», en *Seguridad jurídica y Codificación*, Madrid, 1999, pp. 73-88.
- «La recodificación como remedio», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 457-471.
- PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: «La difusión de la jurisprudencia a través de las nuevas tecnologías: un instrumento al servicio de la seguridad jurídica», en el *Anuario de Derecho Civil*, 2005, fascículo I.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La seguridad jurídica*, Barcelona, 2.^a ed., 1994.
- POUPA, Christine: «Electronic Publication of the Norms: From a monopoly to universal information service. The Swiss and French experiences», en *Advances in Electronic Government*, Zaragoza, 2000, pp. 133-147.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: «El principio de legalidad», en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 39, 1993, pp. 9-42.
- RUIZ GARCÍA, Juan Antonio: «Técnica legislativa en Estados Unidos», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, 2004, pp. 395-421.
- RUIZ VADILLO, Enrique: «El nuevo Título preliminar del CC», en el *Libro Homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, volumen I, Madrid, 1976, pp. 781-823.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio: «El valor de los cimientos», en la sección La Tercera del diario *ABC*, viernes 1 de abril de 2005.
- SAINZ MORENO, Fernando: «La publicidad de las normas», en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, tomo I, Madrid, 1993, pp. 121-146.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Artículo 2.º», en *Comentario del CC*, I, Ministerio de Justicia, segunda edición, Madrid, 1993.
- SEBASTIÁN LORENTE, Jesús J.: «La Comisión General de Codificación. De órgano colegislador a órgano asesor», *Actualidad Civil*, núm. 47, 22 a 28 de diciembre de 1997, pp. 1177-1199.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, y SUÑÉ LLINAS, Emilio: «Artículo 9.º», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, I, dirigidos por Óscar Alzaga, Madrid, 1996.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis: «El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro Derecho», en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, tomo I, Madrid, 1993, pp. 79-104.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Santiago de Compostela

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. **Corrección de errores de la 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 (DO L 219 de 19.6.2004).** *DOUE*, L, núm. 349, 25 de noviembre de 2004.
2. **Corrección de errores de la 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 (DO L 219 de 19.6.2004).** *DOUE*, L, núm. 349, de 25 de noviembre de 2004.
3. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones) (DO L 24 de 29.1.2004).** *DOUE*, L, núm. 375, de 23 de diciembre de 2004.

ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

4. *Vid. DOUE*, L, núm. 375, de 23 de diciembre de 2004.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

5. **Reglamento (CE) núm. 1804/2004 de la Comisión, de 14 de octubre de 2004, por el que se modifica la lista de órganos jurisdiccionales y procedimientos de recurso enumerados en los anexos I, II y III del Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo relativo a la compe-**

- tencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. *DOUE*, L, núm. 318, de 19 de octubre de 2004.
6. Reglamento (CE) núm. 1937/2004 de la Comisión, de 9 de noviembre de 2004, por el que se modificarán los anexos I, II, III y IV del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DOUE*, L, núm. 334, de 10 de noviembre de 2004.
 7. Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores). *DOUE*, L, núm. 364, de 9 de diciembre de 2004.
 8. Decisión de la Comisión, de 9 de noviembre de 2004, por la que se establece un formulario para la solicitud de asistencia jurídica gratuita con arreglo a la Directiva 2003/8/CE del Consejo destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, notificada con el número C(2004) 4285. *DOUE*, L, núm. 365, de 10 de diciembre de 2004.
 9. Reglamento (CE) núm. 2245/2004 de la Comisión, de 27 de diciembre de 2004, por el que se modifican los anexos I, II, III y IV del Reglamento (CE) núm. 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DOUE*, L, núm. 381, de 28 de diciembre de 2004.
 10. Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 1937/2004 de la Comisión, de 9 de noviembre de 2004, por el que se modificarán los anexos I, II, III y IV del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO L* 334 de 10.11.2004). *DOUE*, L, núm. 50, de 23 de febrero de 2005.

INSTITUCIONES

11. Tribunal de Justicia. Instrucciones prácticas relativas a los recursos directos y a los recursos de casación. *DOUE*, L, núm. 361, de 8 de diciembre de 2004.

MEDIO AMBIENTE

12. Reglamento (CE) núm. 2216/2004 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva núm. 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. *DOUE*, L, núm. 386, de 29 de diciembre de 2004.

PROPIEDAD INTELECTUAL

13. Reglamento (CE) núm. 1891/2004 de la Comisión, de 21 de octubre de 2004, por el que se adoptan las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 1383/2003 del Consejo relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos. *DOUE*, L, núm. 328, de 30 de octubre de 2004.
14. Corrección de errores de la 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 (*DO L* 195 de 2.6.2004). *DOUE*, L, núm. 351, de 26 de noviembre de 2004.
15. Reglamento (CE) núm. 2082/2004 de la Comisión, de 6 de diciembre de 2004, que modifica el Reglamento (CE) núm. 216/96 por el que se establece el Reglamento de procedimiento de las salas de recurso de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos). *DOUE*, L, núm. 360, de 7 de diciembre de 2004.
16. Información sobre la fecha a partir de la cual serán aplicables los apartados 34 y 35 del artículo 1 del Reglamento (CE) núm. 422/2004 del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 40/94 sobre la marca comunitaria. *DOUE*, L, núm. 362, de 9 de diciembre de 2004.

TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

17. Dictamen del Consejo, de 13 de septiembre de 2004, por la que se adoptan las normas de desarrollo del Reglamento (CE) núm. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. *DOUE*, L, núm. 296, de 21 de septiembre de 2004.
18. Decisión de la Comisión, de 27 de diciembre de 2004, por la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países [notificada con el núm. C (2004) 5271]. *DOUE*, L, núm. 385, de 29 de diciembre de 2004.

VALORES

19. Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE. *DOUE*, L, núm. 390, de 31 de diciembre de 2004.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

CONSTITUCIÓN EUROPEA

20. *Vid. DOUE, C, núm. 310, de 16 de diciembre de 2004.*

CONSUMIDORES

21. **Posición común núm. 6/2005, de 15 de noviembre de 2004, aprobada de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales).** *DOUE, C, núm. 038 E, de 15 de febrero de 2005.*

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

22. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II), COM (2003) 427 final - 2003/0168 (COD).** *DOUE, C, 241, de 28 de septiembre de 2004.*
23. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un nuevo marco jurídico para los pagos en el mercado interior [COM(2003) 718 final].** *DOUE, C, núm. 302, de 7 de diciembre de 2004.*
24. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a los procedimientos de consulta y de información en materia de seguros de crédito, garantías y créditos financieros [COM(2004) 159 final - 2004/0056 (CNS)].** *DOUE, C, núm. 302, de 7 de diciembre de 2004.*
25. **Información relativa a los órganos jurisdiccionales y las vías de recurso de conformidad con el artículo 68 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.** *DOUE, C, núm. 040, de 17 de febrero de 2005.*

II. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

DERECHO DE LA COMPETENCIA

26. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de julio de 2004, en el asunto T-44/00: Mannesmannröhren-Werke AG contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia Prácticas colusorias - Mercados de tubos de acero sin soldadura - Duración de la infracción - Multas. *DOUE*, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
27. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de julio de 2004, en el asunto T-48/00: Corus UK Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia - Prácticas colusorias - Mercados de tubos de acero sin soldadura - Duración de la infracción - Multas. *DOCE*, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
28. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de julio de 2004, en el asunto T-50/00: Dalmine SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia - Prácticas colusorias - Mercados de tubos de acero sin soldadura - Duración de la infracción - Multas. *DOCE*, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
29. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de julio de 2004, en los asuntos acumulados T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00: JFE Engineering Corp. y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas (Prácticas colusorias - Mercados de tubos de acero sin soldadura - AELC - Competencia de la Comisión - Infracción - Multas). *DOCE*, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
30. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 29 de abril de 2004, en los asuntos acumulados T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/01: Tokai Carbon Co. Ltd. y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia - Cártel - Mercado de electrodos de grafito - Fijación de precios y reparto de mercados - Cálculo del importe de las multas - Acumulación de sanciones - Directrices para el cálculo del importe de las multas - Aplicabilidad - Gravedad y duración de la infracción - Circunstancias agravantes - Circunstancias atenuantes - Capacidad contributiva - Cooperación durante el procedimiento administrativo - Condiciones de pago. *DOUE*, C, núm. 251, de 9 de octubre de 2004.
31. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 28 de septiembre de 2004, en el asunto T-310/00: MCI, Inc. contra Comisión de las Comunidades Europeas (Competencia Control de las operaciones de concentración-Recurso de anulación - Interés en ejercitar la acción - Competencia de la Comisión). *DOUE*, C, núm. 300, de 4 de diciembre de 2004.
32. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de septiembre de 2004, en el asunto T-313/02: David Meca-Medina, Igor Majcen contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia -

Libre prestación de servicios - Normativa antidopaje adoptada por el Comité Olímpico Internacional (COI) - Normativa puramente deportiva. *DOUE*, C, núm. 300, de 4 de diciembre de 2004.

33. Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 2 de septiembre de 2004, en el asunto T-291/02, «González y Díez, S. A.», contra Comisión de las Comunidades Europeas (CECA - Ayudas de Estado - Recurso de anulación - Recurso que queda sin objeto - Sobreseimiento - Decisión sobre costas). *DOUE*, C, núm. 300, de 4 de diciembre de 2004.
34. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 27 de septiembre de 2004, en el asunto C-470/02 P: Union européenne de radio-télévision (UER) contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación - Competencia - Acuerdos - Adquisición en común de los derechos de televisión para acontecimientos deportivos internacionales - Acceso de terceros a esos derechos - Art. 81 CE, apartado - Recurso de casación manifiestamente infundado). *DOUE*, C, núm. 314, de 18 de diciembre de 2004.
35. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 21 de octubre de 2004, en el asunto T-36/99: Lenzing AG contra Comisión de las Comunidades Europeas (Ayudas de Estado - Recurso de anulación - Admisibilidad - Acto que afecta individualmente a la demandante - Artículo 87 CE, apartado 1 - Acuerdos de aplazamiento y de devolución de deudas - Criterio del acreedor privado). *DOUE*, C, núm. 314, de 18 de diciembre de 2004.
36. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de octubre de 2004, en el asunto T-44/02: Dresdner Bank AG contra Comisión de las Comunidades Europeas (Competencia - Artículo 81 CE - Acuerdo de fijación de los precios y de la estructura de las comisiones de los servicios de cambio de efectivo - Alemania - Procedimiento en rebeldía). *DOUE*, C, núm. 314, de 18 de diciembre de 2004.
37. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de octubre de 2004, en el asunto T-54/02: Vereins- und Westbank AG contra Comisión de las Comunidades Europeas (Competencia - Artículo 81 CE - Acuerdo de fijación de los precios y de la estructura de las comisiones de los servicios de cambio de efectivo - Alemania - Procedimiento en rebeldía). *DOUE*, C, núm. 314, de 18 de diciembre de 2004.
38. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de octubre de 2004, en el asunto T-56/02: Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG contra Comisión de las Comunidades Europeas (Competencia - Artículo 81 CE - Acuerdo de fijación de los precios y de la estructura de las comisiones de los servicios de cambio de efectivo - Alemania - Procedimiento en rebeldía). *DOUE*, C, núm. 314, de 18 de diciembre de 2004.
39. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de octubre de 2004, en el asunto T-60/02: Deutsche Verkehrsbank AG contra Comisión de las Comunidades Europeas (Competencia - Artículo 81

CE - Acuerdo de fijación de los precios y de la estructura de las comisiones de los servicios de cambio de efectivo - Alemania - Procedimiento en rebeldía). *DOUE*, C, núm. 314, de 18 de diciembre de 2004.

40. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de octubre de 2004, en el asunto T-61/02: Commerzbank AG contra Comisión de las Comunidades Europeas (Competencia - Artículo 81 CE - Acuerdo de fijación de los precios y de la estructura de las comisiones de los servicios de cambio de efectivo - Alemania - Procedimiento en rebeldía). *DOUE*, C, núm. 314, de 18 de diciembre de 2004.
41. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de octubre de 2004, en el asunto T-137/02: Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG contra Comisión de las Comunidades Europeas [Ayudas de Estado - Recurso de anulación - Recomendación 96/280/CE - Concepto de pequeñas y medianas empresas (PYME)]. *DOUE*, C, núm. 314, de 18 de diciembre de 2004.
42. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 11 de noviembre de 2004, en los asuntos acumulados C-186/02 P y C-188/02 P: «Ramondín, S. A.», «Ramondín Cápsulas, S. A.». (C-186/02), Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava (C-188/02) contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación - Ayudas de Estado - Medidas fiscales - Desviación de poder - Motivación - Motivos nuevos. *DOUE*, C, núm. 006, de 9 de enero de 2005.
43. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 28 de octubre de 2004, en el asunto T-35/01: Shanghai Teraoka Electronic Co. Ltd contra Consejo de la Unión Europea (Dumping - Establecimiento de derechos antidumping definitivos - Balanzas electrónicas originarias de China - Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado - Determinación del perjuicio - Relación de causalidad - Derecho de defensa). *DOUE*, C, núm. 006, de 9 de enero de 2005.
44. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de noviembre de 2004, en el asunto T-176/01, Ferriere Nord SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas (Ayudas de Estado - Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente - Empresa siderúrgica - Productos regulados por el Tratado CE - Régimen de ayudas aprobado - Ayuda nueva - Incoación del procedimiento formal - Plazos - Derecho de defensa - Confianza legítima - Motivación - Ámbito de aplicación temporal de las Directrices comunitarias - Objetivo medioambiental de la inversión). *DOUE*, C, núm. 19, de 22 de enero de 2005.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

45. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 9 de septiembre de 2004, en el asunto C-70/03: Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España. Incumplimiento de Estado - Di-

rectiva 93/13/CEE - Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores - Reglas de interpretación - Normas de conflicto de leyes. *DOUE*, C, núm. 262, de 23 de octubre de 2004.

46. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 14 de octubre de 2004, en el asunto C-39/02 (petición de decisión prejudicial planteada por el Højesteret): Mærsk Olie & Gas A/S contra Firma M. de Haan en W. de Boer. Convenio de Bruselas - Procedimiento para la constitución de un fondo de limitación de la responsabilidad por los daños derivados de la utilización de un buque - Acción de indemnización de los daños y perjuicios - Artículo 21-Litispendencia-Identidad de las partes - Órgano jurisdiccional ante el que se interpone la primera demanda-Identidad de causa y de objeto-Inexistencia-Artículo 25- Concepto de resolución-Artículo 27, punto 2 - Denegación del reconocimiento. *DOUE*, C, núm. 300, de 4 de diciembre de 2004.
47. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 28 de octubre de 2004, en el asunto C-148/03 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München): Nürnberger Allgemeine Versicherungs AG contra Portbridge Transport International BV (Convenio de Bruselas - Artículos 20 y 57, apartado 2 - Incomparecencia del demandado - Demandado que tiene su domicilio en el territorio de otro Estado contratante - Convenio de Ginebra relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera - Conflicto de convenios). *DOUE*, C, núm. 300, de 4 de diciembre de 2004.
48. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 20 de enero de 2005, en el asunto C-464/01 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof): Johann Gruber contra Bay Wa AG (Convenio de Bruselas - Artículo 13, párrafo primero - Requisitos de aplicación - Concepto de contrato celebrado por un consumidor - Compra de tejas por un agricultor para el tejado de una granja utilizada parcialmente para usos privados y parcialmente para usos profesionales). *DOUE*, C, núm. 057, de 5 de marzo de 2005.
49. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 20 de enero de 2005, en el asunto C-27/02 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Innsbruck): Petra Engler contra Janus Versand GmbH (Convenio de Bruselas - Petición de interpretación de los artículos 5, números 1 y 3, y 13, párrafo primero, número 3 - Derecho del consumidor destinatario de una publicidad engañosa a reclamar judicialmente el premio aparentemente ganado - Calificación - Acción de naturaleza contractual prevista por el artículo 13, párrafo primero, número 3, o por el artículo 5, número 1, o en materia delictual contemplada por el artículo 5, número 3 - Requisitos). *DOUE*, C, núm. 057, de 5 de marzo de 2005.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

50. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de junio de 2004, en el asunto T-317/01: M+M Gesellschaft für Unternehmensberatung und Informationssysteme mbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa M+M EURODATA - Marca denominativa anterior EURODATA TV - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
51. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de julio de 2004, en el asunto T-334/01: MFE Marienfelde GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marca denominativa anterior HIPPOVIT - Solicitud de marca comunitaria denominativa HIPOVITON - Uso efectivo de la marca anterior - Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Derecho a ser oído. *DOUE*, C, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
52. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de junio de 2004, en el asunto T-107/02: GE Betz Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marca figurativa anterior - Solicitud de marca comunitaria denominativa BIOMATE - No aportación de pruebas en la lengua de procedimiento de la oposición - Confianza legítima - Reglas 16, 17 y 18 del Reglamento (CE) núm. 2868/95. *DOUE*, C, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
53. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de julio de 2004, en el asunto T-115/02: AVEX Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria gráfica que contiene la letra «a» - Marca comunitaria gráfica anterior que contiene la letra «a» - Riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
54. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera), de 6 de julio de 2004, en el asunto T-117/02: Grupo El Prado Cervera, S.L., contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa CHUFACIT - Marcas nacionales anteriores denominativa y figurativa CHUFI - Riesgo de confusión - Riesgo de asociación - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
55. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de junio de 2004, en el asunto T-186/02: BMI Bertollo Srl contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marcas denominativas anteriores DIESEL - Solicitud de marca comunitaria gráfica DIESELIT - Motivo de de-

- negación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
56. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de julio de 2004, en el asunto T-203/02: The Sunrider Corp. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marca anterior denominativa VITAFRUIT - Solicitud de marca comunitaria denominativa VITAFRUIT - Uso efectivo de la marca anterior - Similitud entre los productos - Artículos 8, apartado 1, letra *b*), 15 y 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
57. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de julio de 2004, en el asunto T-270/02: MLP Finanzdienstleistungen AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Marca denominativa bestpartner - Motivo de denegación absoluto - Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Marca carente de carácter distintivo - Marca descriptiva. *DOUE*, C, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
58. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de junio de 2004, en el asunto T-281/02: Norma Lebensmittelfilialbetrieb GMBH & Co. KG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Marca denominativa Mehr für Ihr Geld - Motivos de denegación absolutos - Carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
59. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de julio de 2004, en el asunto T-289/02: Telepharmacy Solutions, Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Signo denominativo TELEPHARMACY SOLUTIONS - Motivos de denegación absolutos - Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Respeto del derecho de defensa. *DOUE*, C, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
60. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de julio de 2004, en el asunto T-115/03: Samar SpA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa GAS STATION - Marca nacional figurativa anterior BLUE JEANS GAS - Denegación de registro. *DOUE*, C, núm. 239, de 25 de septiembre de 2004.
61. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 20 de julio de 2004, en el asunto T-311/02: Vitaly Lissotschenko y Joachim Entze contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Solicitud de marca denominativa LIMO - Motivos de denegación absolutos - Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 251, de 9 de octubre de 2004.

62. Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 5 de julio de 2004, en el asunto T-39/03: DaimlerChrysler AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Oposición - Retirada de la oposición - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 251, de 9 de octubre de 2004.
63. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 16 de septiembre de 2004, en el asunto C-329/02 P: SAT.1 SatellitenFernsehen GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Recurso de casación - Marca comunitaria - Motivos de denegación absolutos de registro - Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Sintagma SAT.2. *DOUE*, C, núm. 273, de 6 de noviembre de 2004.
64. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 16 de septiembre de 2004, en el asunto C-404/02, petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division: Nichols plc contra Registrar of Trade Marks. Marcas - Directiva 89/104/CEE - Artículo 3, apartado 1, letra *b*) - Marca consistente en un apellido corriente - Carácter distintivo - Influencia del artículo 6, apartado 1, letra *a*), en la apreciación. *DOUE*, C, núm. 273, de 6 de noviembre de 2004.
65. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 16 de septiembre de 2004, en el asunto T-342/02, Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corp. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Alcance de la obligación de examen - Transformación en solicitud de marca nacional - Artículo 58 del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 284, de 20 de noviembre de 2004.
66. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de septiembre de 2004, en el asunto T-183/03, Applied Molecular Evolution Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Marca denominativa APPLIED MOLECULAR EVOLUTION - Motivos de denegación absolutos - Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Signo descriptivo. *DOUE*, C, núm. 284, de 20 de noviembre de 2004.
67. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de septiembre de 2004, en el asunto T-183/03, Applied Molecular Evolution Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Marca denominativa APPLIED MOLECULAR EVOLUTION - Motivos de denegación absolutos - Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Signo descriptivo. *DOUE*, C, núm. 284, de 20 de noviembre de 2004.
68. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 21 de octubre de 2004, en el asunto C-64/02 P: Oficina de Armonización del Mercado Interior contra Erpo Möbelwerk GMBH. Recurso de casación - Marca comunitaria - Sintagma DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT - Motivo absoluto de denegación del registro - Carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Regla-

- mento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 300, de 4 de diciembre de 2004.
69. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 7 de octubre de 2004, en el asunto C-136/02 P: Mag Instrument Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Formas tridimensionales de linternas - Motivo de denegación absoluto - Carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 300, de 4 de diciembre de 2004.
70. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 21 de octubre de 2004, en el asunto C-447/02 P: KWS Saat AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Motivo absoluto de denegación - Carácter distintivo - Color por sí solo - Color naranja. *DOUE*, C, núm. 300, de 4 de diciembre de 2004.
71. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 12 de octubre de 2004, en el asunto C-106/03 P: Vedral SA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Riesgo de confusión - Marca denominativa y figurativa HUBERT - Oposición del titular de la marca denominativa nacional SAINT-HUBERT 41 - Calidad de la OAMI de parte demandada ante el Tribunal de Primera Instancia. *DOUE*, C, núm. 300, de 4 de diciembre de 2004.
72. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de octubre de 2004, en el asunto T-356/03: Vitakraft-Werke Wührmann & Sohn GMBH & Co. KG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marca anterior figurativa que contiene el elemento denominativo «Krafft» - Solicitud de marca comunitaria denominativa VITAKRAFT - Motivo de denegación relativo - Uso efectivo de la marca anterior - Similitud entre los signos - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Regla 22, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2868/95. *DOUE*, C, núm. 314, de 18 de diciembre de 2004.
73. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 12 de octubre de 2004, en el asunto T-35/03: Aventis CropScience SA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior - Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria CARPO - Marca denominativa nacional anterior HARPO Z - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 314, de 18 de diciembre de 2004.
74. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de octubre de 2004, en los asuntos acumulados T-117/03 a T-119/03 y T-171/03: New Look Ltd. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marca comunitaria figurativa anterior que incluye la combinación de letras

«NL» - Solicitudes de marcas comunitarias figurativas que incluyen los términos «NLSPORT», «NLJEANS», «NLACTIVE» y «NLCollection» - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 314, de 18 de diciembre de 2004.

75. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 16 de noviembre de 2004, en el asunto C-245/02 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus): Anheuser-Busch Inc. contra Budějovický Budvar národní podnik (Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio - Artículos 2, apartado 1; 16, apartado 1, y 70 del Acuerdo ADPIC (TRIPs) - Marcas - Alcance del derecho exclusivo del titular de la marca - Supuesto uso del signo como nombre comercial). *DOUE*, C, núm. 006, de 8 de enero de 2005.
76. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 5 de octubre de 2004, en el asunto C-192/03 P: Alcon Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Nulidad de la marca comunitaria - Artículo 51 del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Motivo de denegación absoluto del registro - Artículo 7, apartado 1, letra d), del Reglamento núm. 40/94 - Carácter distintivo adquirido por el uso - Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Vocablo «BSS». *DOUE*, C, núm. 006, de 9 de enero de 2005.
77. Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de octubre de 2004, en el asunto T-3/03: Everlast World's Boxing Headquarters Corporation contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Desestimación parcial de registro - Retirada de la solicitud - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 006, de 9 de enero de 2005.
78. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 30 de noviembre de 2004, en el asunto C-16/03 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hovrätten över Skåne och Blekinge): Peak Holding AB contra Axolin-Elinor AB. Marcas - Directiva 89/104/CEE - Artículo 7, apartado 1 - Agotamiento del derecho conferido por la marca - Comercialización de los productos en el EEE por el titular de la marca - Concepto - Productos puestos a la venta al público y posteriormente retirados - Venta a un operador establecido en el EEE con la obligación de comercializar los productos fuera del EEE - Reventa de los productos a otro operador establecido en el EEE - Comercialización en el EEE. *DOUE*, C, núm. 19, de 22 de enero de 2005.
79. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de noviembre de 2004, en el asunto T-164/02, Kaul GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa ARCOL - Marca comunitaria denominativa anterior CAPOL - Amplitud del examen realizado por la Sala de Recurso - Aprecia-

- ción de elementos presentados ante la Sala de Recurso. *DOUE*, C, núm. 19, de 22 de enero de 2005.
80. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de noviembre de 2004, en el asunto T-396/02: August Storck KG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Marca tridimensional - Forma de un caramelo - Motivo de denegación absoluto - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Carácter distintivo adquirido como consecuencia del uso - Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 19, de 22 de enero de 2005.
 81. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de noviembre de 2004, en el asunto T-402/02: August Storck KG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Marca figurativa que representa una forma de envoltorio retorcido (forma de papillote) de los caramelos - Objeto de la solicitud - Motivo de denegación absoluto - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Carácter distintivo adquirido como consecuencia del uso - Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Derecho a ser oído - Artículo 73, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Examen de oficio de los hechos - Artículo 74, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 19, de 22 de enero de 2005.
 82. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 24 de noviembre de 2004, en el asunto T-393/02, Henkel KgaA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Marca tridimensional - Forma de frasco blanco y transparente - Motivo de denegación absoluto - Carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 031, de 5 de febrero de 2005.
 83. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de noviembre de 2004, en el asunto T-173/03: Anne Geddes contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Marca denominativa NURSERYROOM - Motivo de denegación absoluto - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 031, de 5 de febrero de 2005.
 84. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 23 de noviembre de 2004, en el asunto T-360/03: Frischpack GmbH & Co. KG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Marca tridimensional - Forma de una caja para queso - Motivo de denegación absoluto - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 031, de 5 de febrero de 2005.
 85. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de diciembre de 2004, en el asunto T-8/03, «El Corte Inglés, S. A.», contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Marca figurativa EMILIO PUCCI - Oposición del titular de las marcas

figurativas nacionales EMIDIO TUCCI - Denegación parcial de registro. *DOUE*, C, núm. 045, de 19 de febrero de 2005.

86. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 12 de enero de 2005, en los asuntos acumulados T-367/02 a T-369/02: Wieland-Werke AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Marcas denominativas SnTEM, SnPUR y SnMIX - Motivos de denegación absolutos - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 069, de 19 de marzo de 2005.
87. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 12 de enero de 2005, en el asunto T-334/03, Deutsche Post EURO EXPRESS GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Signo denominativo EUROPREMIUM - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 069, de 19 de marzo de 2005.
88. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 19 de enero de 2005, en el asunto T-387/03: Proteome Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Marca denominativa BIOKNOWLEDGE - Motivos de denegación absolutos - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Signo descriptivo. *DOUE*, C, núm. 069, de 19 de marzo de 2005.
89. Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de diciembre de 2004, en el asunto T-261/03, Euro Style '94 Srl contra Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa que incluye el elemento denominativo «GLOVE» - Marcas nacionales e internacionales figurativas y denominativas «GLOBE» - Motivo de denegación relativo - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Recurso carente manifiestamente de fundamento jurídico). *DOUE*, C, núm. 069, de 19 de marzo de 2005.

PROPIEDAD INTELECTUAL

90. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 18 de noviembre de 2004, en el asunto C-91/04: Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Suecia (Incumplimiento de Estado - Directiva 2001/29/CE - Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información - No adaptación del Derecho interno en el plazo señalado). *DOUE*, C, núm. 19, de 22 de enero de 2005.
91. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 9 de diciembre de 2004, en el asunto C-56/04: Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Finlandia (Incumplimiento de Estado - Directiva 2001/29/CE - Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información - No adaptación del Derecho

interno en el plazo señalado). *DOUE*, C. núm. 031, de 5 de febrero de 2005.

SEGUROS

92. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 16 de septiembre de 2004, en el asunto C-28/03, petición de decisión prejudicial planteada por el Symvoulio tis Epikrateias (Grecia): Epikouriko Kefalaio contra Ypourgos Anaptyxis. Seguros - Artículos 15 y 16 de la Primera Directiva 73/239/CEE - Artículos 17 y 18 de la Primera Directiva 79/267/CEE - Procedimiento de liquidación de una empresa de seguros consecutivo a la revocación de la autorización - Rango de los privilegios respectivos de los créditos salariales y de los créditos de seguros. *DOUE*, C, núm. 273, de 6 de noviembre de 2004.
93. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 18 de noviembre de 2004, en el asunto C-85/04: Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa (Incumplimiento de Estado - Directiva 2001/17/CE - Saneamiento y liquidación de las compañías de seguros - No adaptación del Derecho interno en el plazo establecido). *DOUE*, C, núm. 19, de 22 de enero de 2005.
94. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 18 de noviembre de 2004, en el asunto C-87/04: Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica (Incumplimiento de Estado - Directiva 2001/17/CE - Saneamiento y liquidación de las compañías de seguros - No adaptación del Derecho interno en el plazo establecido). *DOUE*, C, núm. 19, de 22 de enero de 2005.

SOCIEDADES

95. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 23 de septiembre de 2004, en los asuntos acumulados C-435/02 y C-103/03 (Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Landgericht Essen y el Landgericht Hagen): Axel Springer AG contra Zeitungsverlag Niederrhein GmbH & Co. Essen KG y Hans-Jürgen Weske (Artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento - Derecho de sociedades - Directiva 90/605/CEE por la que se modifica el ámbito de aplicación de las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE - Artículo 54, apartado 3, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 44 CE, apartado 2, letra g), tras su modificación] - Sociedad que reviste la forma de una sociedad comanditaria simple en la que todos los socios con responsabilidad ilimitada están constituidos bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada GmbH & Co. KG - Publicidad de las cuentas anuales - Posibilidad de que terceros consulten dichos documentos - Concepto de tercero - Inclusión, en particular, de los competidores - Validez - Base jurídica - Principios de libre ejercicio de las actividades profesionales, de libertad de prensa y de igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 314, de 18 de diciembre de 2004.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

COLÁS ESCANDÓN, Ana María: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, ed. Cuadernos Aranzadi Civil, Navarra 2005, 294 pp.

La reforma del Código Civil por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, concede a Ana María Colás Escandón una magnífica oportunidad para estudiar el derecho de relación entre abuelos y nietos, que nuestro legislador reconocía, sólo de manera implícita, en el antiguo artículo 160 CC, al referirse a las relaciones personales del hijo con *otros parientes y allegados* (antiguo art. 160, párrafo segundo, CC), o en el artículo 103.1.º CC, cuando atribuía excepcionalmente la guarda y custodia de los menores a *otra persona* [distinta de los progenitores], que pasaba a ejercer a partir de ese momento funciones tutelares sobre aquéllos bajo la autoridad del juez (art. 103.1.º, párrafo segundo, CC).

Siguiendo el esquema de la reforma, por la que se modifican los artículos 90, 94, 103, 160 y 161 CC, así como el artículo 250 LEC., la autora divide su monografía en dos grandes bloques precedidos de una introducción, que se encuentran dedicados respectivamente al derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos y a la atribución de la guarda y custodia de éstos a favor de aquéllos. El primero de ellos constituye el objeto del capítulo II, y el régimen de guarda y custodia –previsto inicialmente para situaciones de crisis matrimonial, aunque extensible, a juicio de la autora, a otros supuestos que exijan que los menores queden bajo el amparo de sus abuelos– es examinado con amplitud en el capítulo II de la monografía. Los dos últimos capítulos están dedicados, en cambio, al estudio de los ordenamientos forales y del Derecho extranjero.

El capítulo II se dedica por entero a analizar el derecho que el Código Civil reconoce a los abuelos de relacionarse con sus nietos, tanto en situaciones de crisis matrimonial (arts. 90 y 94 CC) como en otras circunstancias en las que la propia guarda o el ejercicio de la patria potestad de los progenitores se hubieran visto afectados de alguna manera (arts. 160 y 161 CC).

En ambos tipos de casos se trata de garantizar a los abuelos el llamado «derecho de relaciones personales» con sus nietos, cuyo fundamento indiscutible –a juicio de la autora– es exclusivamente el interés del nieto, al que se permite comunicar y relacionarse con unas personas con las que mantiene no sólo un vínculo de parentesco sino también de afectividad, facilitándose de esta manera el desarrollo integral del menor. Este derecho de relación, de carácter personalísimo e irrenunciable (lo que no significa que sea obligatorio su ejercicio), temporal (se extingue con la llegada a la mayoría de edad del nieto o con la muerte del nieto o de los abuelos) y variable (su contenido

va a depender de las circunstancias de cada caso) guarda algunas similitudes con el derecho de comunicación y visita que se reconoce al progenitor que no ejerce la guarda en caso de separación.

No obstante, son varias las diferencias que cabe trazar entre ambas situaciones jurídicas. La primera tiene que ver con su naturaleza y fundamento: los padres no sólo tienen derecho, sino que están obligados a mantener esta relación personal con los hijos; para los abuelos, en cambio, sólo surge esta obligación cuando se adopta un acuerdo o se dicta una resolución judicial que así lo imponga. En segundo lugar, muy relacionado con lo anterior, el derecho-deber de los progenitores es de carácter imperativo, de orden público, pero no así el de los abuelos que, desgajado de cualquier relación paterno-filial, constituye un derecho independiente, como lo demuestra la circunstancia de que los padres pueden haber sido privados de la posibilidad de comunicarse con sus hijos, sin que esto afecte a sus progenitores-abuelos del menor. También respecto de la extensión del derecho se aprecian algunas diferencias, siendo mucho más amplio el de los padres, ya que las visitas constituyen en este caso un instrumento eficaz para controlar el ejercicio de la guarda por el progenitor custodio. Otras diferencias tienen que ver con la titularidad del derecho (que corresponde exclusivamente a los progenitores, en el primer caso; y a los abuelos y a otros ascendientes –como bisabuelos, tatarabuelos–, en el segundo), con el procedimiento en que se establece el derecho de cada uno o, por último, con la mayor o menor posibilidad de coerción en caso de incumplimiento (si se trata de los progenitores podrá forzarse incluso el ejercicio de las visitas siempre que ello no entrañe un riesgo para el menor).

La nueva normativa que consolida el derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto encuentra su fundamento, según la autora, en el interés del menor, que es el que, de manera exclusiva, deberá presidir la adopción de acuerdos o medidas judiciales en esta materia. Se analizan en este capítulo segundo los diferentes puntos de vista doctrinales sobre el concepto *interés del menor*, acogiéndose una distinción entre el interés material y el moral, que en caso de incompatibilidad deberá resolverse a favor de este último en cuanto que dirigido a lograr una completa y eficiente formación espiritual, psicológica y educativa del menor. En definitiva, se separa Colás Escandón en su exposición de otras opiniones doctrinales que entienden que el derecho de visita no sólo persigue esta finalidad, sino también la satisfacción de los intereses (morales, espirituales) de los ascendientes a favor de los cuales se reconocería este derecho de relación personal.

Precisamente este planteamiento de defensa de los menores (que extiende igualmente a los nietos mayores que hayan sido incapacitados judicialmente) conduce a la autora a defender la tesis más amplia en torno a la titularidad del derecho, que no sólo atribuye a los abuelos, sino también a los nietos, que podrán acudir a la autoridad judicial, solicitando el reconocimiento del derecho y la concreción de las circunstancias en que deberá ser ejercido, incluso aunque sus progenitores se opusieran. El sujeto pasivo es tanto el nieto (o bisnieto) menor de edad como el mayor de edad incapacitado, pues, en definitiva, se trata de permitir una relación enriquecedora entre abuelos y nietos cuando éstos se hallan privados de la capacidad necesaria para decidir por sí mismos con quién trabar o no contacto. En cambio, quedan excluidos los menores emancipados dada su asimilación a los mayores de edad (art. 323 CC).

El procedimiento en el que van a determinarse estas relaciones entre abuelos y nietos es diferente según cuál sea la situación en la que se haga

necesario, a iniciativa de los interesados, un pronunciamiento de estas características. Puede distinguirse, en general, la situación de crisis matrimonial de los progenitores, el fallecimiento de uno de ellos cuando los hijos menores quedan bajo la guarda y custodia del superviviente y, por último, las situaciones de normalidad matrimonial en la que, sin embargo, la pareja (uno de los miembros o ambos) impide a los hijos relacionarse con sus abuelos. En cualquier caso, deberá darse audiencia al menor en el transcurso de las actuaciones procesales, de conformidad con el reconocimiento a éste de un cierto ámbito de decisión sobre su medio personal, familiar y social, que de una manera muy clara han plasmado los artículos 92, párrafo 2.º, 154, penúltimo párrafo, CC, y 9 LOPJ. Otra cosa será la trascendencia que haya de darse a la negativa del niño (o incapaz) a relacionarse con sus abuelos, que puede no ser definitiva para denegar a éstos la comunicación, debiendo ponderarse la edad (o incapacidad) del nieto, la concurrencia o no de justa causa que impida las relaciones, pero, sobre todo, la menor importancia que tiene este derecho frente al que ostentan los progenitores.

Las situaciones de crisis matrimonial constituyen uno de los puntos en los que ha incidido la reforma del Código Civil de 2003, al preverse la posibilidad de que los cónyuges en el convenio regulador (art. 90 CC) o la autoridad judicial en la correspondiente sentencia en defecto de acuerdo (art. 94 CC) se pronuncien sobre la relación de los nietos con los abuelos.

El artículo 90 CC prevé, efectivamente, que, al suscribir el convenio regulador –presupuesto para la admisibilidad de la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo–, los cónyuges establezcan de modo expreso un régimen de comunicación y visitas a favor de los abuelos. Según se deduce del precepto, el Juez, antes de aprobar el convenio, deberá dar audiencia a estos ascendientes solicitándoles asimismo su consentimiento. Dado que el derecho de relación de los nietos con sus ascendientes (abuelos y bisabuelos) se concibe en beneficio exclusivamente del menor, este consentimiento se interpreta por la autora como un presupuesto para el reconocimiento y la aprobación de las condiciones concretas de ejercicio de esta comunicación. En caso de negativa por parte de los abuelos a ejercerlo, o de incumplimiento de los términos del convenio por ellos autorizado, deberá denegárseles este ejercicio en razón de que el derecho tiene como base la existencia de una relación de afectividad y un interés por parte de aquéllos que, si resulta inexistente, dejará desprovisto de fundamento su ejercicio, amén de las sanciones que serán aplicables a aquéllos.

Junto a él, el artículo 94 CC prevé el establecimiento de medidas similares, si el juez lo considera oportuno («*podrá determinar...*»), durante el propio procedimiento de separación, nulidad o divorcio, en el que deberá darse audiencia a los abuelos (junto con los progenitores, tal y como se deduce de la misma norma), y recabarse su consentimiento sobre las condiciones y modo de ejercicio del propio derecho, teniendo la negativa de aquéllos a relacionarse con sus nietos las mismas repercusiones expuestas con anterioridad. La autora se hace eco de las numerosas críticas que la doctrina ha vertido en torno a este precepto que no explicita el trámite procesal concreto en el que deberá darse audiencia a los abuelos.

La relación entre nietos y abuelos puede solicitarse también al margen del procedimiento de crisis matrimonial de la pareja, cuando alguno de los cónyuges o ambos conjuntamente se oponen a la relación de sus hijos con sus abuelos, o simplemente ésta no tiene lugar por dejadez. A estas situaciones pueden asimilarse también las de ruptura de la pareja de hecho, a la cual no

es aplicable la normativa sobre convenios reguladores o medidas de crisis conyugal, así como los casos en los que fallece uno de los miembros de la pareja, produciéndose el mismo resultado (querido o no por el progenitor supérstite) de que los hijos dejen de relacionarse con sus abuelos.

En este segundo tipo de supuestos las vías de establecimiento o reanudación de estas relaciones son también la convencional y la judicial. Los convenios que los padres (o uno solo de ellos, si se tratara del viudo o viuda) puedan suscribir con los abuelos constituyen la primera fuente de regulación. Sólo en caso de que no se hubiera llegado a un acuerdo podrán éstos (o el menor, representado o no por un defensor judicial, según los casos) acudir ante la autoridad judicial solicitando el reconocimiento de un derecho a relacionarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 160, párrafo segundo, CC. Incluso es posible que esta misma decisión se adopte en caso de acogimiento del menor por terceras personas, de conformidad con el artículo 161 CC, siempre que el Juez lo juzgue beneficioso para aquél, analizando las circunstancias concurrentes en cada supuesto. El instituto de la mediación familiar podría constituir en este sentido un instrumento útil para el logro de estos acuerdos sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial (excepción hecha de aquéllos que pretendan resolverse con arreglo a la Ley gallega de mediación, que restringe su ámbito de la pareja y de las relaciones paterno-materno-filiales).

Tras esta disertación llega la autora a uno de los núcleos esenciales de su exposición que es el contenido de este derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos.

El concepto legal –reflejado en el art. 160 CC– es deliberadamente ambiguo, pues se trata de abarcar situaciones muy diversas que conformen diferentes contenidos para este derecho según las circunstancias concretas de cada caso (art. 160, párrafo 3.º, CC). El criterio clave para dotar a este derecho de unas facultades u otras habrá de ser, como siempre, el interés del nieto. Así, en el caso de las visitas puede abarcar desde la simple ida del nieto a casa de sus abuelos o la venida de éstos al domicilio del menor (o en un punto de encuentro familiar si existieran causas que así lo aconsejaran) hasta la pernocta de éste en casa de aquéllos. La facultad de comunicación incluiría no sólo el derecho a conversar directa y personalmente por teléfono o videoconferencia, sino también a intercambiar correspondencia escrita, ya sea por vía postal ordinaria o empleando los nuevos medios técnicos como el fax o el correo electrónico. Una y otra facultad deberán ser ejercidas en los términos del convenio o de la sentencia judicial, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, sin incurrir en abuso de derecho y respetándose en el caso de las comunicaciones el derecho de intimidad recogido en el artículo 18 CE. No obstante, en el caso de que el ejercicio de estas facultades estuviera resultando perjudicial para el menor, podrá acudir al juez para que deniegue, suspenda o modifique los términos de la relación entre abuelos y nietos, si entendiera acreditada una justa causa. Entre las obligaciones que asumen los abuelos está la de perseguir el interés del nieto, recoger y entregarlo en el lugar y momento establecido, correr con los gastos de desplazamiento, respetar los términos en que se haya establecido el derecho de comunicación o visita y cuidar del menor. Sobre este deber de cuidado construye la autora un supuesto más de responsabilidad por hecho ajeno de los abuelos por los daños causados por los nietos a terceros durante el transcurso de la visita (art. 1903, párrafo 2.º, CC, por analogía: *culpa in vigilando*).

Este derecho de relación personal entre abuelos y nietos debe subsistir, según Colás Escandón, incluso en los casos en que el nieto está en situación de guarda

de hecho, de acogimiento (con base en el art. 161 CC y en la interpretación amplia del art. 173.2.3.ª, tras la reforma del Código Civil por Ley 42/2003, de 21 de noviembre, aunque con matizaciones según el tipo de acogimiento – simple o preadoptivo– y, sobre todo, las circunstancias del caso) o de adopción (con base en el derecho de relación con los *allegados* a que se refiere el art. 160 CC, aunque aplicándolo con suma precaución en atención a lo dispuesto en el art. 178 CC). También, como es lógico, cuando los nietos sean el fruto de una convivencia *more uxorio* de sus progenitores, ya que lo contrario implicaría una discriminación prohibida por el artículo 39 CE, que prevé la protección de la familia con independencia de su origen matrimonial o extramatrimonial.

La actitud impeditiva de los progenitores del menor o incapaz al ejercicio por los abuelos de éste de su derecho a relacionarse con su nieto podrá dar lugar a un cambio en el régimen de comunicación y visitas inicialmente acordado (para lo cual podrá acudir a la autoridad judicial), a una indemnización de daños y perjuicios *ex* artículo 1101 CC si las condiciones de ejercicio de este derecho se hubieran establecido en convenio y, en último término, a una responsabilidad extracontractual de los padres frente al hijo por el daño moral causado. En cambio, no se trata de una causa que pueda dar lugar a la privación de la patria potestad, pues impedir la relación de sus hijos con sus abuelos no constituye un incumplimiento grave de los deberes inherentes a aquélla.

Si la negativa procede del propio nieto, por una mala relación que éste pueda tener con sus abuelos, no deberá imponerse a aquél –se considere justificada o no la negativa– una comunicación y visitas que han sido previstas por el legislador exclusivamente en su interés. Otra cuestión es si esta negativa podrá tener alguna sanción de carácter patrimonial, como puede ser el constituir causa de indignidad, desheredación o de extinción de la obligación de alimentos, a lo que parece que, en principio, atendiendo a la literalidad de preceptos como los artículos 756, 823, 824 y 152 CC, habría que responder en sentido negativo. De *lege ferenda*, no obstante, la autora propugna la solución contraria, siempre que la negativa del menor o incapaz no se debiera a justa causa.

Cuando sean los abuelos los que se nieguen al ejercicio de este derecho (no prestando su consentimiento a la medida pactada en el convenio por los progenitores de su nieto o a la que adopte el juez en el procedimiento de crisis matrimonial) o incumplan su contenido una vez determinadas las condiciones en que aquél debía ser ejercido, las sanciones que corresponderá aplicarles, ante la ausencia de declaración legal, son también –como en el caso de los padres– el sistema de multas coercitivas propias de la ejecución forzosa de una obligación de hacer personalísima (art. 776.2 LEC), la responsabilidad contractual del artículo 1101 CC (cuando el derecho de relación se hubiera establecido en el convenio regulador o en otra clase de acuerdos), la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC por daños morales a su nieto y, de *lege ferenda*, la indignidad, desheredación y la de constituir una causa lícita para denegar –el nieto– derecho de alimentos a sus abuelos en caso de necesidad de éstos. Pero en ningún caso debería imponérseles a la fuerza una relación con sus nietos, no sólo porque desde un punto de vista jurídico esta obligación sería incoercible, sino porque además generaría unas relaciones tensas entre ellos que en nada beneficiarían los intereses del menor o incapaz. La modificación en sentido reductor o incluso la suspensión de este derecho parece una alternativa más viable. Para alguna doctrina no cabría descartar tampoco alguna sanción de tipo penal (delito de desobediencia grave a la autoridad, art. 556 CP/1995), hipótesis que rechaza la autora por entender que el inicio de un procedi-

miento de estas características contra sus padres o abuelos podría resultar todavía más perjudicial para el menor.

La modificación, suspensión o extinción del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos es una de las medidas ante la falta de ejercicio o, al contrario, el ejercicio inadecuado de estas facultades por parte de aquéllos.

La modificación no tiene necesariamente un contenido reductor. Al contrario, puede tener el efecto inverso cuando se hubiera producido una mejora en las relaciones entre abuelos y nietos que justificaran una intensificación de las relaciones entre ellos (por ejemplo, de un simple derecho de comunicación a uno de visitas, que podría llegar a incluir la pernocta del nieto en casa de sus abuelos) o un aumento de la edad de éste. La reducción de las facultades inherentes a este derecho puede venir motivada, en cambio, por un empeoramiento de las relaciones o por un incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de las relaciones personales.

La suspensión ha de producirse en concurrencia de una justa causa (igual que la denegación de este derecho a los abuelos que lo reclamasen), que habrá de ser probada ya que el legislador parte de la presunción de que las relaciones entre nietos y abuelos son beneficiosas para aquéllos (art. 160, párrafo 2.º, CC). La autora realiza un minucioso examen en el capítulo segundo de lo que constituyen justas causas para la (denegación) suspensión de la relación nietos-abuelos, con abundante cita de resoluciones de nuestros tribunales. Entre ellas menciona: los malos tratos físicos o psíquicos inflingidos al nieto por los abuelos o viceversa, la injerencia de los abuelos en el ámbito de la patria potestad de los progenitores de sus nietos, malas relaciones existentes entre el nieto y sus abuelos, situaciones de drogodependencia o alcoholismo de los abuelos (siempre atendiendo a las circunstancias de cada caso, que normalmente no impedirán al menos el derecho de comunicación) o de alguna persona de su entorno (en este último caso, siempre que conviva con ellos, y sin que ello pueda impedir el derecho de comunicación o el de visitas si se ejerce en lugar distinto al del domicilio de los abuelos), el padecimiento de una enfermedad infecciosa por los abuelos o personas de su entorno que entrañe riesgo de contagio para el menor, la enfermedad mental de los abuelos (si es temporal –v. gr. una depresión– la suspensión también será provisional hasta la remisión de la enfermedad), el peligro de que el contacto con los abuelos impida la recuperación psicológica del nieto, el riesgo probado de que el nieto pueda ser sustraído por sus abuelos (art. 158.3.º, CC), el incumplimiento grave y reiterado por parte de los abuelos de los términos establecidos para el ejercicio de su derecho a las relaciones personales o la negativa del nieto a relacionarse con sus abuelos (en contra de alguna resolución judicial, la autora es más partidaria en este caso de suspender temporalmente el ejercicio de este derecho e ir introduciendo paulatinamente la comunicación entre ambas partes a través de cartas, llamadas de teléfono, etc.).

En cambio, considera que no lo son, entre otras, las malas relaciones entre los abuelos y los progenitores del nieto (en interés del menor no deben considerarse justa causa, aunque sí pueden servir para modular el ejercicio de este derecho: fijación de un lugar neutro para las visitas del menor, presencia de profesionales que impidan la influencia negativa sobre el menor, etc.), la simple oposición de los progenitores a que tenga lugar esta relación salvo que esté justificada, el riesgo de que el nieto pueda tener contacto con su progenitor al relacionarse con sus abuelos cuando existe una resolución judicial que restrinja o suspenda las relaciones del hijo con aquél, la falta de

relaciones anteriores entre los abuelos y el nieto o el nuevo matrimonio o unión de hecho de los abuelos.

Por último, defiende la autora que la extinción del derecho, entendida como suspensión definitiva de esta facultad, no es posible, dado el carácter inalienable que posee este derecho (en razón de los especiales intereses que atiende), la falta de previsión legal expresa y la no presunción o interpretación amplia de las limitaciones legales. La búsqueda de la protección de los intereses de los nietos conduce a una mera supresión temporal de este derecho, que, por idénticas razones, no está sometido a un plazo de prescripción o caducidad y es irrenunciable por sus titulares. No obstante, sí constituyen causas de extinción –según Colás– la mayoría de edad, emancipación o recuperación de la plena capacidad por parte del nieto, la muerte o declaración de fallecimiento de éste o de sus abuelos (de ambos, porque si es sólo uno el superviviente seguirá disfrutando de este derecho).

En las últimas páginas del capítulo segundo se estudian los aspectos procedimentales de este derecho de comunicación y visitas, tanto si se hace valer en vía contenciosa como si se acuerda voluntariamente, con ayuda de un mediador familiar (para lo cual se remite al estudio sobre la mediación familiar en la composición de conflictos por el derecho de comunicación y visita de abuelos y nietos recogido en las páginas 89 a 96 de su monografía).

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, ha reformado también la Ley de Enjuiciamiento Civil, añadiendo un nuevo ordinal –el número 13, aunque en su artículo 2 aquella se refiere al ordinal 12– al artículo 250, que establece la tramitación por los cauces del juicio verbal de las demandas que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 CC, con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I del título I del libro IV de esta ley. El reconocimiento de las relaciones abuelos y nietos durante la crisis de la pareja se establecerán en el correspondiente convenio regulador aprobado por el juez o se adoptarán en defecto de éste en la sentencia que resuelva el procedimiento matrimonial de que se trate (nulidad, separación o divorcio) como una incidencia más de éste. Si estas relaciones se adoptan como una medida provisional del artículo 103 CC, deberá estarse al procedimiento contemplado en los artículos 771 y 773 LEC, dependiendo del momento procesal en que se adopten.

Las sentencias que se pronuncien sobre el derecho de relación del artículo 160 CC serán ejecutables provisionalmente (art. 525 LEC, *a contrario*); en cambio, no lo serán, por aplicación del mismo precepto, las recaídas en un procedimiento que resuelva una crisis matrimonial que contenga también un pronunciamiento sobre el derecho de comunicación y visita de los abuelos y nietos.

El capítulo tercero está dedicado a la atribución de la guarda y custodia del nieto a los abuelos en situación de crisis matrimonial que, como una medida provisional en los procedimientos de separación, nulidad o divorcio, prevé el reformado artículo 103 CC.

En su dicción anterior el precepto contemplaba la posibilidad de atribuir excepcionalmente la guarda y custodia de los hijos a otra persona distinta de sus progenitores y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndole unas funciones tutelares que deberían ser ejercitadas bajo la autoridad del Juez. En su vigente redacción la norma concreta las personas sobre las que puede recaer este nombramiento, que serán los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieron. Sólo de no haberlos recaerá el encargo tutelar –no necesariamente identificable con la constitución de este cargo, que implicaría la privación de la patria potestad de los padres, sino más bien con la atribu-

ción temporal de la guarda y custodia del menor— sobre una institución idónea. En el modo en que estas funciones tutelares habrán de ser ejercidas no existe variación alguna respecto de la redacción anterior.

La medida —que podrá adoptarse, por razones de analogía, también en la sentencia que ponga fin al procedimiento— es absolutamente excepcional en cuanto que limitativa del ejercicio de la patria potestad de los progenitores del nieto, y ha de venir presidida —como las anteriores sobre la fijación del derecho de comunicación y visita de abuelos y nietos— por el interés del menor. Aunque en el artículo 103 CC se circunscribe su aplicación exclusivamente a los procedimientos de crisis matrimonial —en concreto, como medida provisional dentro de los mismos— la autora es partidaria de que puedan adoptarse medidas similares de atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los menores en otras circunstancias, aunque siempre de manera excepcional y cuando el interés del menor así lo exigiera (no en vano, el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los niños y las niñas establece que éstos no serán separados de sus padres salvo excepción).

Estas circunstancias pueden ser el desamparo del menor, la convivencia del progenitor con otra persona, la enfermedad o drogodependencia de los padres, la ausencia de los progenitores, los malos tratos, la inducción a realizar actos inmorales o ilícitos, el ingreso en prisión del progenitor o el peligro de que el progenitor cometa con su hijo el mismo delito del que está penalmente acusado (por ejemplo, abusos sexuales).

Huyendo del casuismo extremo, Colás Escandón estima que, en general, las mismas causas de privación de la patria potestad podrían justificar la atribución de la guarda y custodia a los abuelos, aunque aquéllas no hubieran motivado tal privación efectiva, ya que la atribución a los abuelos de la guarda y custodia no implica necesariamente la privación a los progenitores de su patria potestad. Esto significa que los padres seguirán teniendo respecto a sus hijos el deber de velar por ellos (que comprende la adopción de decisiones sobre intervenciones médicas o quirúrgicas de importancia, salvo que medie situación de urgencia —arg. art. 156, párrafo primero, *in fine* CC—), tenerlos en su compañía (aunque entendido aquí, por aplicación analógica del art. 94.1 CC, como un derecho de visita, comunicación y estancia, que el juez deberá acordar, atendidas las circunstancias, si así se lo solicitasen), prestarles alimentos (sin que quepa en este caso la opción del art. 149), educarles y procurarles una formación integral (les incumbirá la toma de decisiones que no tengan que ver con la vida ordinaria de los menores —horarios de sueños, tareas escolares, etc.—, que corresponderá a los abuelos como guardadores), representarlos y de administrar sus bienes (de nuevo debe distinguirse entre lo que son actos de disposición o de administración que entrañen cierto riesgo, que estarán a cargo de los padres, y los actos de administración ordinaria —como reparaciones o ingresos bancarios—, que corresponderá efectuar a los abuelos).

La existencia de varios abuelos plantearía la cuestión de a cuál de ellos —paternos o maternos— atribuir la guarda o custodia en esas circunstancias excepcionales que recomienden sustraer a los hijos del cuidado de sus padres. La falta de indicación legal expresa obliga a una labor de integración normativa que la autora resuelve a través de varios criterios generales (no debe predominar ninguna de las dos ramas sobre la otra, ni el estado civil —divorciado, separado, soltero, viudo— de alguno de estos ascendientes, ni cabrá repartir la guarda y custodia entre ellos, sin que esto implique privar a ninguno de un derecho a relacionarse con su nieto), aunque señalando que serán en

todo momento las circunstancias particulares de cada caso las que deberán impulsar al juez a decidir en un sentido u otro.

El artículo 103.1.^a, párrafo segundo, CC condiciona la atribución de la guarda y custodia de los menores a los abuelos a que éstos presten su consentimiento, lo que se justifica por la autora en razón del carácter más drástico de esta medida (frente al derecho de comunicación y visita) y la analogía con lo dispuesto en el artículo 173.2 CC en materia de acogimiento.

La atribución de esta guarda y custodia motivará –como en el supuesto del derecho de visita– que los abuelos guardadores respondan por los daños que causen sus nietos a terceros con base en los criterios de la culpa *in educando e in vigilando* que se deducen del espíritu y finalidad del artículo 1903 CC.

Esta guarda y custodia de los abuelos se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del nieto, por muerte o declaración de fallecimiento de los abuelos guardadores (si fallece uno de ellos deberá volver a analizarse judicialmente la idoneidad del supérstite para llevar a cabo esta guarda individual), cese de la causa que motivó la adopción de esta medida, finalización del plazo establecido en la resolución judicial (si no se hubiera fijado ninguno deberá revisarse la oportunidad de la guarda transcurridos dos años por aplicación analógica del art. 156 CC) o renuncia de los abuelos.

El capítulo IV de la monografía está dedicado a las relaciones entre abuelos y nietos en los ordenamientos forales (que contemplan disposiciones que propician las relaciones entre ambos parientes –art. 135 del Código de Familia de Cataluña– o incluso la atribución de la llamada autoridad familiar a los abuelos en caso de fallecimiento o privación de la misma a los padres –art. 10 de la Compilación aragonesa–) y el V, último de la monografía, a un examen de esta misma cuestión en el Derecho comparado –ordenamientos francés, italiano, inglés, alemán y norteamericano–, para llegar a la conclusión de que sólo en algunos de estos sistemas jurídicos se reconoce expresamente un derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos.

Nieves MORALEJO IMBERNÓN
Universidad Autónoma de Madrid

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Prólogo del Profesor V. L. Montés, ed. Revista de Derecho Patrimonial, Monografías, Navarra 2004, 306 pp.

El autor de este libro no es, desde luego, desconocido en el ámbito de la más joven y prometedora civilística española. El Dr. De Verda y Beamonte, en la actualidad Profesor Titular de Derecho civil en el Departamento de Derecho civil de la Universitat de Valencia (Estudio General), viene ocupando ya, por derecho propio, un lugar destacado en ese ámbito. A la monografía objeto de este comentario, han precedido otros dos libros, asimismo excelentes, amén de un considerable número de artículos y comentarios jurisprudenciales, que han ido poniendo de manifiesto –según juicio adelantado, tiempo ha por voz más autorizada que la mía, y que suscribo *en su integridad*– que nos hallábamos «*ante un profesor dedicado y más que solvente*» (*Prólogo de*

V. L. Montés al libro «Error y responsabilidad en el contrato», del Dr. De Verda, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999).

Me cupo el honor de dirigir el trabajo de investigación que, para la obtención del grado de Doctor en la Universidad española, llevó a cabo el Dr. De Verda sobre *el error en el negocio jurídico matrimonial*, como becario del Plan nacional de formación de personal investigador del Ministerio de Educación y Ciencia. La referida aportación, además de merecer, con toda justicia, los máximos galardones académicos, ver la luz en la prestigiosa colección «*Studia Albornotiana*» (*El error en el matrimonio*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1997, *Prólogo del Profesor Francesco Galgano*) y constituir, creo sin el más mínimo atisbo de exageración, aportación definitiva en la materia, fue ya un magnífico exponente de las que, a mi juicio, constituyen *características esenciales y constantes* por cuanto se refiere a la labor de investigación del Dr. De Verda (confirmadas plenamente después –de ahí lo de *constantes*– en todas y cada una de sus aportaciones y, de modo especial, en sus monografías «*Error y responsabilidad en el contrato*» y «*Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*»). Me refiero, de una parte, a su aptitud para exponer, *con meridiana claridad*, abstrusas cuestiones ubicadas todas dentro del amplio espectro temático de nuestra disciplina. Posteriormente habrá ocasión de referirse a ello, pero quiero resaltar aquí esta característica, que, a mi juicio, quizá merezca destacarse especialmente cuando el investigador de quien se predica –como es el caso del Dr. De Verda– no limita su labor, como es el caso, a alguna de las amplias áreas temáticas de nuestra disciplina. Creo sinceramente que esta cualidad es especialmente digna de ser destacada cuando no sólo se constata en una monografía de Derecho de familia, sino también en otra perteneciente a la teoría general del contrato, así como en aquella que se enmarca dentro de la temática de la compraventa. Siempre he compartido el criterio de quienes piensan (creo recordar alguna manifestación en tal sentido del malogrado *Profesor Manuel Broseta* en las primeras páginas de su *Manual*) en el sentido de que *claridad y profundidad no están reñidas*. Por eso, no puede menos de considerarse virtud entre las virtudes la aptitud de quien, como el autor de la monografía objeto del presente comentario, es capaz de abordar una temática sin duda compleja, profundizar en ella, obtener conclusiones desde luego defendibles, y proceder a la exposición de las mismas con una claridad tal que hacen seguible el libro y, en definitiva, el hilo argumental de su autor por cualquier estudiante medio de nuestras Facultades. Junto a la anterior, confluye en la labor del Dr. De Verda otra característica, asimismo definitoria –a lo que creo– y constatable igualmente en cualquiera de sus aportaciones: me refiero a la exhaustividad en las fuentes de información. El autor se pertrecha de, prácticamente, toda la información disponible, antes de exponer su parecer sobre la cuestión. Lo que, evidentemente, no puede menos de traducirse en un elevado grado de *seguridad y consistencia* en la formulación de sus conclusiones. Obviamente, se podrá o no estar de acuerdo con aquéllas, pero resulta de todo punto imposible proceder a su descalificación arguyendo que no son producto de una reflexión seria, profunda, y con el apoyo, como digo, de la práctica exhaustividad de los materiales necesarios. De forma quizá más precisa, se ha hecho referencia a este modo de trabajar del Dr. De Verda por parte del Prof. Montés, autor del *Prólogo* al libro objeto del presente comentario: «*El minucioso análisis de las posiciones jurisprudenciales, la referencial abundante, cuando no exhaustiva, de la doctrina española, y la inclusión de las aportaciones francoitalianas, ofrecen un cuadro completo*

de situación, un panorama detallado del funcionamiento y de los problemas que suscitan las “acciones edilicias”...».

El Dr. De Verda, si bien inició su andadura investigadora en el campo del Derecho de familia, ha sabido con éxito proyectar aquélla, como se ha dicho, sobre otras áreas temáticas de la disciplina. Un buen exponente de ello lo constituye su segunda monografía (*Error y responsabilidad en el contrato*, ... cit.), en la que se profundiza en el conocimiento del problema del error como vicio de la voluntad en la contratación, y se formulan asimismo interesantes consideraciones sobre el llamado «error inducido».

En su libro sobre *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, el autor vuelve de nuevo a entrar en la temática del Derecho civil patrimonial y, más concretamente, en la que es propia de un tipo contractual tan paradigmático como lo es el de compraventa. Lejos, sin embargo, de una preocupación por cuestiones meramente conceptuales o puramente académicas, la monografía del Dr. De Verda se desarrolló en el marco de un Proyecto de Investigación cuyo sólo título da idea cabal, a lo que entiendo, de su tremenda repercusión práctica («*La tutela del comprador por los defectos de la cosa*») (baste pensar en la temática atinente a la protección de consumidores y usuarios).

La sistemática de la obra se desarrolla a través de tres capítulos, básicamente equilibrados por cuanto se refiere a su respectiva extensión, dedicado el primero a «*La noción de “vicio” del artículo 1484 del Código civil*», en tanto que el segundo se ocupa de «*El vicio relevante a efectos del saneamiento*». El libro concluye con un tercer capítulo, que excede ligeramente en extensión a los anteriores, y en el que se aborda «*El fundamento y la naturaleza de las acciones edilicias*». Dígase ya que el detallado y minucioso sumario en el que se desglosan cada uno de aquéllos permite al lector obtener una idea, no por aproximada inexacta, del contenido total de la obra.

En el capítulo primero, el autor se plantea cuestión tan preliminar y básica tratándose de vicios ocultos, como la atinente al concepto mismo de vicio. Se trata de un presupuesto sin duda esencial, en cuanto los resultados que respecto de él se obtengan habrán de condicionar, como efectivamente ocurre, todo el desarrollo posterior de la investigación. Se aborda el estado de la cuestión en la doctrina científica. Las nociones «conceptual» y «funcional» de vicio, así como la incidencia de una y otra por cuanto se refiere a la interpretación del artículo 1484 CC (cuya redacción encuentra en DOMAT sus fuentes de inspiración) son expuestas con precisión y claridad, con apoyo en un muy amplio aparato de citas referidas a la doctrina española y francesa. Así, mientras que en clave «conceptual», el antedicho artículo estaría diferenciando, de una parte, entre la noción misma de vicio, entendida como un defecto que ocasiona la inhabilidad de la cosa para servir a su natural destino, y, de otra, el requisito de la gravedad del mismo, alusivo «al grado de frustración que experimenta el comprador como consecuencia de dicho defecto en relación con las específicas utilidades que éste esperaba obtener de la cosa adquirida» (p. 25), de optarse, por el contrario, por una interpretación del artículo 1484 en clave funcional, el resultado es diametralmente opuesto: el vicio deja de concebirse como un concepto apriorístico (en atención a lo que es habitual en el tráfico) sino que se determina en función de los específicos propósitos negociales perseguidos por el comprador con la celebración del contrato (p. 30). La consecuencia se impone: si la cosa, aun resultando inapropiada para el uso al que normalmente se la destina en el tráfico, resultare no obstante útil para el concreto uso al que el comprador pretenda desti-

narla, *el vicio no existe*. En definitiva, la artificiosidad de la noción conceptual de vicio da así paso a la concepción según la cual la posibilidad para el comprador de destinar la cosa al uso previsto *impide* simplemente hablar de vicio. La doble y, en mi opinión, acertada conclusión a la que llega el autor es la siguiente: ni es posible tener por «vicio» un defecto que, obstaculizando el uso normal de la cosa, no afectare sin embargo al *concreto uso* que de ella pretenda obtener el comprador, ni negar tal consideración al defecto que impidiere a aquél destinar la cosa al concreto uso para el que la adquirió con base en la aptitud de aquélla para servir al uso al que habitualmente se destinan otras cosas del mismo género que la comprada (p. 34).

Fiel, una vez más, a ese carácter *minucioso y exhaustivo* que constituye *común denominador* en la labor investigadora del profesor De Verda, se ocupa el autor de los argumentos a favor de la asunción de la noción conceptual de vicio: el analógico, representado por el artículo 1494.II de nuestro Código civil; el de Derecho comparado, constituido aquí por la dicotomía entre «vicio» y «ausencia de cualidad» en el *Codice civile* italiano vigente, haciéndolo finalmente del que denomina «argumento lógico», representado a su vez por la necesidad de *coordinar* el régimen de las acciones edilicias con los remedios generales del Derecho de obligaciones.

Por cuanto se refiere al primero de aquéllos, el autor señala, con acierto, la imposibilidad de extraer una *regla general* (la necesidad de diferenciar *en toda clase de ventas* entre ausencia de cualidad expresada en el contrato y defectos —«vicios edilicios»— que impidan extraer de la cosa vendida las utilidades que naturalmente le corresponda prestar) de un supuesto de hecho de suyo tan restrictivo como el albergado en el artículo 1496. En definitiva, fuera del ámbito de la venta de animales, no es posible encontrar precepto alguno que, como el artículo 1496.II, restrinja los vicios susceptibles de dar lugar a redhibición a los determinados por la ley o por los usos locales. Por el contrario, el artículo 1484 presenta una formulación abierta en la que, por tal, cabe desde luego cualquier defecto que haga la cosa vendida «impropia para el uso a que se destina» o «disminuya de tal modo ese uso, que de haberlos conocido el comprador, no la habría comprado o habría dado menos precio por ella». La referencia específica entonces a los supuestos de ausencia en la cosa de *una cualidad especialmente prevista en el contrato* resultaría así de todo punto innecesaria al hallar cabida ésta en la amplia definición de «vicio» que acoge el precepto.

Se ocupa el autor a continuación de otro de los argumentos esgrimidos a favor de una noción «conceptual» de vicio: el que, hipotéticamente, podría venir representado por el Derecho italiano y, más concretamente, por el análisis de los artículos 1490 (supuestos de «vicio») y 1497 («ausencia de cualidad») del *Codice civile*. Buen conocedor del ordenamiento de aquel país, el profesor De Verda sabe atraer desde luego la atención del estudioso al convertir en «eje» de su análisis un dato tan sensible para cualquier jurista medianamente avisado como el representado por la *diversidad de efectos*: mientras que las acciones edilicias estarían al servicio de los supuestos en que la cosa resulte inútil para su normal destino, los defectos provenientes de la ausencia en la cosa vendida de una cualidad especialmente prevista en el contrato discurrirían a través del cauce representado por las acciones generales de incumplimiento (y, entre éstas, de modo especial, la resolutoria). El meticoloso análisis que el autor lleva a cabo de los precedentes legislativos, le conduce sin embargo a calificar, de modo firme y seguro, como «solución de compromiso» la del *Codice civile*. Sus redactores, si bien no suprimieron la

distinción entre «vizi» y «mancanza di qualità», quizá a causa del amplio predicamento de que aquélla había venido gozando en la doctrina y jurisprudencia italianas bajo el *Codice* de 1865, la privaron sin embargo de relevancia práctica a través de la unificación del plazo de ejercicio de las acciones redhibitoria y de la general de resolución. Se evitaba así, ya bajo el imperio del *Codice* vigente en la actualidad, que el éxito de la demanda pudiera depender de la circunstancia de que el defecto denunciado viniera calificado como vicio” o, por el contrario, como un supuesto de «ausencia de cualidad».

Especialmente brillantes resultan en mi opinión las amplias consideraciones del autor encaminadas a desechar el argumento según el cual la asunción de una noción conceptual de vicio se ofrecería como consecuencia de la necesidad de *coordinar* de algún modo las acciones edilicias con la de anulación por error y con las de incumplimiento. Desde esta perspectiva, el propósito (por demás tan corriente entre los juristas) de tratar de delimitar con nitidez y precisión los respectivos ámbitos de aplicación de las figuras en estudio, conduciría a restringir el propio de las acciones edilicias a aquellos supuestos en que la cosa vendida adoleciera de un *defecto que la hiciere impropia para su destino normal* (esto es, de un «vicio», entendido éste en su sentido conceptual). Por el contrario, la ausencia en aquélla de una cualidad *que la hiciese impropia para un destino especial y singularmente determinado en el contrato*, permitiría al comprador el ejercicio de la acción de anulación por error. Las consecuencias prácticas a las que, necesariamente, conduce el hilo argumental expuesto se imponen por evidentes: aun padeciendo el comprador un error esencial, no cabría la impugnación cuando dicho error fuere consecuencia de la existencia de un «vicio» en la cosa vendida. Y la dicha imposibilidad para éste de proceder, entonces, al ejercicio de la acción por error, se ofrecería con meridiana claridad como simple consecuencia de la antedicha delimitación. El supuesto descrito caería, en exclusiva, en el marco o ámbito de las acciones edilicias. Forzoso es reconocer que el análisis de la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa resulta aquí completo por exhaustivo. De modo pormenorizado se exponen, con todo detalle y sin que se resienta en ningún momento la claridad expositiva, las distintas posiciones de las Salas respectivas (contraria a la compatibilidad de ambas acciones la jurisprudencia de la Sala Tercera, y con mayor grado de oscilación la de la Sala Primera, favorable en principio a la compatibilidad, siquiera resoluciones recientes parezcan apuntar en dirección opuesta). En todo momento el amplio (y con frecuencia exhaustivo) aparato de citas que el autor utiliza presenta un perfectísimo engarce con el hilo discursivo del texto principal. Diría que se trata, por lo demás, de un *modus operandi* al que nos tiene acostumbrados el profesor De Verda en sus aportaciones. La amplitud de las notas a pie de página denotan, en cualquier trabajo desde luego, y por supuesto en principio, un cierto grado de seriedad y profundidad en la investigación. No queda sino corroborarlo en la presente monografía. Por lo demás, comparto desde luego la posición del autor en cuanto a la imposibilidad de restringir arbitrariamente el ámbito de aplicación del artículo 1266 de nuestro Código. «*El precepto no exige –afirma– que la ausencia de la cualidad sobre la que recae el error impida destinar la cosa a un uso especialmente previsto por las partes, sino simplemente que el error recaiga sobre una cualidad determinante de la prestación del consentimiento de quien lo padece*». No cabe sino concluir que las consecuencias a las que conduciría la asunción de la noción conceptual de «vicio» carecen de encaje adecuado en el marco de nuestro Código civil. Si se tiene en cuenta que, comúnmente, los bienes se

adquieren en atención al uso *al que normalmente se los destina en el tráfico*, la asunción de una noción conceptual de «vicio», y la consiguiente imposibilidad entonces del ejercicio de las acciones por error, acarrearía una consecuencia en modo alguno defendible: la expulsión del error del ámbito de la compraventa, paradigma de los contratos de finalidad traslativa. Ciertamente, no pudo ser este el designio del legislador.

Con similar argumentación, se descarta asimismo el planteamiento que trata de explicar, en términos de exclusión, el marco de relaciones entre, de una parte, las acciones edilicias y, de otra, las generales de incumplimiento. ¿Acaso es posible entender que, concurriendo un vicio (entendido éste, claro es, según la noción conceptual), el comprador sólo pueda accionar en el breve plazo que establece el artículo 1490 para las acciones edilicias, mientras que faltando en la cosa vendida una cualidad expresamente prevista en el contrato cuente con el amplio plazo de prescripción de quince años previsto en el artículo 1964, durante el cual podría ejercitar las acciones generales de incumplimiento de los artículos 1101 y 1124? No menos extraño resulta asimismo que, tratándose de un defecto que hace la cosa inútil *para su destino habitual*, obtenga el comprador menor protección que ante otro que la hace impropia *para un uso específico, distinto del habitual*.

A modo de recapitulación, se formulan las siguientes conclusiones:

a) Las normas de los artículos 1484 ss. CC no se hallan en relación de especialidad respecto de la contenida en el artículo 1266, en cuanto que el régimen de responsabilidad del vendedor por vicios ocultos *no es una concreta aplicación de la doctrina del error en sede de compraventa*.

b) Dicho régimen de responsabilidad, lejos de hallar su fundamento y razón de ser en la existencia de un vicio en el consentimiento del comprador, responde a la concurrencia de un *vicio* en la cosa que viene a alterar el equilibrio prestacional previsto en el contrato, con la consiguiente quiebra del sinalagma. De ello cabe inferir la inexistencia de obstáculo en orden a la compatibilidad de dichas acciones con las de anulación por error, cuando se den los requisitos exigidos en las respectivas normas y en los plazos de caducidad previstos en los artículos 1490 y 1301 CC.

c) La calificación de las acciones, redhibitoria y estimatoria, como «acciones de incumplimiento» se ofrece altamente dudosa. El carácter *rescisorio* (más concretamente, rescisión por lesión) de la acción redhibitoria, le aparta sensiblemente de la naturaleza propia de las acciones de incumplimiento, dirigidas a obtener la resolución del contrato o la reparación o sustitución de la cosa defectuosa.

d) El criterio delimitador de las relaciones entre acciones edilicias y de incumplimiento, lejos de hacerse descansar en el *tipo de defecto* que concurra en la cosa entregada, debe «residenciarse» por el contrario en el *carácter específico o genérico* del bien objeto del contrato. Así, mientras que las acciones edilicias se ofrecerían como remedios jurídicos con los que contaría el comprador de una *cosa específica viciosa*, las acciones generales de incumplimiento corresponderían al comprador de *cosas genéricas* al que le hubieren sido entregados bienes defectuosos. La asunción de una noción conceptual de vicio deja así de ser necesaria.

El primero de los capítulos de la obra concluye con el análisis de la jurisprudencia y la formulación de unas conclusiones *condensatorias* de esa fase de la investigación. En mi opinión, el tratamiento que el profesor De Verda lleva a cabo de la jurisprudencia sólo elogios merece. Con brevedad y conci-

sión, el autor suministra al estudioso la idea esencial y básica. En definitiva, la respuesta a la interrogante fundamental: ¿acoge la jurisprudencia española la noción «conceptual» de vicio o, por el contrario, la «funcional»? Sin necesidad, pues, de prolijas disquisiciones, se formula un juicio o parecer global o de conjunto sobre la doctrina sentada en las resoluciones judiciales. La noción «conceptual» de vicio no es la seguida por la jurisprudencia española, que considera compatibles la acción de anulación por error y la redhibitoria. Tampoco la delimitación del campo de aplicación de las acciones edilicias y de las de incumplimiento bascula según que el defecto haga a la cosa inhábil para su destino normal o, por el contrario, para otro especialmente previsto. Hecha esta delimitación *básica*, se pasa a examinar la jurisprudencia del Supremo y la de los Tribunales de instancia. La adecuada atención a los supuestos de hecho en cada caso contemplados, así como la agilidad en su exposición, alejan desde luego la disertación del carácter farragoso que, con demasiada frecuencia, se deja sentir en los análisis jurisprudenciales. Finalmente, en tema de tanta repercusión práctica como el que es objeto de la obra que se comenta, sólo plácemes puede merecer que, tras el análisis de la doctrina del Tribunal Supremo y de los Tribunales inferiores, se contenga una enumeración (¡naturalmente sin pretensiones de exhaustividad!) de «vicios» que dieron lugar al ejercicio con éxito de las acciones edilicias, y que, en asimismo loable intento de rigor sistemático, se ofrezcan agrupados según que el fallo corresponda al Tribunal Supremo o, por el contrario, a Tribunales de instancia.

En el segundo de los capítulos, y expuesta ya en el primero la noción misma de vicio, se ocupa el autor del *Vicio relevante a afectos del saneamiento*. En definitiva, de los requisitos que deben concurrir en aquél en orden a que el comprador pueda ejercitar en su caso las acciones edilicias. Manifiesta el autor, con razón, que de los tres requisitos comúnmente exigidos por la jurisprudencia y la doctrina científica en orden a la relevancia del vicio (carácter oculto, preexistencia del mismo al tiempo de la celebración del contrato y gravedad), la problemática con mucho más intrincada la ofrece, sin duda, el atinente a la gravedad de aquél. Consecuentemente con ello, el profesor De Verda no duda en manifestar su propósito de dedicar una especial atención al mismo. Y, efectivamente, el tratamiento que a la *gravedad* del vicio dedica el autor es, desde luego, original, novedoso, fundamentado y profundo, y yo diría que, además de todo lo anterior, el lector se siente tentado a hacerlo suyo, a compartirlo en definitiva, por cuanto claramente tuitivo y protector de los intereses del comprador. Sin embargo, este carácter verdaderamente «central», como he dicho, que el análisis de la gravedad del vicio ocupa en el presente capítulo, la verdad es que no minimiza en absoluto la atención que, asimismo, se dispensa al carácter oculto de aquél y al de la preexistencia del mismo al tiempo de la celebración del contrato. En casi una treintena de páginas de apretada y densa información, el profesor De Verda va situando al lector en el marco de la problemática que, en la actualidad, rodea el carácter oculto del vicio y a la preexistencia del mismo al tiempo de la celebración del contrato. El entronque con las fuentes romanas, las referencias oportunas y precisas a nuestro Derecho histórico, y, de modo especial, el detallado examen de la jurisprudencia más reciente, vienen a situar la obra en un plano que, a lo que entiendo, supera con mucho el que cabría llamar de investigación estrictamente académica, proyectándola también sobre el que es propio de los prácticos del Derecho. Puestos a destacar un punto concreto, especialmente sugerente me parece la incidencia que, respecto del

carácter oculto del vicio, pueda tener en su caso la declaración del vendedor de que un determinado vicio, cuya existencia él mismo admite, es fácilmente reparable cuando en realidad carezca de remedio, supuesto éste en que la jurisprudencia gala más reciente se inclina a su calificación como oculto. Y, en esa misma línea, en ese elogiado propósito del autor de huir de lugares comunes, detectable a lo largo de toda la obra, y aún más digno de encomio tratándose de una materia tan clásica como la que constituye el objeto de esta monografía, en la que se suele tener la impresión de «estar ya todo dicho», yo destacaría también –por cuanto se refiere ahora a la preexistencia del vicio al tiempo de la conclusión del contrato– la afirmación, apoyada, de un lado, en recentísima jurisprudencia, y, de otro, en el brevísimo plazo de caducidad del artículo 1490, según la cual bastará (en orden al ejercicio de las acciones edilicias) con la existencia en el objeto vendido de una predisposición a desarrollar el vicio según el normal desenvolvimiento de las cosas, con independencia de que dicho vicio se halla manifestado o no al tiempo de interponerse la demanda.

Las páginas 113 a 176 se dedican al análisis pormenorizado del requisito de la *gravidad* del vicio. Como es habitual en él, el autor sitúa exactamente al lector con un planteamiento claro y conciso del «status quaestionis». «Es “*communis opinio*” –afirma– que el vendedor sólo responde de los vicios de la cosa vendida, que además de ser ocultos y preexistir al tiempo de la conclusión del contrato, sean graves». Las consecuencias que un tal planteamiento arrojan sobre la adecuada protección de los intereses en juego se describen, asimismo, con meridiana claridad: «La exigencia del requisito de la *gravidad* en el sentido expuesto comporta que cuando el vicio no sea grave el comprador, no sólo se verá privado de la posibilidad de ejercitar la acción redhibitoria, sino que tampoco podrá ejercitar la acción estimatoria». Y, a continuación, se adelanta ya el punto de vista que va a defenderse: «la primera consecuencia parece lógica, la segunda, no» (ob. cit., pp. 113-114). En este sentido, el proceso de revisión del requisito de la «*gravidad*» no puede desconectarse en modo alguno de la concepción misma que del vicio se profese. Acogida, pues, en el capítulo primero una noción «funcional» de vicio, la razón de la exigencia del requisito de la *gravidad* «no debe ser otra que excluir el ejercicio de la acción redhibitoria cuando el vicio que concurre en la cosa sea leve, reconociendo entonces al comprador, exclusivamente, la posibilidad de pedir una reducción proporcional del precio a juicio de peritos» (p. 117). Sin embargo, incluso entre quienes defienden una noción «funcional», el requisito de la *gravidad* viene concebido, no ya como un requisito para el ejercicio de la redhibitoria, sino también como requisito para el ejercicio de la estimatoria o *quantum minoris*, lo que comporta la exclusión de la responsabilidad del vendedor por los vicios leves.

La crítica que entonces se formula a este parecer mayoritario, casi unánime, imperante en la doctrina científica se hace bascular sobre dos ejes centrales, normativo el uno y de adecuada protección de los intereses en juego el otro. De una parte, la exclusión de la responsabilidad del vendedor por los vicios leves se aviene mal con el claro tenor del artículo 1484 CC, conforme al cual el vendedor responde, no sólo de los vicios graves, sino también de los que no lo son, esto es, de aquéllos, que de haber sido conocidos por el comprador, quizá no le habrían disuadido de adquirir la cosa, pero sí le habrían hecho pagar un menor precio por ella. De otra parte, negar al comprador de una cosa defectuosa la posibilidad de demandar la

reducción proporcional del precio, cuando el defecto que en aquella concurra, aunque sea de escasa entidad, pueda ser calificado como «vicio» *ex* artículo 1484, oculto y preexistente al tiempo de la celebración del contrato, resulta difícil de explicar. En definitiva, el parecer expuesto *confunde* «vicio relevante» con «vicio redhibitorio», por cuanto el requisito de la «gravedad», lejos de circunscribirse a elemento indispensable para el ejercicio de la redhibitoria, viene convertido en presupuesto en orden a la relevancia misma del vicio, excluyéndose así el ejercicio de la «*quanti minoris*» cuando aquél carezca de la suficiente gravedad. El respeto que un tal planteamiento conlleva hacia la tipificación unitaria del supuesto de hecho de las acciones edilicias, implica sin embargo, como contrapartida, la vulneración –en perjuicio del comprador– del claro tenor del artículo 1484 CC, conforme al cual el vendedor responde de *todos los vicios ocultos* de la cosa vendida existentes al tiempo de la celebración del contrato, y no sólo de los graves. La solución, entonces, en opinión del autor, no parece pueda ser otra que la de salvaguardar el principio de responsabilidad general del vendedor por los vicios ocultos consagrado en el artículo 1484, aunque para ello haya que realizar una interpretación correctora del tenor del artículo 1486.1 CC. El autor, sin embargo, no limita su labor desde luego a la «constatación» de esa *falta de armonía* (como él mismo la califica) existente entre, de una parte, la tipificación del vicio relevante, y, de otra, los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa. Una vez más, y tal y como nos tiene acostumbrados ya en aportaciones anteriores, huye decididamente de «quedarse en la superficie», profundiza, y trata de encontrar los fundamentos mismos capaces de «explicar» esa falta de coordinación entre ambos preceptos. El propósito, a lo que creo, se consigue. En más de una veintena de páginas de apretada y densa información se traza un panorama ciertamente completo de esas causas explicativas. La lectura atenta de las notas a pie de página resulta también aquí de todo punto indispensable. De especial interés, a lo que entiendo, resultan las referencias a ese sector de nuestra doctrina (DE BUEN, MUCIUS, BORRELL Y SOLER), minoritario desde luego, pero *de algún modo crítico* hacia la tipificación unitaria del supuesto de hecho de las acciones edilicias, así como la pormenorizada exposición del Derecho de Partidas, y, de modo muy especial, el análisis de los artículos 1641 y 1644 *Code* así como de sus fuentes de inspiración (DOMAT para el primero, POTHIER para el segundo). Cumplidamente se demuestra que esa apuntada «falta de armonía» entre los artículos 1484 y 1486 de nuestro Código no es sino un trasunto de la a su vez existente entre los citados preceptos del Código galo, de los que aquéllos traerían causa.

Se impone, pues, proceder a la distinción entre «vicio relevante» y «vicio redhibitorio», circunscribiendo exclusivamente al último el requisito de la gravedad. Así, mientras que por «vicio relevante» habría que entender todo defecto que mereciera la consideración de «vicio» conforme a la definición del artículo 1484 CC, y en el que concurra, claro es, el requisito de oculto y preexistente al tiempo de la celebración del contrato, el «vicio redhibitorio», presupuesta asimismo la concurrencia del carácter oculto y de la preexistencia, vendría cualificado por la circunstancia de la gravedad (haciendo «la cosa impropia para el uso a que se destina» o por disminuir «de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido»). Es consciente el autor, desde luego, que la solución por él propuesta implica romper la tipificación unitaria del supuesto de hecho de las acciones edili-

cias, pero ello permitiría salvar el principio de responsabilidad del vendedor por *todos los vicios* (no sólo los graves) ocultos y existentes al tiempo de la celebración del contrato. La lógica del argumento resulta, a lo que entiendo, impecable. Ello no obstante, quizá cabría argüir en pro del carácter *frecuentemente residual* con el que en la realidad se ofrecerán esos otros «vicios» *relevantes pero no redhibitorios*. Quiérese decir que los supuestos con mucho más frecuentes lo serán, a lo que entiendo, de vicios redhibitorios, en los que la cosa vendida resultará inservible para el uso al que se la destina, o disminuirá de tal modo ese uso que el comprador no la habría comprado o habría pagado menor precio por ella. Desde la perspectiva expuesta, que no pretende ser otra que la de pura frecuencia estadística por cuanto a la producción del supuesto se refiere, surge un atisbo de duda en cuanto a la configuración misma se refiere de ese «vicio relevante», que nunca sería redhibitorio.

Se aborda posteriormente el análisis del requisito de la gravedad en la práctica jurisprudencial. Y ello en casi una veintena de páginas en las que se comienza con el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, haciéndolo después de la de instancia. Especialmente acertada me parece la sistemática utilizada por cuanto se refiere al tratamiento de las resoluciones judiciales de instancia. Fundamentalmente, por ofrecerse en perfecta armonía con las ideas directrices y básicas del hilo discursivo del autor. De otra parte, el lector no encuentra solución de continuidad alguna cuando pasa de la argumentación teórica al enfoque de la jurisprudencia, salvando así un defecto que con frecuencia cabe detectar en el tratamiento monográfico de temas jurídicos, el de la farragosidad y, en muchas ocasiones, consiguiente oscuridad de los tratamientos jurisprudenciales. Hay, sin duda, un toque personal en el tratamiento de la jurisprudencia, que hace, como digo, que esa claridad expositiva que caracteriza a toda la obra no se ve empañada un ápice cuando, tras la elucubración teórica, se pasa al análisis y estudio de las resoluciones judiciales.

Las últimas veinte páginas de la monografía se dedican a un análisis, asimismo denso y pormenorizado, atinente al plazo de ejercicio de las acciones edilicias. La práctica imposibilidad de aportar soluciones «nuevas» en este subsector de la parcela temática atinente a dichas acciones (vgr., determinación del plazo de ejercicio, calificación del mismo como de prescripción o caducidad, fijación del «dies a quo» para el cómputo del plazo, etc.), diríase se ve sin embargo «compensada» con la exhaustividad de las notas a pie de página que fundamentan las soluciones defendidas, soluciones que, insisto, no pueden ser otras sino las tradicionalmente aceptadas en la práctica jurisprudencial y en el análisis doctrinal. Dignas, asimismo, de encomio –por lo que suponen de plena actualización de la monografía objeto de la presente recensión– resultan las consideraciones que, al socaire de la posibilidad de modificación convencional del plazo de ejercicio de las edilicias, lleva a cabo el autor a propósito de la legislación de consumo y, más concretamente, referidas a la Ley 23/2003, así como a la notoria incidencia de aquella en las ventas de bienes de consumo, por la vía de establecer un régimen legal que, superando la vieja disciplina del saneamiento por vicios ocultos, viene así a excluir su aplicación en dichas ventas (cfr., nota 145, pp. 165-167). No menos exhaustivo resulta el tratamiento que el autor dispensa a la acción mencionada en el segundo párrafo del artículo 1486 CC, tendente a hacer efectiva la responsabilidad precontractual del vendedor de mala fe. También aquí la solución que, en términos generales, expone y defiende el autor no puede ser otra sino la de entender

que, una y otras acciones, responden a diversos fundamentos: mientras que las edilicias presuponen una responsabilidad objetiva del vendedor, «independiente de cualquier reproche culpabilístico, que deriva de la mera existencia en la cosa vendida de un vicio oculto preexistente al tiempo de la celebración del contrato, la acción prevista en el artículo 1486.II presupone la “culpa in contrahendo” del vendedor, quien sólo responderá cuando no haya informado al comprador de los vicios de la cosa, que conociera o que pudiera haber conocido mediante el empleo de una diligencia regular al tiempo de la celebración del contrato» (p. 170). La completitud y densidad de la información contenida en las anotaciones a pie de página (Derecho romano, Derecho histórico español, y doctrina y jurisprudencia españolas más recientes) convierten, asimismo, en autorizado y personal el tratamiento de la cuestión.

El capítulo tercero viene dedicado al «*Fundamento y naturaleza de las acciones edilicias*». Por cuanto a mí respecta, he de confesar que ese cierto clima de expectación que el autor de la monografía consigue crear por lo que atañe a la naturaleza misma de las acciones objeto de estudio, justificaría de algún modo que cuando el lector aborda el tercero de los capítulos tenga la impresión de que, por fin, se va a desvelar una de las principales incógnitas de la obra. Y, consecuentemente, aborde, no sin un cierto grado de avidez, la lectura de las páginas en las que, ya definitivamente, se espera encontrar un pronunciamiento definitivo del autor sobre una de las cuestiones, a lo que entiendo, centrales o nucleares del estudio. Valgan las consideraciones anteriores a propósito de que esa cuestión, insisto, nuclear, y atinente a la naturaleza de las acciones, sale a relucir con prontitud en las primeras páginas de la obra. Así, ya en la página 63, y a propósito de la noción de «vicio», el autor no duda en calificar como «más que dudosa» la calificación como «acciones de incumplimiento» de la redhibitoria y estimatoria, pero se echa de menos sin embargo un posicionamiento expreso al respecto. Hay que esperar para ello al tercero de los capítulos, en el cual se desarrolla ya cumplidamente aquél.

En mi opinión, el tercero de los capítulos de la obra es de una especial brillantez, constituyendo además una especie de recapitulación de todo el contenido de aquélla. En efecto, huyendo con acierto de planteamientos puramente teóricos, el planteamiento del «status quaestionis» refleja enseguida que, para el autor, el análisis teórico se ofrece enteramente al servicio de una cumplida explicación del Derecho positivo vigente. La responsabilidad *objetiva* que consagra el artículo 1485 CC es singular, «ya que contrasta con la que es regla general en nuestro Código civil, donde la responsabilidad contractual o extracontractual, presupone un comportamiento del sujeto responsable contrario a la buena fe, sea doloso o negligente (cfr., arts. 1101 y 1902 CC)» (p. 184). El análisis teórico se encamina así a tratar de hallar explicación cumplida del «porqué de este régimen de responsabilidad, que, al operar con independencia de la buena o mala fe del vendedor, supone una clara opción legislativa a favor del comprador» (*loc. ult. cit.*).

Tres grandes hilos argumentales sirven al autor, expuesta la cuestión en los términos que acaban de transcribirse, para llegar a una conclusión definitiva: la consistente en inclinarse, decididamente, por una lectura de las acciones edilicias *en clave de lesión*. Pero para llegar a dicha conclusión, que estimo desde luego, de todo punto acertada, el autor lleva a cabo una exposición pormenorizada, y deliciosa, de aquellas otras posiciones que, frecuentemente, han venido siendo utilizadas para la explicación de dicha naturaleza:

de un lado, la consistente en explicar el régimen de responsabilidad del vendedor como una *concreta aplicación de la doctrina del error* en sede de compraventa; de otro, el intento de explicar el régimen de responsabilidad por vicios como la respuesta del ordenamiento jurídico ante el incumplimiento de una obligación, la de saneamiento, entendida ésta como el deber que tendría el vendedor de entregar al comprador una cosa útil o que pudiera servir al uso para el que se la destina. Al análisis de ambas posiciones, se dedican casi cincuenta páginas (185-230), de densísimo contenido y sin que por ello se resienta en ningún momento lo más mínimo la claridad expositiva. No me resisto a hacer constar que la profundidad de conocimientos del autor en tema de error se dejan sentir en el tratamiento de las acciones edilicias precisamente en esa clave. Diría que si algo se echa en falta quizá sea alguna autocita de alguna(s) monografía(s) de aquél sobre el error como vicio del consentimiento. Pero esa profundidad de tratamiento no se resiente un ápice cuando de la pretendida explicación de las edilicias en clave de error, se pasa a aquélla otra que pretende situarlas en clave de incumplimiento. También aquí, el enfoque de la cuestión, pese a la dificultad que de suyo presenta la temática del incumplimiento en el marco de las relaciones obligatorias, es ágil, sincrético y directamente enfocado al núcleo de la cuestión objeto de análisis. Siguiendo el parecer de autorizada doctrina científica, el autor concluye afirmando la autonomía de la obligación de saneamiento respecto de la de entrega, y proponiendo (como criterio de coordinación de las acciones edilicias con las de incumplimiento), el de limitar el juego de las primeras a la compraventa de cosa específica, haciéndolo las segundas en el ámbito de la de cosas genéricas.

Excluida, pues, la caracterización de las acciones edilicias como «acciones de incumplimiento», que acabaría convirtiendo la obligación de saneamiento en un simple complemento de la obligación de entrega, expandiendo así el contenido de esta última, que no sería tan sólo el de entregar la cosa vendida, sino, además, el de entregarla sin vicios, «parece inevitable –afirma el autor– decantarse por la tesis que realiza una lectura de las acciones edilicias *en clave de lesión*. Desde este punto de vista, la disciplina de los artículos 1484 ss. CC es *«la respuesta del ordenamiento ante el perjuicio económico que experimenta el comprador de una cosa específica en la que existen vicios ocultos que la hacen inútil o menos valiosa, razón por la cual se le concede la posibilidad de pedir la rescisión del contrato o una rebaja proporcional del precio, con el fin de mantener íntegro el sinalagma y el equilibrio de las prestaciones»* (p. 230).

En definitiva, en mi muy modesta opinión, creo que se está ante una magnífica monografía, constitutiva de una verdadera aportación al tema en estudio, redactada con un grado de claridad expositiva que sólo elogios merece, y que, en definitiva, viene a poner de manifiesto, una vez más, la valía personal de su autor y su aptitud para la investigación jurídica en cualquiera de los campos temáticos de nuestra amplia disciplina. Sólo resta, pues, felicitar muy sinceramente a su autor y hacerlo también al Profesor V. L. Montés.

Salvador CARRIÓN
Departamento de Derecho civil
Universitat de Valencia (Estudio General)

GÓMEZ CALLE, Esther: *El artículo 18 LPH: La impugnación de los acuerdos en el régimen de la propiedad horizontal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 92 pp.

La estructura general de la obra consta de dos grandes apartados en los que se estudian las causas de impugnación de los acuerdos sociales contemplados en el artículo 18 y las reglas de procedimiento para impugnación de estos acuerdos. Se desarrollan a continuación otros dos apartados de menor extensión dedicados al estudio de la ejecutividad, salvo posible suspensión del acuerdo impugnado y a la posibilidad de nulidad absoluta de los acuerdos comunitarios.

La primera de las causas de impugnación de acuerdos analizada es la contrariedad a la ley. Al igual que sucedía con la redacción del antiguo artículo 16, considera la autora que se trata de contrariar la propia Ley de Propiedad Horizontal y que los acuerdos contrarios a otras leyes quedan sometidos a las disposiciones del artículo 6.3 CC. Por supuesto, las normas contravenidas en los acuerdos deben ser forzosamente normas imperativas puesto que las normas dispositivas podrán ser desplazadas por la autonomía de la voluntad. A continuación se pregunta si puede haber acuerdos contrarios a la ley especial radicalmente nulos conforme al artículo 6.3 CC. A este respecto, dice, existen varias corrientes doctrinales y la jurisprudencia distingue dos líneas diferentes. Por un lado, es muy frecuente que el Tribunal Supremo, durante la vigencia de la antigua ley, aplicase el artículo 16.4 LPH a cualquier acuerdo contrario a esta ley, fuera cual fuera el precepto contravenido, y el artículo 6.3 CC a la contravención de cualquier norma imperativa que no tenga previsto otro efecto para tal caso. Pero es frecuente también encontrar algunas otras sentencias del Tribunal Supremo en las que, aun manteniendo la postura anterior, se matiza añadiendo que se aplicará el artículo 6.3 CC a aquellos acuerdos que sean contrarios a la moral o al orden público o los que impliquen un fraude de ley. En otras, además, se considera que también el incumplimiento de requisitos esenciales será causa de nulidad radical. De la doctrina de estas últimas sentencias cabría deducir que si un acuerdo contrario al régimen de propiedad horizontal afecta a algún requisito esencial del mismo, debería ser considerado radicalmente nulo, es decir, que no todo acuerdo contrario a la Ley de Propiedad Horizontal queda sometido al artículo 16.4.

La otra línea jurisprudencial entiende que la contravención de ciertas normas de la Ley de Propiedad Horizontal queda fuera del ámbito del artículo 16.4, dando lugar a la nulidad absoluta del acuerdo infractor conforme al artículo 6.3 CC. Se entiende en ellas que la nulidad radical se produce cuando se afecta a un requisito esencial de dicho régimen y en un gran número de sentencias se señalan los artículos del 12 al 17 (de la antigua ley) como los preceptos claves de este régimen especial cuya infracción comporta la nulidad.

Tras el estudio de ambas líneas jurisprudenciales, señala la autora que debemos seguir preguntándonos cuáles son los acuerdos contrarios a la ley sujetos al régimen de impugnabilidad previsto en el artículo 18 LPH. A su juicio, la clave de la cuestión está precisamente en que la norma parte de la existencia de un verdadero acuerdo, que por tanto ha de haberse adoptado observando los requisitos precisos para que pueda hablarse jurídicamente de acuerdo, lo que supone, al menos, que verse sobre un asunto que sea compe-

tencia de la junta y que haya sido refrendado por la unanimidad o mayoría legalmente exigida en cada caso.

La necesidad del quórum legalmente exigido se deducía con claridad de la propia redacción del antiguo artículo 16 LPH, ya que, según su párrafo cuarto, los acuerdos contrarios a la ley eran ejecutivos desde que se hubieran adoptado, aun cuando fueran impugnados. En cambio, según el párrafo primero, los acuerdos que precisaban unanimidad, si no se alcanzaba ésta no eran válidos ni por tanto ejecutivos.

Distingue a continuación diversas hipótesis: en primer lugar, que a la junta asistan todos los copropietarios decidiendo algo por unanimidad; ninguno podría impugnar puesto que ninguno disintió. Pero si precisando la unanimidad sólo una parte de ellos, aunque fuera mayoría, estaban de acuerdo, realmente no se había alcanzado acuerdo alguno, por lo que los disidentes no tenían nada que impugnar. Eso sí, si los propietarios que votaron a favor pretenden ejecutar el acuerdo, los disidentes pueden acudir a los tribunales, pero lógicamente pueden hacerlo aun transcurridos los treinta días que la ley contemplaba para la impugnación de los acuerdos contrarios a la ley. En segundo lugar cuando a la junta no acudió algún propietario pese a haber sido debidamente citado, y el acuerdo precisa la unanimidad. El no asistente podría consentir el acuerdo expresa o tácitamente, expresando su conformidad o callando durante el plazo de un mes tras la notificación del acuerdo. Pero si quien calló tras la notificación no asistió a la junta por defecto de la notificación, debemos plantearnos si el silencio equivale también en estos casos al consentimiento y cuál es el régimen jurídico aplicable a la decisión de la junta en estos casos. Respecto de la primera cuestión no cabe otra respuesta que la negativa, pues la propia norma indica que sólo es aplicable a los propietarios debidamente citados. En cuanto al régimen de lo acordado, estima la autora que si es precisa la unanimidad no existiría tal acuerdo y por tanto no es preciso mostrar la discrepancia ni impugnarlo en plazo alguno. Si el acuerdo precisa de una mayoría cualificada podría ser válido en cuanto al quórum, aunque sería anulable a instancias del no citado, conforme al artículo 16.4 LPH. También puede el copropietario debidamente citado que no asistió a la junta manifestar su discrepancia de forma fehaciente, con lo cual el acuerdo no será unánime ni válido ni ejecutivo, y no será necesario el ejercicio de ninguna acción. Cosa distinta es que se pretenda por parte del resto de los propietarios la ejecución del acuerdo, en cuyo caso el disidente no tendrá otro remedio que acudir a los tribunales, pero sin estar sujeto al plazo de caducidad marcado en la norma.

Tras la reforma de 1999 los acuerdos contrarios a la ley a los que se refiere el artículo 18 siguen siendo en principio ejecutivos aunque sean impugnados. Por su parte, el artículo 17 sigue exigiendo, como regla general, la unanimidad para el mismo tipo de acuerdos contemplados en el antiguo artículo 16.1. Por lo cual con esta nueva regulación pueden distinguirse exactamente las mismas hipótesis apuntadas para la antigua, y en principio con los mismos resultados. No obstante el hecho de que el nuevo artículo 18.3 fije ahora unos plazos de caducidad de un año y tres meses para impugnar los acuerdos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en los apartados *a)* a *c)* introduce una variante a tener en cuenta. Si el acuerdo reviste alguno de los vicios del artículo 18.1, el ausente podrá impugnarlo dentro de los plazos del artículo 18.3 aunque no haya expresado su discrepancia en el plazo previsto en el artículo 17.1.^a IV. La otra posibilidad sería interpretar que en todo caso el que calla consiente, aun el acuerdo ilegal, de modo que no estaría legitimado para

impugnarlo conforme al artículo 18; sin embargo, a juicio de la autora no es esto lo querido por el legislador. El silencio sólo equivale al consentimiento cuando de lo que se trata es de obtener el quórum preciso, y si el acuerdo que se pretende alcanzar no es de los contemplados en el artículo 18.1; pero si el acuerdo es uno de ellos, parece que ha de imponerse el artículo 18.3 como regla especial, de modo que el silencio durante treinta días no debe privar al que lo guardó de su derecho a impugnar dentro del plazo previsto. Antes de la reforma no se planteaba esta cuestión por la práctica coincidencia de los plazos establecidos en los artículos 16.1.^a II y 16.4.^a II.

En cuanto a los acuerdos que han de adoptarse por mayoría, sea cualificada o no, entiende la autora que, al igual que los que precisando de unanimidad, no cabe decir que existen como tales acuerdos ni, por tanto, que son acuerdos contrarios a la ley a los efectos del artículo 16.1.^a a), si no contaron con el refrendo de la mayoría legalmente exigida en cada caso, lo que debería bastar para impedir su ejecución.

Conforme a lo dicho llegaríamos a la conclusión de que los acuerdos contrarios a la ley del artículo 18.1.a) no son aquellos que se adoptan sobre asuntos que escapan a la competencia de la junta o sin cumplir los requisitos legales de quórum, porque éstos ni siquiera serían acuerdos, sino que hay que partir de acuerdos válidamente adoptados desde el punto de vista de la competencia de la junta y del quórum, pero cuyo contenido infrinja alguna norma (imperativa se entiende) de la Ley de Propiedad Horizontal; y, dentro de ellos, los adoptados por mayoría porque si lo fueron unánimemente no habría disidentes legitimados para impugnar.

En cuanto a la contrariedad a los estatutos, la principal dificultad estriba en concretar qué acuerdos son contrarios a los estatutos y qué acuerdos son modificativos de los estatutos. Los acuerdos que modifican los estatutos, salvo las excepciones previstas en los párrafos II y III del artículo 17.1.^a no son válidos si no se adoptan por unanimidad. Si el acuerdo es respaldado por todos, será válido y obligará a todos; si cualquiera de los propietarios no está conforme con la modificación basta con que exprese su discrepancia en la junta o la manifieste en el plazo de treinta días. Los acuerdos contrarios a los estatutos, siempre que sean verdaderos acuerdos, son en principio inmediatamente ejecutivos e impugnables. La acción de impugnación caduca al año, que para los ausentes comenzará a contar desde que fueran debidamente informados, por lo cual su silencio, durante plazo de treinta días, no puede interpretarse como consentimiento tácito.

Son claramente modificativos de los estatutos los que incorporen a ellos una disposición nueva o varíen algunas de sus reglas de manera definitiva. La cuestión se complica cuando la variación de la regla estatutaria tiene un plazo de vigencia limitado o unos efectos puntuales. En cuanto a la jurisprudencia relativa a este punto, no se ve una línea definida a la hora de deslindar los acuerdos que implican modificación de los estatutos que los que son contrarios a ellos y mucho menos cuál es el régimen aplicable a unos y otros.

El siguiente supuesto tratado es aquel en que el acuerdo tomado tiene carácter lesivo para los intereses de la comunidad en beneficio de uno o varios propietarios. Se destaca que debe tratarse de acuerdos alcanzados con el quórum preciso, ya que en caso contrario no nos encontraríamos ante un verdadero acuerdo. Además, debe tratarse de acuerdos mayoritarios ya que los que precisan unanimidad si se toman por mayoría no son verdaderos acuerdos y si se toman por unanimidad nadie está legitimado para impugnarlos. Además, debe darse la doble situación de lesión a la comunidad y bene-

ficio para alguno o algunos copropietarios, sin que sea suficiente que se den por separado una u otra de las situaciones. La lesión ha de ser grave y el beneficiario no puede ser un tercero totalmente ajeno a la comunidad. Por otro lado, para la aplicación del artículo es preciso determinar cuáles son los intereses de la comunidad, que parecen situarse en que los copropietarios cumplan los estatutos y la ley, mantener en buen estado los elementos comunes y garantizar su uso adecuado, así como hacer una buena gestión de los gastos, que permita atender debidamente las necesidades comunes con el menor coste posible.

Otro de los supuestos contemplados por la ley es el de los acuerdos gravemente perjudiciales para un propietario sin obligación jurídica de soportarlo. Con él se sustituye el llamado juicio de equidad contemplado en la antigua ley, para el supuesto en que el acuerdo fuera perjudicial a un número de copropietarios que representarán, al menos, la cuarta parte de las cuotas. El propietario afectado no tiene obligación jurídica de soportar el daño en dos casos: cuando el daño es antijurídico por lesionar un derecho subjetivo del dañado; o cuando el perjudicado carece de un derecho subjetivo resistente frente a la actuación dañosa, pero ésta se ha realizado con abusos de derecho o contra las exigencias de la buena fe. En cuanto al acuerdo debe tratarse de uno tomado por mayoría en una materia en la que pueda decidirse válidamente por ese quórum.

El último de los supuestos recogidos por la ley es la adopción de un acuerdo con abuso de derecho. Como los casos anteriores, el acuerdo debe haber sido adoptado válidamente por mayoría. Las sentencias comentadas en este apartado versan sobre la negativa de la comunidad a la autorización de determinadas obras a un comunero. Para que la oposición comunitaria a las obras pueda considerarse abusiva sería preciso, además de que ello suponga para quien pretende realizarlas un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, que, a la vista de las concretas circunstancias del caso, quepa concluir que con la misma se ha pretendido únicamente dañar al afectado, o que la decisión carece de un interés serio y legítimo, o que cabe apreciar una anormalidad o un exceso en el ejercicio del derecho.

El segundo de los grandes apartados de la obra está dedicado al estudio de las reglas procedimentales de impugnación de los acuerdos comunitarios.

El procedimiento de impugnación de los acuerdos será el procedimiento declarativo ordinario, siempre que no verse exclusivamente sobre reclamación de cantidad, en cuyo caso se tramitará por el procedimiento que corresponda.

En cuanto la legitimación activa, separa el artículo tres supuestos: el que hubiese salvado su voto en la junta, los ausentes por cualquier causa y los indebidamente privados de voto. Aunque la expresión salvar el voto puede tener distintas interpretaciones, parece suficiente haber votado en contra, ya que en el acta constará expresamente cuáles de los propietarios han votado en contra, así como su cuota de participación. En cuanto a la abstención, es cierto que abstenerse no es votar a favor del acuerdo, pero tampoco supone oponer ningún reparo al acuerdo, con lo que parece correcto considerar que no se salva con ello el voto. Dentro de los ausentes por cualquier causa hay que considerar incluidos aquellos que no pudieron asistir por defecto de la convocatoria, así como los que asistiendo a la junta se ausentaron de ella antes de la toma del acuerdo. El ausente, dice la autora, no tiene por qué expresar su discrepancia del acuerdo adoptado en el plazo de treinta días previsto en el artículo 17.1.^aIV cuando se trate de uno de los contemplados en el artículo

lo 17.1.^a, únicos respecto de los que cabe el consentimiento presunto, y aunque esta opinión, dice, puede ser discutida, no ofrece ninguna duda respecto a los demás acuerdos. En cuanto a la privación indebida de voto es importante destacar que por sí sola es causa determinante de la nulidad del acuerdo cuando, de no haberse producido aquélla, la decisión no hubiera sido respaldada por el quórum preciso. No siendo éste el caso, el acuerdo sólo podrá ser anulado si en él concurre alguna de las circunstancias contempladas en el número 1 del artículo 18.

A los propietarios legitimados para impugnar los acuerdos se les exige, además, que estén al corriente de todas las deudas vencidas que tengan con la comunidad o que procedan previamente a la consignación judicial de lo debido.

Aunque no se especifica, la legitimación pasiva recae en el presidente de la comunidad que es su representante legal. En caso de que el demandante sea el propio presidente no puede dirigirse la demanda contra él mismo. Si existe vicepresidente la demanda se presentará frente a éste, y si no lo hubiere parece razonable presentarla frente a todos aquellos copropietarios que no se unan a la demanda.

En cuanto al plazo de prescripción de la acción, marca la ley un año para los acuerdos contrarios a la ley y los estatutos y tres meses para los demás casos. Se pretende, con la ampliación del plazo establecida en la Ley 8/1999, proteger a los propietarios de determinados abusos, aunque la mejor forma de hacerlo es admitir que ciertas decisiones de la junta ni siquiera pueden considerarse acuerdos, lo que hace innecesario proceder a impugnación alguna ante los tribunales dentro de un determinado plazo. La ley califica a estos plazos como de caducidad. Los plazos se computarán de fecha a fecha y comenzando el día de la adopción del acuerdo para los asistentes y el día en que se les comunique a los ausentes.

En relación con la ejecutividad de los acuerdos impugnados, la ley sigue el esquema regla-excepción: la impugnación de los acuerdos no suspende su ejecución, salvo que el juez así lo disponga con carácter cautelar. Esta decisión solamente puede tomarla el juez a solicitud del demandante y previa audiencia a la comunidad de propietarios.

La extensión de la obra y la claridad de exposición hace que su lectura sea fácil y sumamente provechosa. Tal como vemos, Gómez Calle hace en ella un exhaustivo recorrido por el contenido del artículo 18 LPH según la redacción dada por la Ley 8/1999. En cada uno de sus apartados trata de explicar cuál debe ser la interpretación de lo establecido por la ley, basándose en aportaciones doctrinales, en la comparación con la redacción anterior y en el estudio de numerosas sentencias que la aplicaban.

La principal aportación de esta obra es considerar, de forma clara y decidida, que existen acuerdos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal que son nulos de pleno derecho y a los que no es de aplicación el artículo 18 de esta ley sino el artículo 6.3 CC. Pero sobre todo el establecimiento de las dos categorías de acuerdos en que esta situación se produce: aquellos acuerdos que recaen sobre una materia en la que la junta carece de competencias, y aquellos otros en los que realmente no existe el acuerdo, por haberse tomado sin el quórum preciso. Son precisamente estos últimos los que merecen una atención especial dada la gran trascendencia que su admisión puede suponer a la hora de aplicar el artículo 18 LPH.

Como la propia autora señala, la consideración de que en estos supuestos no existe un verdadero acuerdo es discutible y discutida, pero ella, una vez

admitida, la aplica de forma congruente a todos los supuestos que pueden darse y que analiza de forma sistemática e impecable. Llega finalmente a la conclusión de que admitiendo la inexistencia de estos acuerdos se consigue una mejor protección de los propietarios afectados por ellos. Protección de los propietarios que es lo que persigue el propio artículo 18 LPH y que de esta forma se consigue en mayor medida a la vez que se mantiene la coherencia con la propia redacción de la Ley.

Por todo lo dicho, pienso que es una obra recomendada para entender el complejo sistema de impugnación de acuerdos establecido por la Ley de Propiedad Horizontal.

Isabel SIERRA PÉREZ
Universidad Autónoma de Madrid

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, tomos I y II (Anexo documental), Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004, 513 y 428 pp., respectivamente.

1. El Dr. Manuel J. Marín López, profesor Titular de Derecho civil en la Universidad de Castilla-La Mancha, es un buen conocedor del que pudiéramos denominar «Derecho contractual de consumo» como el prologoista, Dr. Rodrigo Bercovitz, se encarga de subrayar. Bastan para acreditarlo dos obras. En primer lugar, su exhaustivo estudio sobre *la compraventa financiada de bienes de consumo* (Aranzadi, 2000) que luego ha completado a raíz del caso «Opening» y de la modificación sufrida, en 2003, por el artículo 15.1.b) de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. En segundo lugar, el impresionante *Código de consumo* (Thompson Aranzadi, 2004, del que es coautor con el Dr. Pascual Martínez Espín): impresionante no sólo porque manejan (toda) la apabullante legislación comunitaria, estatal y autonómica sobre esta materia, sino por su detallado y valioso estudio jurisprudencial, además de las concordancias legales, imprescindibles para establecer cuál es el Derecho aplicable, sin duda una de las cuestiones más arduas en este sector del ordenamiento. Además, participa en un grupo de profesores que abordan el Derecho de consumo desde su pertenencia al Derecho común de contratos, en el que se enraíza y a partir del cual debe explicarse. Así forma parte del *Centro de Estudios de Consumo* de la Universidad de Castilla-La Mancha (www.uclm.es/cesco), Centro que, bajo la dirección del Dr. Ángel Carrasco Perera (maestro del Dr. Manuel J. Marín), ha publicado una obra de referencia, que trata de poner concierto entre tanto desorden: *El Derecho de consumo en España: presente y futuro* (Instituto Nacional de Consumo, 2002). Otra ventaja añadida es su cercanía al proceso legislativo en esta materia, no en vano el libro que ahora recensiono es un «informe» para el Ministerio de Sanidad y Consumo.

Aunque últimamente parezca corregirse, en la literatura jurídica española sobre el Derecho de consumo abundan los textos puramente descriptivos y las obras corales que aíslan las soluciones legales de las normas de las que proceden o de los principios en que descansan. No es éste el caso. La precipitación con la que el legislador abordó el texto principal en la materia (la

Ley 26/1984, de 28 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, seguida de la pobre Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista) así como el acarreo incesante de las Directivas comunitarias han impedido una reflexión acabada para decidir un desarrollo sensato y articulado del Derecho contractual de consumo. Justamente el quehacer legislativo en esta materia se ha desenvuelto de manera torpe (abundan las incorporaciones textuales de Directivas), incongruente (incluso se aprecian incoherencias entre las propias normas especiales) y de espaldas al Derecho común de contratos, que todavía contiene, cómo no, reglas aprovechables en muchas cuestiones.

Esta falta de reflexión puede apreciarse también en la última de tales leyes, la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo (LGVBC), que incorpora a nuestro Derecho la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo. No me parece que vaya a remediarse por la vía propuesta por la DF 4.^a de la Ley 23/2003, que habilita al Gobierno para que «en el plazo de tres años proceda a refundir en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos». La fórmula de la «codificación» del Derecho de consumo, a la vista de la práctica legislativa española, nos permite augurar que será poco más que una simple compilación, en un texto único, de las distintas normas hasta ahora dispersas.

2. El propósito principal del Dr. Manuel J. Marín en esta extensa obra es dar cuenta de la Directiva 1999/44/CE, exponiendo sus antecedentes y el alcance preciso de sus reglas, para después examinar cómo se ha incorporado en los quince Estados que formaban parte de la Unión Europea en abril de 2004, en concreto Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido y Suecia.

Para ello, al margen del análisis de esa incorporación que lleva a cabo en el tomo I (partes II y III), ofrece después una traducción de todos los textos (Anexo II del tomo II intitulado «Anexo documental» con la redacción original para eventuales cotejos) junto con el texto de la Directiva en español, italiano, francés, alemán e inglés (Anexo I del tomo II). El libro traduce el entonces proyecto de ley en Francia que es sustancialmente igual al texto legal vigente, que introduce varios artículos en el *Code de la consommation* (*Ordonnance n.º 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, Journal Officiel de la République Française, 18 février 2005*).

Pudiera pensarse que la utilidad mayor de este libro era servir de texto de referencia al tiempo de decidir la incorporación de la Directiva a nuestro Derecho (y probablemente ese fuera su fin, se trata de un «informe» para el Ministerio de Sanidad y Consumo) y que, como ya tenemos una ley en vigor, apenas sirve como texto histórico y comparatista o para una eventual modificación de la Ley 23/2003. Nada más lejos de la realidad. La radical utilidad y actualidad del libro creo que puede justificarse en las siguientes dos razones. En primer término, una razón normativa: la obligación de interpretar el Derecho interno conforme a la Directiva exige como labor previa conocer con exactitud el alcance y fin de la Directiva en cuestión. En segundo lugar, nos

permite advertir, como luego diré, un conjunto de problemas no resueltos por nuestra Ley o resueltos pero de modo insuficiente o defectuoso y ensayar algunas soluciones a partir del conocimiento exacto de la Directiva.

Esta advertencia nos aboca a reflexionar más pausadamente sobre el cómo de la incorporación de las Directivas, tanto en relación con otras normas de protección de consumidores como por sus relaciones con el Derecho común de contratos. Tal vez el legislador español amplíe su propio cometido (DF 4.ª LGVBC) y opte por una remoción de nuestro Derecho de la compraventa, aunque apenas haya habido propuestas en este sentido. No obstante sobresale la elaborada por el Profesor Antonio Manuel Morales Moreno, primero en «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa», *El Dret civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, coord. Àrea de Dret Civil Universitat de Girona, Documenta Universitaria, Girona, 2003, pp. 109-149, versión que luego ampliara en ADC (2003) IV, pp. 1609-1651. Quizá debería optarse por una modificación más ambiciosa, la del íntegro Derecho del incumplimiento contractual.

Una última observación previa: la incorporación de la Directiva 1999/44/CE (de mínimos, art. 8. 2) en los distintos Estados miembros se ha conducido por caminos bien distintos (unos modificando su Código civil, otros promulgando leyes especiales o alterando algunas otras que ya contenían especialidades sobre la materia, Parte II del tomo I), aunque finalmente sus reglas materiales sean bastante semejantes. No obstante, es un ejemplo de las dificultades para la unificación, siquiera parcial, del Derecho privado en Europa, porque los Derechos nacionales se encuentran inmersos en sus propias realidades normativas y sujetos a tradiciones tuitivas francamente desiguales.

3. La obra se divide en dos tomos: en el primero, que se subdivide a su vez en tres partes, se estudia la Directiva 1999/44/CE y su incorporación a los Derechos internos de los Estados ya mencionados. En la Parte I, la que tiene más enjundia, se estudian los antecedentes de la Directiva y sus rasgos generales; algunos de los cuales se abordan después separadamente al estudiar la incorporación a los diferentes Derechos internos. Así ocurre con el carácter imperativo de las previsiones de la Directiva, las reglas de Derecho internacional privado o con las acciones colectivas de cesación (Parte III, epígrafe IX).

Luego se examinan circunstanciadamente los siguientes asuntos: i) el ámbito de aplicación objetivo y subjetiva (qué contratos, qué sujetos resultan protegidos); ii) la conformidad del bien con el contrato, con una excelente y minuciosa exposición de los criterios de determinación de la conformidad; iii) los presupuestos de la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad; iv) los derechos del consumidor: en los que más que el listado o presupuestos por los que se gobierna cada uno de ellos, interesa el modo en que se relacionan entre sí; v) los plazos, en los que la Directiva permite una amplia disarmonía ya advertida entre nosotros, así respecto a la carga de denuncia que puede pesar sobre el comprador (no forma parte del mínimo, art. 5.2) o al plazo de ejercicio de los derechos (art. 5.1); vi) los sujetos responsables de la falta de conformidad, en particular el caso del productor, con la posibilidad de configurar acciones directas frente a éste (art. 12); y por último, vii) las garantías comerciales. Este esquema le sirve de modelo para el posterior estudio comparativo de la incorporación de la Directiva 1999/44 al Derecho de los distintos Estados (Parte III).

El estudio comparativo alienta la búsqueda de otros modos de incorporar las Directivas en nuestro Derecho porque aunque son muchas las dificultades, otros las han afrontado con éxito con puntos de partida semejantes. También invita a reflexionar sobre el valor del Código civil y las cautelas con que debe abordarse su reforma. No es un simple problema de técnica legislativa (los procedimientos son muchos y probablemente todos ellos igualmente eficaces), es también una respuesta articulada a un conjunto de problemas que no hay razón para que se resuelvan de forma disímil. No es razonable la multiplicidad de regímenes jurídicos que soporta entre nosotros el contrato de compraventa. Por ejemplo, después de la lectura de la Parte III podemos preguntarnos lo siguiente: ¿es razonable la extensión del régimen de la falta de conformidad a otros tipos contractuales que supongan la entrega de una cosa?; ¿debe establecerse expresamente un plazo de prescripción para el derecho a recuperar la cosa entregada para su reparación más allá del art. 12.4 LOCM?; ¿debería configurarse un deber de advertencia del vendedor en el caso de defectos de los materiales suministrados por el comprador?; ¿es necesario formular una regla de compatibilidad de los derechos predispuestos con los remedios contractuales generales como la excepción de contrato no cumplido?; o por último, ¿debe establecerse como remedio específico la devolución al comprador de los gastos infructuosos?

El primer tomo se cierra con una excelente bibliografía que permite afirmar que la literatura jurídica en España no ha tomado conciencia, o lo ha hecho pero no con la suficiente intensidad, de la trascendencia que tiene esta Directiva para el Derecho común de contratos ni tampoco de que la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo no es, no puede serlo, una norma más. No sólo hay razones puramente prácticas para considerar trascendente esta Ley (la indudable importancia cuantitativa del tráfico económico que se regula) sino también la influencia que debe tener sobre el sistema de responsabilidad contractual, en particular, sobre la delimitación misma del incumplimiento (o falta de conformidad) y sobre la articulación de los remedios a disposición del comprador.

El segundo tomo es un anexo documental en el que primero reproduce la redacción oficial de la Directiva 1999/44/CE en inglés, francés, alemán, español e italiano (Anexo I) y luego una traducción no oficial de todas las normas de los Estados de la Unión que han procedido a la incorporación en sus respectivos Derechos de la Directiva, salvo Francia, caso en el que, como dije, se traduce el proyecto de ley (Anexo II). Con los textos traducidos en la mano puede confrontarse con mayor exactitud las afirmaciones sostenidas sobre la incorporación en las partes II y III del tomo I. La formidable tarea de traducir estos textos legales merece nuestra gratitud.

4. En la parte I del tomo I relativa a la «Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo» el Dr. Manuel J. Marín desbroza y sistematiza la Directiva con una muy cuidada proporción. En particular, me parece que están muy bien tratados los siguientes asuntos, desde la premisa esencial de que la Directiva contiene reglas exclusivamente para los aspectos que conviene uniformar (se refiere a «determinados aspectos») y que su lenguaje jurídico tiene valor expresivo pero no técnico, de manera que cada Derecho acomodará la regla del modo que sea más procedente en su respectivo sistema.

En primer lugar en el ámbito de aplicación, el examen de los contratos incluidos (pp. 64-76) y la noción de consumidor (pp. 77-80). Un estudio detallado de los ámbitos de aplicación específicos es urgente, porque son a

menudo olvidados al tiempo de juzgar la aplicación analógica o el simple intercambio de soluciones entre normas especiales de protección.

En segundo lugar, la noción de falta de conformidad (pp. 80-136) en que enumera los distintos criterios que emplea el legislador comunitario para darle contenido a la conformidad, desde la prevalencia de la autonomía de las partes. La Directiva procede de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (Derecho vigente en España, instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990, BOE de 30 de enero de 1991) y esta procedencia es una buena herramienta interpretativa de la que el Dr. Manuel J. Marín hace un uso generoso. Distingue entre criterios subjetivos y objetivos de integración legal del contrato (que no presunciones de falta de conformidad, pp. 92 ss.): entre los primeros, la adecuación del bien a las descripciones del vendedor y a las cualidades de la muestra o modelo; y la adecuación del bien al uso especial requerido por el consumidor. Entre los segundos, la aptitud para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo, y la calidad y prestaciones habituales del bien que el consumidor pueda fundadamente esperar. Estudia luego de modo separado las declaraciones públicas (de terceros) con reflexiones muy valiosas (pp. 117-130) y la asimilación a la falta de conformidad de la incorrecta instalación (en particular, pp. 134-135). Aquí cobran pleno sentido las afirmaciones que vierte sobre la compraventa de bienes conocidamente defectuosos, relevante también para los bienes de segunda mano. Son especialmente útiles sus observaciones sobre los criterios objetivos, llamados a ser en la práctica los principales criterios legales de integración.

En tercer lugar, examina los presupuestos de la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad (pp. 137-156), desprendida ya de criterios subjetivos de imputación, en que sobre todo estudia el acuciante problema de la prueba de la preexistencia de la falta de conformidad. En su afán de agotar los perfiles del problema aborda un asunto no ordenado por la Directiva pero que exige una respuesta conjunta a ella: la traslación del riesgo (pp. 143 ss.) asunto que está estrechamente vinculado a la prueba (y carga) de la preexistencia de la falta de conformidad.

En cuarto lugar, los derechos de que disfruta el comprador frente a la falta de conformidad que es la «parte sustancial» de la Directiva (p. 157), donde el autor estudia los expresamente establecidos, a saber la sustitución, reparación, rebaja del precio y resolución (pp. 164-186) jerárquicamente ordenados en derechos primarios (los dos primeros) y subsidiarios (rebaja del precio y resolución). También menciona la indemnización del daño (pp. 161 ss.), la suspensión del pago del precio (pp. 163 ss.) y los efectos de la resolución del contrato cuando proceda (pp. 182-186), asunto este último que padece una desidia legal recurrente, también entre nosotros.

En quinto lugar, los plazos de la garantía legal (pp. 186-201), asunto que como el propio autor afirma es «una de las cuestiones más delicadas» (p. 186). En este punto es muy significativa, como dije, la doble disarmonía permitida por la Directiva, aquí radicalmente de «mínimos»: por una parte, en la imposición de una carga de denuncia de la falta de conformidad en cabeza del comprador; por otra parte, la sujeción a plazos de prescripción o no (con suspensión o no en virtud de ciertas circunstancias y con posiblemente variados *dies a quo* de cómputo) del ejercicio de los derechos.

En sexto lugar, estudia el sujeto responsable de la falta de conformidad (pp. 202-215). Propiamente son dos sujetos: uno firmemente determinado por la propia Directiva (el vendedor) y otro eventual, el productor, que la

Directiva permite pero no establece (fruto probable del enrevesado camino legislativo de la regla) al que dedica un buen número de páginas. Sobre todo nos ofrece los argumentos para incluir o excluir una acción contra el productor, que, como veremos, no han sido debidamente ponderadas por nuestro legislador (art. 10 LGVBC) y aunque se pronuncie por una admisión matizada de la responsabilidad del productor no lo hace sobre el régimen al que debería someterse. En todo caso, me parece que los argumentos que justifican su admisión predeterminan una buena parte del régimen jurídico (sobre todo la subsidiariedad o no de la acción). La asignación de la responsabilidad al vendedor no impide que la falta de conformidad sea imputable a un tercero frente al que el vendedor podrá repetir. Este derecho de repetición entre empresarios no necesita para su posibilidad de declaración expresa, menos aún cuando el derecho de repetición se formula en términos dispositivos en la propia Directiva, lo que conducirá a los problemas propios del control de contenido de condiciones generales estipuladas entre empresarios.

En séptimo lugar, se ocupa de las garantías comerciales (pp. 215-227), como ventajas añadidas respecto al régimen legal y unilateralmente ofrecidas por el vendedor o el productor (el garante) al comprador. Critica la exclusión de las garantías convencionales onerosas (sólo acoge la Directiva las gratuitas) y examina detalladamente los requisitos formales que se imponen en su otorgamiento y también la ausencia de reglas sobre las consecuencias de la infracción de tales requisitos.

En octavo y último lugar, no estudia de manera separada, como tal vez fuera razonable, la compraventa de bienes de consumo de «segunda mano» que tiene ocasionales manifestaciones dentro de la noción de conformidad, la exposición de alguno de los derechos del comprador o la duración de la garantía legal (pp. 115, nota 218, 153, 170 y 190, entre otras).

5. A partir de este libro podemos hacernos varias preguntas, algunas de las cuales formula el propio autor y otras son necesarias a la vista de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo. Como dije, uno de los valores de esta obra, es que nos obliga a pensar sobre nuestra Ley. También podemos hacer algunas afirmaciones generales que son consecuencia de su incorporación, por la aguda contradicción valorativa que supone mantener las cosas como están. En primer lugar, parece razonable ordenar de un modo semejante los distintos supuestos de incumplimiento contractual: sean la falta de conformidad, el cumplimiento tardío, la falta de entrega, la existencia de defectos de cantidad, los vicios jurídicos (las pretensiones de terceros sobre el objeto del contrato) o las faltas de seguridad. Tampoco parece muy sensato, en segundo lugar, conservar la disparidad de regímenes legales para la compraventa (de bienes de consumo, de bienes inmuebles entre particulares, mercantiles, internacionales): disparidad que no sólo es de régimen (en materia de plazos o derechos) sino de modo de concebir el contrato y su cumplimiento.

Me permito, por tanto, hacer las siguientes observaciones sobre la Ley 23/2003, sugeridas por la lectura de esta obra y limitadas a los aspectos que juzgo más llamativos, sin aspirar a una crítica articulada.

i) Es muy difícil construir un régimen jurídico más o menos detallado de la compraventa de bienes de segunda mano, en el que hay varios puntos de fuga: sus relaciones con la compraventa de cosas conocidamente defectuosas, la delimitación misma de los bienes de segunda mano o la elusión del régimen legal a través de la simple intermediación del profesional entre particulares (recordemos el art. 4 II LGVBC).

ii) La acción contra el productor acogida en el artículo 10 LGVBC es un compendio de errores: acoge textualmente las razones aducidas en el Libro verde para su establecimiento y asimila los casos en que el productor debe responder finalmente también en las relaciones internas (por serle imputable la falta de conformidad) con los casos en que debe responder frente al comprador (falta de conformidad reclamada infructuosamente frente al vendedor); por último, menciona el derecho de repetición sin hacer alusión alguna al problema de los pactos contractuales que puedan establecerse entre los sujetos de la cadena de distribución, que puede privarle de toda eficacia. Por si fuera poco, el precepto contiene una errata aún no corregida: en el texto publicado en el Boletín Oficial del Estado (núm. 165, de 11 de julio de 2003) se dice «cesara» y no «cesará», texto que no se corresponde con la redacción definitivamente aprobada por el Congreso de los Diputados, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, A 117-17, 3 de julio de 2003.

iii) Se incorporan causas de suspensión de la prescripción e incluso de la duración de la propia garantía legal sin armonía ninguna con el Derecho común (apenas la mención residual a la suspensión en el art. 955 CCO); ni tampoco guarda armonía ninguna la inclusión de la carga de denuncia en la que, además, el legislador olvida señalar las consecuencias de su infracción que deberían consistir, razonablemente, en la pérdida de la posibilidad de ejercer los derechos.

iv) No se ordena consecuencia alguna para el caso de que se infrinjan los requisitos formales de las garantías comerciales ni tampoco se aclara cuál es su disciplina legal vigente (no se derogan expresamente los arts. 11 LGDCU y 12 LOCM, aunque deba entenderse derogado el primero). La Disposición Derogatoria única de la Ley formula la regla de cierre o de salvaguardia (deroga todas aquellas normas, de igual o inferior rango, que se opongan a lo dispuesto en ella) pero no se pronuncia sobre las derogaciones expresas, como era procedente según señala la Resolución de 15 de noviembre de 1991, de la Subsecretaría del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, Acuerdo del Consejo de Ministros sobre las «directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley» (BOE de 18 de noviembre) que literalmente dice: «Las disposiciones derogatorias incluirán únicamente las cláusulas de derogación, recogiendo una relación tanto de todas las Leyes y normas inferiores que se derogan, como de las que se mantienen en vigor y cerrándose la lista con una cláusula general de salvaguardia que acotará la materia objeto de derogación». Aunque no sea éste el defecto más agudo de técnica legislativa achacable a esta Ley: léanse las insólitas Disposiciones Finales 2.^a y 3.^a

v) Se consagra la incertidumbre legal sobre las obligaciones indemnizatorias (compatibles según la DA única LGVBC) en varios aspectos sobresalientes de su régimen jurídico: cuáles los criterios de imputación, cuál su plazo de prescripción, cuáles las partidas que comprende, con especial mención de los daños morales. No se sabe si puede recurrirse a las reglas generales (arts. 1101 a 1108 CC sobre todo) o a las propias del contrato de compraventa (art. 1486 CC). Incertidumbre que es un fuerte incentivo para que no se ejerzan acciones de esta clase y para privar a las normas contractuales de efectos preventivos sobre las conductas de los empresarios en el mercado; un régimen suficientemente preciso sería un incentivo para acomodar su conducta a la disciplina legal.

6. Creo que la obra del Dr. Manuel J. Marín enriquece la discusión sobre la incorporación de la Directiva 1999/44 a nuestro Derecho y será una herramienta imprescindible para cualquiera que estudie la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo. Es más, tal vez sea el propio autor el llamado a ofrecer su propia perspectiva sobre esta Ley.

José Ramón GARCÍA VICENTE

PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: *Derechos de crédito y Registro de la Propiedad*, Cuadernos de Derecho Registral, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, 142 pp.

El Dr. Máximo Juan Pérez García presenta en esta breve obra una propuesta: el estudio de la pertinencia de abrir las puertas del Registro de la Propiedad a todos aquellos derechos de crédito relacionados con bienes inmuebles.

No es necesario recordar aquí que esta posibilidad de *lege data* está actualmente sólo contemplada en casos excepcionales, si es que en realidad se trata de verdaderos derechos de crédito, y que, por ello, la propuesta que realiza el autor es una propuesta de *lege ferenda*, que encuentra su fundamento de peso en la seguridad del tráfico jurídico que en pleno siglo XXI generan las relaciones obligacionales cuyo objeto son los inmuebles y la necesidad de protección que tales relaciones demandan.

El lector que apenas comienza a leer este estudio, quizá incluso tras la inmediata lectura de su breve introducción, puede pensar que Máximo Juan Pérez García comete una herejía intentando desbaratar una institución secular tan sólida como lo es el Registro de la Propiedad. En principio –se pensará– no se ve razón alguna en virtud de la cual los derechos y obligaciones derivados de las relaciones obligatorias deban tener reflejo en el Registro de la Propiedad y gozar de la protección *erga omnes* que su publicidad otorga a los derechos reales. Se puede, además, añadir que en todas aquellas situaciones en las que el derecho de crédito puede verse de alguna manera amenazado por la intrusión de terceros en la relación obligatoria, el legislador ya faculta al acreedor para solicitar las medidas oportunas de tutela preventiva de su crédito, muchas de las cuales tienen acceso al Registro de la Propiedad (*v.gr.*, embargo, secuestro, anotación de demanda).

Máximo Juan Pérez García es consciente y analiza todos estos planteamientos, especialmente en el capítulo II.

En el capítulo III lleva a cabo un detenido estudio de las excepciones a la regla general de la interdicción de acceso al Registro de los derechos de crédito que, poco a poco y por razones de política legislativa, el legislador ha ido introduciendo en la Ley Hipotecaria. Así, el arrendamiento urbano, el derecho de retorno arrendaticio, los Estatutos de la Propiedad Horizontal o el derecho de opción, si bien reconoce con el sentir mayoritario de la doctrina la complejidad de calificar estos supuestos de verdaderos derechos de crédito.

La última parte del trabajo la dedica el autor al análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en este punto. Ello le lleva a comprobar cómo, a

pesar de no haber accedido al Registro de la Propiedad y no gozar de los efectos de su publicidad, existen casos en los que se imputa responsabilidad extracontractual al tercero por la lesión del derecho de crédito litigioso, si el acreedor acredita que el tercero conocía su existencia, quedando obligado a la indemnización de los daños y perjuicios que haya irrogado al acreedor, siempre que no quepa su restitución *in natura*.

Con esta pequeña monografía, cuyas líneas de pensamiento han quedado arriba expuestas, Máximo Juan Pérez García no pretende hacer que el lector comulgue con ruedas de molino, pero sí dar pie a una reflexión actualizada acerca de las virtudes que tendría para el tráfico jurídico el acceso de los derechos de créditos sobre inmuebles al Registro de la Propiedad y la falta de aprovechamiento de una institución tan importante para el buen desenvolvimiento de ese tráfico, que ha cambiado en tan poco tiempo su perfil y características.

Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ
Universidad Autónoma de Madrid

RUIZ, MUÑOZ, Miguel: *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante*, con prólogo de Rafael Illescas Ortiz, ed. Tirant lo Blanch, Colección de Derecho Privado, 67, Valencia, 2004, 114 pp.

I. El Profesor Titular de Derecho Mercantil, Miguel Ruiz Muñoz, es uno de los investigadores más destacados del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, y sin duda de la disciplina que profesa, perteneciendo también a dicho Departamento, aunque como civilista, el que hace la presente recensión, necesariamente elogiosa, por razones puramente objetivas. No es necesario presentar a Miguel Ruiz, ya que su amplia obra, que se extiende por diversos sectores del Derecho mercantil y en general del Derecho privado, es sobradamente conocida, por su indudable calidad. Pocos autores conocen como él la problemática que plantea la defensa de los consumidores, y especialmente el tema de la responsabilidad civil del fabricante, sobre el que ha escrito varios estudios, a cual mejor, y participado como profesor o ponente en cursos y seminarios que se refieren a esta importantísima materia.

No pretendo ofrecer una relación exhaustiva de las monografías y los estudios, bastante numerosos, que Miguel Ruiz ha publicado a lo largo de su dilatada carrera universitaria, con una dedicación absoluta a la Universidad española; pero a mí me ha causado especial impacto, por su gran interés científico, su clásica monografía, comúnmente citada, sobre *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, así como sus estudios, todos ellos importantes, sobre la responsabilidad civil del fabricante, donde se enmarca la monografía que es objeto de esta recensión, que se caracteriza por su profundidad y rigor, con un análisis crítico de la jurisprudencia del TJCE, difícilmente igualable.

Me parece oportuno referirme, aunque sea brevemente, al contenido de la monografía, para que el lector, en este caso afortunado, pueda apreciar la calidad de la misma y tener conciencia de que va a leer una obra que le permitirá conocer perfectamente cómo se presenta hoy en día la responsabilidad civil del fabricante, tema que interesa a todos los privatistas, por tratarse de

una materia de especial importancia, tanto a nivel de Derecho interno como de Derecho comunitario, que Miguel Ruiz conoce muy bien.

II. En esta monografía, el profesor Ruiz Muñoz analiza el mencionado tema de la responsabilidad civil del fabricante desde la perspectiva del Derecho europeo, teniendo en cuenta, como es lógico, la Directiva de 25 de julio de 1985 y su transposición al Derecho español por la Ley de 6 de julio de 1994, así como los artículos 25 a 28 de la LGDCU de 19 de julio de 1984. Pero el objeto esencial de la monografía es el análisis pormenorizado de la jurisprudencia del TJCE.

Ruiz Muñoz parte de la base de que pese al proceso de armonización, llevado a cabo por todos los Estados miembros de la Unión Europea, permanecen un buen número de disparidades normativas en los Derechos nacionales armonizados. Esto se explica porque estamos en presencia de una Directiva más uniformadora que armonizadora.

Quizá sea pronto para hablar de un Derecho europeo de daños por productos defectuosos a la vista de las disparidades nacionales existentes, pero el caso es que muy recientemente y en corto espacio de tiempo se han publicado una serie de importantes sentencias del TJCE sobre la materia, que si bien no han dado lugar al nacimiento de un Derecho europeo en sentido estricto, sí que, dada la importancia de las mismas, permiten al intérprete, después de haber transcurrido más de quince años desde la publicación de la Directiva, comprobar que el camino iniciado en 1985 continúa adelante para lograr la deseable creación de un Derecho europeo uniforme de daños por productos defectuosos.

En poco menos de un año, de mayo de 2001 a abril de 2002, el TJCE ha dictado cuatro importantes sentencias sobre la aplicación y la transposición a los Derechos nacionales de la Directiva de 1985 sobre la responsabilidad por los daños ocasionados por productos defectuosos. Se trata de la sentencia de 10 de mayo de 2001 («Veedefald» A.C-203/99) y tres más de la misma fecha de 25 de abril de 2002, «Comisión/Francia» A.C-52/00; «Comisión/Grecia» A.C-154/00; «González Sánchez» A.C-183/00, sobre la aplicación y la transposición a los Derechos nacionales de la Directiva por los daños ocasionados por productos defectuosos. A estas sentencias hay que sumar una anterior, también de gran importancia, como es la de 29 de mayo de 1997 («Comisión/Reino Unido» A.C-300/95). Por tanto, nos encontramos hoy en día con cinco sentencias importantes sobre la Directiva de productos defectuosos.

Ruiz Muñoz adopta un adecuado método expositivo de estas sentencias, objetivo fundamental de la monografía, no realizando una exposición cronológica, sino sistemática, abordando cada una de las cuestiones planteadas en las diferentes sentencias, desde las cuestiones más generales a las más particulares, y desde los ámbitos de aplicación, pasando por las causas de exoneración o de imputabilidad, a los daños reparables. En primer lugar, se ocupa de la compatibilidad de la Directiva (y los Derechos nacionales armonizados) con otros regímenes nacionales de responsabilidad, que es una cuestión planteada especialmente en la STJCE de 25 de abril de 2002 («González Sánchez» A.C-183/00), pero también en las otras dos sentencias de igual fecha («Comisión/Francia» A.C-52/00 y «Comisión/Grecia» A.C-154/00). A continuación, aborda la responsabilidad del suministrador o distribuidor, planteada esta vez en la STJCE de 25 de abril de 2002 («Comisión/Francia» A.C-52/00). Seguidamente trata de algunas causas de inimputabilidad o de exoneración de la responsabilidad, que se contemplan en diversas resoluciones: los riesgos del desarrollo de la STJCE de 29 de mayo de 1997

(«Comisión/Reino Unido» A.C-300/95), la no puesta en circulación y la fabricación sin fines económicos y fuera de un ámbito profesional en la STJCE de 10 de mayo de 2001 («Veedfald» A.C-203/99), y la relativa a la polémica obligación de «seguimiento» del Derecho francés en la STJCE de 25 de abril de 2002 («Comisión/Francia», A.C-52/00). Finalmente, sobre los daños reparables, también se han pronunciado diversas sentencias: en cuanto al carácter ilimitable de la reparación de ciertos daños, la STJCE de 10 de mayo de 2001 («Veedfald» A.C-203/99), respecto al catálogo de daños, igualmente la STJCE de 10 de mayo de 2001 («Veedfald» A.C-203/99) y, por último, respecto a la franquicia de 500 euros, la STJCE de 25 de abril de 2002 («Comisión/Francia» A.C-52/00) y otra de igual fecha («Comisión/Grecia» A.C-154/00).

La cuestión de la compatibilidad de la Directiva (Derecho europeo armonizado) con otros regímenes jurídicos nacionales de responsabilidad ha sido planteada especialmente en la citada STJCE de 25 de abril de 2002 («González Sánchez» A.C-183/00, párrafos 23 a 34), pero también en las otras dos sentencias de la misma fecha. La primera de las resoluciones citadas determina cómo debe interpretarse el artículo 13 de la Directiva. El problema surge ante la existencia en España de un régimen jurídico paralelo al de la Directiva, como es el de los artículos 25 a 28 LGDCU, con un alcance protector de los perjudicados superior al de aquella. El TJCE considera que el artículo 13 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que los derechos que los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos tuvieran reconocidos conforme a la legislación de un Estado miembro, en virtud de un régimen general de responsabilidad que tenga el mismo fundamento que el establecido por la Directiva, pueden verse limitados o restringidos como consecuencia de la adaptación del ordenamiento jurídico interno de dicho Estado a lo dispuesto en la mencionada Directiva.

Frente a los autores españoles que se han manifestado en sentido muy crítico frente a esta sentencia del TJCE, Ruiz Muñoz entiende que la sentencia en el punto en cuestión resulta correcta. O dicho de otro modo, el TJCE no tenía la más mínima posibilidad de apartarse del «guión» férreamente marcado por la propia Directiva. Lo contrario hubiese supuesto la ruptura del principio que preside la Directiva. Tras desbrozar el asunto en cuestión y las particularidades del Derecho español, concretadas en los artículos 25 a 28 LGDCU, la conclusión no puede ser otra que reafirmar el acierto de la resolución del TJCE.

En la sentencia «Veedfald», de 10 de mayo de 2001 (A.C-203/99), el TJCE entra en el análisis de una importante cuestión relativa al ámbito de aplicación de la Directiva, ya que viene a declarar que la misma es aplicable también a los productos utilizados en el marco de la prestación de servicios, cuestión sobre la que Ruiz Muñoz se ocupa más adelante con detenimiento.

La Ley francesa, de transposición de la Directiva, establece una equiparación entre distribuidor y productor, a diferencia de la responsabilidad meramente subsidiaria del primer sujeto establecida en la Directiva. El Gobierno francés es consciente de la divergencia, pero la justifica por la existencia de una norma nacional de procedimiento sobre la que no tiene competencia la Unión Europea. Además entiende que, a pesar de la divergencia, con la norma francesa se alcanza el resultado perseguido por la Directiva, como es que el suministrador demandado puede emplazar como interviniente forzoso en el pleito al productor, con lo cual se cumple la finalidad de la Directiva de que la indemnización corra a cargo de éste.

El TJCE resuelve la cuestión de manera contundente, en la sentencia de 25 de abril de 2002, Sala 5.^a, «Comisión/Francia» A.C-52/00, que rechaza la solución adoptada por la jurisprudencia y la doctrina francesa que equipara al vendedor profesional con el fabricante, cuya responsabilidad se ha constituido sobre la base de la «obligación de seguridad» en el régimen del contrato de venta, que sin duda mejora la protección de la víctima, pero siendo plenamente conscientes de la violación de la Directiva. Difícilmente se podrá imputar el carácter defectuoso, que es la razón que justifica la imputación de responsabilidad, a un distribuidor que no tiene ni arte ni parte en el proceso fabril del producto. La pretendida extensión de la responsabilidad al vendedor en el Derecho francés hubiese significado la ruptura del modelo que desarrolla la Directiva.

Ruiz Muñoz se refiere también a la Resolución del Consejo de 19 de diciembre de 2002, relativa a la necesidad de evaluar la modificación de la Directiva.

Esta Resolución es calificada, con toda razón, por este autor como sorprendente. Lo sorprendente de la Resolución está en que saca a relucir, de no se sabe dónde, una declaración conjunta, incluida en el acta del Consejo que aprobó la Directiva, relativa al alcance de la misma, que afirma que, con respecto a la interpretación de los artículos 3 y 12, el Consejo y la Comisión están de acuerdo en que nada impide que los Estados miembros, a título individual, establezcan sus propias normas respecto de la responsabilidad de los intermediarios, ya que no está cubierta por la Directiva. También existe acuerdo en que, con arreglo a la Directiva, los Estados miembros podrán determinar las normas sobre el reparto mutuo definitivo de la responsabilidad entre varios productores. El Consejo toma nota de que la palabra «poseedor», en el sentido del apartado 3 del artículo 3, se refiere a la persona que opera en la cadena de distribución.

Se trata de una inesperada y sorpresiva «interpretación auténtica» de la Directiva.

En relación con la cuestión de las causas de exoneración o de inimputabilidad de la responsabilidad, el TJCE, en su sentencia de 10 de mayo de 2001, párrafos 11 a 18 («Vedfald» A.C-203/99), se refiere al supuesto liberatorio de responsabilidad por falta de «puesta en circulación» del producto.

En cuanto al fondo de la cuestión prejudicial, la *Amtskommune* sostuvo que no existía puesta en circulación del producto porque el paciente no compró intencionadamente el producto, sino que procedía del ámbito interno del propio prestador del servicio, no habiendo salido de la «esfera de control» médica constituida por la unidad del centro hospitalario, la farmacia que lo fabricó y los médicos intervinientes. A lo que se responde por el TJCE, que tales circunstancias no son determinantes cuando la utilización del producto se caracteriza porque la misma persona a la que está destinado debe acudir a dicha «esfera de control». De tal modo que, coincidiendo el Tribunal con lo señalado por el Gobierno del Reino Unido, cuando un paciente acude a un hospital, no es determinante a los efectos de la puesta en circulación, que el producto utilizado en el marco de un tratamiento médico, prestación de servicios, haya sido fabricado en el propio establecimiento por el prestador del servicio o por una entidad con él relacionada, o haya sido adquirido a un tercero. Por lo que concluye diciendo que el artículo 7 a) de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que un producto defectuoso se pone en circulación cuando se utiliza en el marco de una prestación médica concreta, que

consiste en preparar un órgano humano para su trasplante y el daño causado a éste es consecuencia de dicha preparación.

Como observa Ruiz Muñoz, en esta resolución se resuelven dos cuestiones estrechamente conectadas y de enorme interés. Por un lado, lo relativo a una prestación de servicios que incorpora la utilización de un producto que finalmente acaba siendo defectuoso; y, por otro lado, si constituye puesta en circulación el hecho de la utilización del producto en el propio ámbito empresarial del productor y prestador del servicio.

Ambas cuestiones son analizadas con rigor por este autor de manera separada, llegando a la conclusión de que los productos incorporados a prestaciones de servicios no deben perder su propia naturaleza a los efectos de aplicación de la Directiva. Por tanto, si el producto ha sido fabricado por el propio prestador del servicio parece que podría entenderse sin gran dificultad que procede la aplicación de la Directiva, que en definitiva es el caso que se plantea por la STCE. Si se trata de un producto no fabricado por el prestador del servicio sino por un tercero, pero integrado por aquél en el servicio, la cuestión es más difícil de resolver. La solución puede obtenerse mediante la distinción entre diferentes casos. En el primero, donde nada aporte el prestador del servicio respecto al producto en cuestión, se estaría ante un mero distribuidor o suministrador que no es responsable según la Directiva sino muy excepcionalmente. En el segundo, donde por el contrario se realice algún tipo de transformación del producto por el prestador del servicio, de tal modo que se esté ante un nuevo producto cuyo fabricante sería el propio prestador del servicio, es éste el responsable en tanto que productor originario. Y finalmente, un tercer grupo, donde el producto integrante sea defectuoso debido a las instrucciones dadas por el prestador del servicio al que está destinado. En este caso, aplicando un criterio teleológico, y analógicamente el artículo 7 f) de la Directiva, la responsabilidad parece que debería recaer sobre el prestador del servicio.

La segunda cuestión está referida a si la integración del producto, de fabricación propia, en la prestación del servicio constituye o no una «puesta en circulación» en el sentido de la Directiva. La conclusión que se impone, en el supuesto en cuestión, es que la puesta en circulación se produce con la mera utilización del producto en el proceso de prestación del servicio. O dicho de otro modo, de manera más general, cuando el fabricante utiliza internamente los productos de fabricación propia.

También en la sentencia de 10 de mayo de 2001 del TJCE se viene a resolver una cuestión que gira sobre la tercera de las causas de no imputación de la responsabilidad [apartado c) del art. 7 de la Directiva]. En este caso se exige un requisito doble: no fabricación para la venta o comercialización con fines económicos, ni en un ámbito empresarial o profesional.

Se cuestiona si el artículo 7, letra c), de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que un hospital de titularidad pública está o no exento de responsabilidad con arreglo a la Directiva por los productos que elabora y utiliza en el ámbito de un servicio concreto financiado con fondos públicos, prestado por el productor a la persona perjudicada sin ninguna contraprestación.

El Tribunal de Luxemburgo entiende que, en los casos como el presente, a pesar de que no se trata de una actividad voluntaria, donde la prestación médica, que incluye el producto defectuoso, no es pagada por el paciente sino que se financia con los fondos públicos alimentados por los contribuyentes, no se puede privar a la fabricación de los productos en cuestión de su carácter económico y profesional.

Hay en esta cuestión, como subraya Ruiz Muñoz, un asunto de enorme interés, que es la relativa a las prestaciones sanitarias de carácter público. El TJCE da por sentado que la Directiva es de aplicación por igual a los fabricantes de productos defectuosos ya sean éstos entes públicos o privados.

En tercer lugar, el TJCE, en la sentencia ya mencionada de 25 de abril de 2002 (A.C-52/00), se ha ocupado también, esta vez de manera simultánea, de las causas exonerativas mencionadas en los apartados *d)* y *e)* del artículo 7 de la Directiva. La primera referida a las normas imperativas y la segunda a los conocidos riesgos del desarrollo. En el presente caso el apartamiento de la Directiva por el Derecho armonizado francés consiste en que, a diferencia de la disposición europea que no sujeta a requisito alguno los citados supuestos de no responsabilidad, la transposición francesa (arts. 1386-11 y 1386-12 del CC francés) supedita la aplicación de dichos supuestos al requisito de que el productor, al detectarse un defecto, adopte las medidas adecuadas para evitar sus consecuencias dañosas, o lo que es lo mismo, se le impone una obligación de seguimiento del producto.

El TJCE rechaza las argumentaciones del Gobierno francés con rotundidad, por no acomodarse a los principios de la Directiva la denominada obligación de seguimiento. Se afirma que el artículo 15 no permite a los Estados modificar los requisitos para la aplicación de la exención de los riesgos del desarrollo. Se trata de conseguir el mayor grado de armonización sobre una materia tan compleja como es la de los riesgos del desarrollo. De tal manera que sólo cabe la alternativa extrema recogida expresamente en la Directiva: la responsabilidad o la no responsabilidad por los riesgos del desarrollo. Este parece que podría ser el resultado perseguido por la disposición europea a la vista de la sentencia comentada del TJCE.

A juicio de Ruiz Muñoz, se pueden plantear serias dudas sobre la justificación de la resolución comentada. Hay que recordar que en otros casos las soluciones intermedias, tanto en el Derecho francés como en el español, no han planteado ningún tipo de objeciones. Si no se admite ningún tipo de solución intermedia, partiendo del carácter de armonización total de la Directiva, tampoco cabrían las regulaciones sectoriales francesa y española. Si por el contrario esto no es así, en este caso no parece del todo justificada la resolución del TJCE rechazando la denominada obligación de seguimiento del Derecho francés, porque no deja de ser una solución intermedia. Además, lo que hace el legislador francés con la introducción de la obligación de seguimiento es sencillamente sistematizar el tratamiento de la materia de daños por productos defectuosos. Esto es, encajarla en el marco más general de su Derecho común sobre la responsabilidad civil (reforma del *Code*) con la finalidad de que resulte un todo armónico, funcional y sin grandes contradicciones. Con el añadido del requisito de la obligación de seguimiento, lo que se está haciendo es integrar en el sistema de responsabilidad propio el Derecho armonizado de daños por productos. Recuérdese que si se opta por la exención de los riesgos del desarrollo, eso no debe impedir la aplicación del Derecho común en los casos de incumplimiento del deber de cuidado, que supone la vigilancia, información y posible retirada del producto, en definitiva, una obligación de seguimiento.

En cuanto a los riesgos del desarrollo, cuestión sobre la que se ocupa detenidamente Ruiz Muñoz, destaca por su importancia la STJCE de 29 de mayo de 1997 (A.C-300/95), «Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte». Es la primera vez que este Tribunal se pronuncia al respecto. El recurso se plantea contra la *Consu-*

mer Protection Act de 1987 por la inadecuada regulación de los riesgos del desarrollo. El TJCE aclara algunas cuestiones del texto europeo, pero no condena al Reino Unido en tanto admite que su Derecho armonizado puede ser interpretado de manera concorde con el comunitario. La sentencia concreta el alcance de la referencia de la Directiva al estado de los conocimientos científicos (aspecto teórico) y técnicos (aspecto práctico) en diversos aspectos. Objetividad, máximo grado de conocimiento (su nivel más avanzado) y accesibilidad de los mismos. Esto hace que no pueda considerarse la diligencia particular, sino el hecho objetivo del conocimiento o desconocimiento. La mayor aportación del TJCE a la materia de los riesgos del desarrollo lo constituye la referencia a la accesibilidad de los conocimientos científicos y técnicos, un dato que ya venía apuntado por la mejor doctrina y ahora confirma el Tribunal de Luxemburgo, si bien remite al Juez nacional su interpretación. Por tanto, la cuestión se centra sobre la difusión o no de la información, y esto es algo que se debe verificar de manera objetiva, esto es, por medio del parámetro de un empresario ideal-típico.

En el último capítulo de la monografía, Ruiz Muñoz aborda el problema de los daños reparables. Y tras referirse al artículo 9 de la Directiva, observa que hasta el momento presente el TJCE sólo se ha ocupado de cuatro cuestiones sobre la materia de los daños indemnizables. Dos de ellas en una misma sentencia, la ya mencionada de 10 de mayo de 2001 («Veedfald» A.C-203/99), la primera relativa al carácter ilimitable por parte de los Estados miembros del nivel de daños reconocido por la Directiva, y la segunda, sobre el catálogo de los daños reconocidos. Una tercera, en dos sentencias de igual fecha, de 25 de abril de 2002 («Comisión/Francia» A.C-52/00 y «Comisión/Grecia» A.C-154/00), la cuestión sobre los daños inferiores a la franquicia de 500 euros. Y finalmente, una cuarta, sobre la exclusión de los daños a los bienes comerciales, en una de las sentencias de 25 de abril de 2002 («Comisión/Francia» A.C-52/00).

Con el análisis de cada una de estas cuestiones y su resolución por el TJCE, concluye esta importante monografía, que va acompañada de una amplísima bibliografía.

Para concluir me resta únicamente felicitar al autor de esta densa monografía por el resultado alcanzado, consecuencia de la utilización de un método problemático y funcional, con un exhaustivo análisis doctrinal y jurisprudencial, recomendando a todos los que estén interesados en conocer adecuadamente los aspectos más destacados de la responsabilidad civil del fabricante que la lean con sosiego, porque les será muy útil para poder comprender este importante tema, sobre el que tanto se ha escrito y polemizado, por su extraordinaria importancia jurídica y social.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Eva CANO VILÁ, María del ROSARIO DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, María PAZ GARCÍA RUBIO, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, 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

ANDRÉS SANTOS, F. J.: «Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law», *ERPL*, 2004, núm. 3, pp. 347-357.

Muy comúnmente los Tribunales comunitarios utilizan máximas legales o brocardos provenientes del antiguo Derecho Común, como medio de solucionar casos en que no hay una regla comunitaria clara. La alegación de tales brocardos puede ser simplemente un mecanismo retórico o un poso subconsciente del antiguo *ius commune*; en cualquier caso sirve como medio de armonización del Derecho de la Unión Europea. (*M. G.-R.*)

BELLELLI, A.: «L'inibitoria como strumento generale di tutela contro l'illecito», *RDC*, 2004, núm. 4, parte prima, pp. 607-624.

Estudio de la acción inhibitoria como medio de defensa preventiva de los derechos de los consumidores y derechos fundamentales: supuestos de ejercicio e intereses tutelados. (*M. R. D. R.*)

BYDLINSKY, F.: «Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft», *AcP*, 2004, núms. 3-4, pp. 309-395.

Casi cincuenta años de estudio científico del Derecho han creado en el autor la impresión de que la búsqueda del punto medio es el método preferible, especialmente en las principales corrientes de esta ciencia, que quizá por eso son las corrientes más importantes.

Se defiende este método utilizando algunos ejemplos, como la doctrina de la base del negocio y el nuevo Derecho de los consumidores. (*M. G.-R.*)

CONTINO, E.: «Un po' di ordine nell'ineffabile danno esistenziale - nota ad App. Milano 14 febbraio 2003», *GC*, 2004, núm. 1, pp. 234-241. (*M. R. D. R.*)

ESPOSITO, M.: «Brevi considerazioni sui rapporti tra legge e giurisdizione», *RTDPC*, 2004, núm. 1, pp. 165-180.

Notas sobre la dificultad de aplicación por los tribunales de leyes retroactivas. Conflicto de competencias entre el órgano judicial y el legislativo. (*M. R. D. R.*)

FATÔME, E.: «Code de la construction et de l'habitation et code de l'urbanisme. Quels reclassements possibles?», *RDImm*, 2004, nov-dic, pp. 493-496.

Relación del Código de la Vivienda y el de Urbanismo. (*R. A. R.*)

GALGANO, F.: «Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana», *CI*, 2004, núm. 1, pp. 1-12.

Estudio sobre el problema actual originado por el aumento de la litigiosidad y la consiguiente sobrecarga de los tribunales. (*Alma R. G.*)

GENTILI, A.: «Approposito de il diritto soggettivo», *RDC*, 2004, núm. 3, parte seconda, pp. 351-373.

Reflexión sobre el derecho subjetivo: origen y concepción, ejercicio y abuso de derecho, concurrencia de derechos, derechos fundamentales, etcétera (*M. R. D. R.*)

GROSS, N.: «Vom Code Civil zum BGB-eine Spurensuche», *JZ*, 23/2004, pp. 1137-1143.

Del *Code civil* al BGB. La búsqueda de una huella.

El 2004 fue en todo el mundo el año del *Code civil*. Como «epílogo alemán» a esta celebración, el artículo muestra las huellas de la influencia, la acomodación y la visión de una permanente comparación jurídica que el bicentenario Código de Napoleón ha dejado en Alemania. (*M. P. G. R.*)

KULL, A./WITZ, C.: «Der französische Code civil-Bestandsaufnahme nach 200 Jahren», *NJW*, 52/2004, pp. 3757-3761.

El Código civil francés. Inventario después de doscientos años.

Un nuevo artículo homenaje al bicentenario del Código francés, escrito por el titular y una ayudante de la Cátedra de Derecho privado francés de la Universidad alemana de Saarland. (*M. P. G. R.*)

MARKESINIS, B.: «The Enduring (Double) Legacy of the Code Napoleon», *L.Q. R.*, enero 2005, vol. 121, pp. 80-97.

El autor se plantea cuál es el verdadero legado del *Code civil* francés. La precisión y la simplicidad de su estilo le convirtieron en el vehículo idóneo para exportar las ideas francesas al resto del mundo. Sin embargo, su trascen-

dencia verdadera se debe a rasgos sociológicos, políticos y constitucionales. Internamente, el *Code* representa un compromiso político entre las ideas políticas más extremas, al tiempo que desafía la división tradicional entre derecho público y privado, y deviene, así, un documento eminentemente político. Factores como el consenso, valerse de un equipo competente, de un líder pragmático y carismático como Napoleón y el hecho de elaborar la norma en el momento histórico adecuado marcan la longevidad del *Code*. Precisamente su supervivencia continua en un mundo de constituciones cambiantes le ha concedido el carácter de verdadera y perdurable constitución de la Francia moderna. En opinión del autor, cualquier intento de emprender una labor semejante, ya sea en el ámbito europeo como en el nacional, tiene que contar con esos mismos requisitos. (E. C. V.)

MARKESINIS, B./O' CINNEIDE, C./FEDTKE, J./HUNTER-HENIN, M.: «Concerns and Ideas About the Developing English Law of Privacy (And How Knowledge of Foreign Law Might Be of Help)», *Am. J. Comp. L.*, 2004, vol. 52, pp. 133-194.

El artículo 8 del *UK Human Rights Act* de 1998 ha tenido un gran impacto en la introducción de la protección de la intimidad en el *common law* inglés. Sin embargo, los jueces son aún reticentes a reconocer un auténtico *tort of privacy*. El artículo se centra en el desarrollo jurisprudencial sufrido por el *tort of breach of confidence*, y señala que, aunque más apto para la protección de la intimidad que los intentos precedentes de extender artificialmente otras acciones (como el *tort of nuisance* o *trespass*), determinados aspectos lo siguen haciendo inadecuado para la protección de ese interés. En este sentido, determinadas causas justificativas (el interés general de la información, la previa publicación de la misma, etc.) válidas para la neutralización del *breach of confidence* pueden hacer inefectiva una verdadera protección del derecho a la *privacy*. Los autores acaban rebatiendo las objeciones que tradicionalmente se han aducido en contra de la implantación del *tort of privacy* y subrayan la obligación legal de los tribunales ingleses de desarrollar y garantizar una protección adecuada de este derecho. (E. C. V.)

MOREHAM, N. A.: «Recognising Privacy in England and New Zeland», *Cambridge L. J.*, noviembre 2004, vol. 63, núm. 3, pp. 555-558.

El autor comenta los dos casos recientes que han reconocido por primera vez la protección de la *privacy* en el *common law*: el caso *Campbell v. MGN Ltd.*, en el Reino Unido, y el caso *Hosking v. Runting and others*, en Nueva Zelanda. Para la formulación de cada una de las acciones de protección se aplicaron dos criterios distintos. Según el primero, la publicación debe ser «gravemente ofensiva para una persona de sensibilidades corrientes». En *Hosking* se aplica el criterio consistente en el *reasonable expectation of privacy*. El autor considera preferible el último enfoque, no obstante propone ser más preciso e indica que una mayor protección sería posible si el criterio consistiera en un *reasonable desire of privacy*. Por otra parte, en la opinión de ambos tribunales, la libertad de información no es ilimitada, sino que es ponderable, de modo que cuanto más sería sea la intromisión en la *privacy*, mayor tiene que ser el interés general en la información para poder justificarla. (E. C. V.)

NOURISSAT, C.: «Droit civil de l'Union européenne», *RDS*, 2005, núm. 9, pp. 608-615.

El 2004 como año de transición para la consolidación de las bases jurídicas sobre las que se edificará el Derecho civil de la Unión Europea. Se parte del respeto a los diferentes sistemas y tradición jurídica de los Estados miembros. (*I. S. P.*)

PATTI, S.: «Tradizione civilistica e codificazioni europee», *RDC*, 2004, núm. 3, parte prima, pp. 521-531.

Comentario sobre la tradición civilística de codificación de los diferentes estados europeos y la tendente unificación del Derecho europeo. (*M. R. D. R.*)

RESCIGNO, P.: «Unità e pluralità del diritto civile: il sistema e le fonti», *RTDPC*, 2004, núm. 1, pp. 23-40.

Nuevo acercamiento al sistema de fuentes del Derecho: crítica y revisión. (*M. R. D. R.*)

RORIVE, I.: «Diverging Legal Culture but Similar Jurisprudence of Overruling: The Case of the House of Lords and the Belgian *Cour de cassation*», *ERPL*, 2004, núm. 3, pp. 321-346.

El artículo pone de manifiesto que el modo de funcionar de los tribunales supremos a la hora de interpretar y modificar sus propios criterios no es tan diferente en el *common* y *civil law*, utilizando como ejemplos la House of Lords inglesa y la *Cour de cassation* belga. (*M. G.-R.*)

SCHÜRNBAND, J.: «Gestaltungsrechte als Verfügungsgegenstand», *AcP*, 2004, núm. 2, pp. 177-207.

Se estudia el problema de los derechos de configuración jurídica como objeto de disposición. El autor opina que la cuestión no se puede solucionar de modo unitario, sino que hay que distinguir según casos. (*M. G.-R.*)

TOMASIN, D.: «1954-2004. Cinquante ans d'histoire de la codification», *RDImm*, 2004, nov.-dec., pp. 481-486.

Reflexiones sobre el código de la construcción y de la vivienda en sus cincuenta años. (*R. A. R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

ABATANGELO, C.: «Le inerzie del rappresentante legale dell'erede incapace accettante con beneficio d'inventario e la tutela dei creditori ereditari», *RDC*, 2004, núm. 1, parte seconda, pp. 1-25.

Observaciones acerca de la posibilidad de aceptación de la herencia a beneficio de inventario en casos de procedimientos concursales: vías de actuación de los acreedores, responsabilidad del curador por los actos de administración y liquidación de la masa hereditaria. (*M. R. D. R.*)

AUNE, Ac.: «Peut-on légaliser l'euthanasie?», *GP*, 2004, núms. 354-356, pp. 7-10.

Las referencias a la eutanasia en derecho positivo y la tendencia a mejorar la situación de las personas en el fin de la vida. (R. A. R.)

BARON, Ch.: «De quinlan à Schiavo: le droit à la mort et le droit à la vie en droit américain», *RTDC*, 2004, núm. 4, pp. 673-692.

La formación jurídica del derecho a la muerte. La elaboración de una legislación relativa a la toma de decisión por parte de un representante. El suicidio médicamente asistido y la eutanasia activa. Dificultades y peligros de la jurisprudencia actual. (R. A. R.)

BRAUKMANN, M.: «Mangelnde demokratische Legitimation und funktionswidrige Organisationsstrukturen der niedersächsischen Stiftungsuniversitäten», *JZs* 13/2004, pp. 662-666.

La posibilidad de transformar las Universidades en Fundaciones de Derecho público, a la que el § 58 I 2 *Hochschulrahmengesetz* (HRG) preparaba el camino, ha sido establecida en la Baja Sajonia en su Ley de Universidades. En opinión del autor, esta evolución debe ser, a partir del ejemplo de Baja Sajonia, revisada en cuanto a su conformidad con los principios constitucionales y en relación con los problemas revelados. (B. T. G.)

BRUSORIO, M.: «Loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique: la recherche sur l'embryon enfin autorisée», *GP*, 2004, núms. 224-225, pp. 2-5.

Análisis sobre la evolución legislativa francesa en busca de la investigación con embriones. Su primera ley, que negaba tal posibilidad, la de 29 de julio de 1994 y la actual que la posibilita de 6 de agosto de 2004. Justificación de tal posibilidad por el concepto legislativo de embrión. (I. S. P.)

— «Loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique: la recherche sur l'embryon enfin autorisée», *GP*, 2004, núms. 224-225, pp. 2-4. (R. A. R.)

BYK, Ch.: «Bioéthique, universalisme et mondialisation. La dynamique des contradictions», *SJ*, 2005, núm. 7, I-113.

El doble registro de la normalización con derechos de las ciencias de la vida. La armonización de normas de derechos del hombre. (I. S. P.)

CAPITELLI, P.: «Situazioni esistenziali in conflitto: diritto di cronaca versus diritto all'integrità morale, fra danni patrimoniali e non risarcibili», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 3, pp. 791-824.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione*, *Sez. III civile*, de 13 de febrero de 2002, n. 2066, sobre el límite entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de prensa. (B. F. G.)

CASINI, C./DI PIETRO, M. L./CASINI, M.: «La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita», *DFP*, 2004, núm. 2, pp. 489-533.

Análisis de la ley italiana de procreación asistida: principios inspiradores de la ley, derechos del concebido, cualificación de las técnicas utilizadas, prevención de la esterilidad, la objeción de conciencia... (Alma R. G.)

CASSANO, G./PATRUNO, F.: «Quando la vita non vale un soldo: ovverosia una veterogiurisprudenza sul danno biologico da morte. Alcune riflessioni e

prospettive de iure condendo nota a Cass. 2 febbraio 2003 n. 2775», *GC*, 2004, núm. 2, pp. 478-488. (*M. R. D. R.*)

CHEMTOB-CONCÉ M. C.: «Accès aux médicaments essentiels des pays en développement et respect du droit des brevets: un changement de position en faveur du droit à la santé», *GP*, 2004, núms. 357-358, pp. 2-4.

Reflexiones sobre la contraposición del derecho a la salud y los derechos concedidos a las patentes y el reconocimiento oficial de la primacía del primero sobre los últimos. (*I. S. P.*)

CHERPILLOD, I.: «Chronique de Suisse», *RIDA*, janvier 2005, núm. 203, pp. 139-189.

Crónica de la revisión de la Ley suiza sobre el derecho de autor, con vistas a admitir la ratificación de los tratados de la OMPI. (*C. J. D.*)

CHINDEMI, D.: «Diffamazione a mezzo stampa: applicabilità della sanzione pecuniaria al direttore responsabile ed all'editore», *NGCC*, 2004, núm. 4, pp. 505-509.

Responsabilidad civil del propietario y del director del medio de comunicación por difamación. (*Alma R. G.*)

CIAN, G.: «L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee», *RDC*, 2004, núm. 4, parte prima, pp. 481-495.

Estudio de derecho comparado sobre la representación legal en los casos de falta de capacidad de obrar. (*M. R. D. R.*)

DANOVI, F.: «Le azioni in materia di filiazione e i principi generali del processo», *DFP*, 2004, núm. 1, pp. 153-188.

Filiación y tutela jurisdiccional. El papel del menor en el interior del proceso civil. El menor y su capacidad procesal. El curador especial y defensor. (*Alma R. G.*)

D'AVACK, L.: «La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico», *DFP*, 2004, núms. 3-4, pp. 793-812.

Artículo acerca del conflicto de intereses existente entre el concebido y el derecho a procrear de la pareja estéril: el derecho de no experimentación y la producción de embriones en número excesivamente elevado, el derecho a la identidad existencial del embrión... (*Alma R. G.*)

DIOGUARDI, F.: «La prova dell'entità del pregiudizio subito nel danno esistenziale nota ad App. Milano 29 gennaio 2003», *GC*, 2004, núm. 6, pp. 1606-1611. (*M. R. D. R.*)

DJEMNI-WAGNER, S.: «L'évolution du droit communautaire de la responsabilité parentale», *GP*, 2004, núms. 247-248, pp. 18-26.

Estudio a propósito del reglamento comunitario denominado «Bruselas II bis» de 27 de noviembre de 2003. (*R. A. R.*)

DORSNER-DOLIVET, A.: «De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004», *SJ*, 2004, núms. 44-45, I-173.

Sobre el reforzamiento de la protección de la especie humana y las imposiciones del legislador sobre la actividad científica médica. (R. A. R.)

FABIANI, M.: «La transposition en Italie de la Directive 2001/29/CE», *RIDA*, octubre 2004, núm. 202, pp. 127-137.

Crónica de la transposición en Italia de la Directiva 2001/29/CE, sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información. (C. J. D.)

FARES, G.: «La disciplina degli istituti di patronato e di assistenza sociale fra Stato e regioni a statuto speciale: per la consulta suum cuique-nota a C. cost. 24 giugno 2003 n. 221», *GC*, 2004, núm. 5, pp. 1172-1187. (M. R. D. R.)

FIORAVANTI, C.: «Attribuzione uniforme di nomi e cognomi secondo la Convenzione di Monaco», *NGCC*, 2004, núm. 4, pp. 562-567.

Consecuencias jurídicas que posee en el ordenamiento italiano un pronunciamiento de la Corte de Justicia de la Comunidad (sentencia de 2 de octubre de 2003, causa C-148/02, Carlos García-Avello-Belgio) en la que se afirma el principio según el cual en el espacio de la Unión es preciso garantizar la indicación uniforme del nombre y apellido de toda persona de ciudadanía comunitaria. (Alma R. G.)

GERVAIS, D.: «Le droit d'auteur au Canada: Le point après CCH», *RIDA*, janvier 2005, núm. 203, pp. 3-61.

Crónica del estado del derecho de autor en Canadá tras la decisión unánime del Tribunal Supremo de Canadá en el pleito *CCH versus Barreau du Haut Canada* (*Law Society of Upper Canada*), que ha marcado un hito en la evolución del derecho de autor en este país. La decisión del Tribunal se pronuncia claramente sobre la condición de originalidad de los trabajos realizados en la empresa privada, referentes a la publicación de textos legales, jurisprudenciales y doctrinales: en concreto, se reconoce la originalidad de las palabras clave que facilitan la búsqueda de las sentencias, así como de los resúmenes de las mismas. (C. J. D.)

GOTZEN, F.: «Vers une harmonisation du droit d'auteur dans la société de l'information», *RIDA*, octubre 2004, núm. 202, pp. 5-9.

Presentación de los análisis realizados por diversos autores, sobre el estado de la transposición en diversos países, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y de los derechos conexos en la sociedad de la información. La presentación va seguida de diversas crónicas nacionales sobre la transposición de la Directiva; en concreto, en Alemania, Austria, Dinamarca, Grecia, Italia, Luxemburgo y Reino Unido. (C. J. D.)

GRIDEL, Jp.: «Liberté de la presse et protection civile des droits modernes de la personnalité en droit positif français», *RDS*, 2005, núm. 6, pp. 391-398.

Sobre los límites a la libertad de información y el derecho de cada persona a la vida privada. (I. S. P.)

HASSLER, T.: «Les progrès de la liberté de l'image des personnes en 2004», *RDS*, núm. 11, pp. 739-741.

Extensión de la libertad de imagen propiciada por la sección segunda de la corte de casación civil francesa a lo largo de 2004. Excepción del derecho a la información del público. (*R. A. R.*)

KÉRÉVER, A.: «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, octubre 2004, núm. 202, pp. 223-271.

Crónica de la jurisprudencia francesa reciente en materia de derecho de autor (de la protección del derecho de autor bajo condición de originalidad; de la cualidad de autor; de los autores asalariados; de la copia fraudulenta por plagio; de la explotación de los derechos y de los contratos de edición; de la gestión colectiva; de la excepción de copia privada y medidas técnicas de protección; del derecho moral tras la muerte del autor; de los derechos conexos; de la protección de la vida privada). (*C. J. D.*)

— «Chronique de jurisprudence», *RIDA*, janvier 2005, núm. 203, pp. 191-229.

El autor da noticia de la última jurisprudencia francesa sobre el derecho de autor y los derechos conexos (en particular, sobre las obras protegidas bajo condición de originalidad; la cualidad de autor; la copia fraudulenta por utilización no autorizada; la admisibilidad de la acción por fraude; la gestión colectiva; y el derecho del propietario sobre la imagen de un bien propio). (*C. J. D.*)

KOUMANTOS, G.: «La transposition de la Directive 01/29 (société d'information)», *RIDA*, octubre 2004, núm. 202, pp. 107-125.

Crónica de la transposición en Grecia de la Directiva 2001/29/CE, sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y de los derechos conexos en la sociedad de la información. (*C. J. D.*)

KRIEGK, J.-F.: «Droit civil, procréation et dignité humaine», *GP*, 2004, núms. 352-353, pp. 2-5.

Sobre el debate suscitado en relación a la sentencia «Perruche» sobre los derechos y las obligaciones confrontados con respecto a la dignidad humana. El derecho a la dignidad humana y la infancia. (*I. S. P.*)

LEWINSKI, S.: «The implementation of the information society Directive into German Law», *RIDA*, octubre 2004, núm. 202, pp. 11-41.

Estado de la transposición en Alemania de la Directiva 2001/29/CE, sobre la denominada sociedad de la información. (*C. J. D.*)

LONG, J.: «La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia», *NGCC*, 2004, núm. 2, pp. 283-311.

Los límites del derecho a conocer la propia identidad. (*Alma R. G.*)

LONGUET, B.: «Doit-on légiférer sur la fin de vie?», *GP*, 2004, núms. 303-304, pp. 2-4.

Necesidad y argumentos sobre una posible legislación del fin de la vida de una persona, distinguiendo conceptos: eutanasia, ayuda al suicidio, administración de calmantes y rechazo a un tratamiento. Derecho francés actual y soluciones de Derecho comparado. (*I. S. P.*)

MARINO, M. E.: «The Human Rights Act 1998: appunti e interrogativi», *RTDPC*, 2004, núm. 2, pp. 563-589.

Reflexión acerca de la incorporación de la Convención Europea de los Derechos del Hombre al ordenamiento jurídico británico a través del Act interno de 1998: contenido, interpretación y efectos. (*M. R. D. R.*)

MASSIS, Th.: «Santé, droits de la personnalité et liberté d'information», *GP*, 2004, núms. 336-337, pp. 4-6.

Trata sobre el principio de protección de la salud y derechos de la personalidad y las restricciones que supone la libertad de información. (*I. S. P.*)

MESTMÄCKER, E. J.: «Agreements of reciprocal representation of collecting societies in the internal market. The Related Rights of Phonogram Producers As a Test Case (Simulcasting)», *RIDA*, janvier 2005, núm. 203, pp. 63-137.

Análisis de las reglas dispuestas por la Comisión Europea para las sociedades de gestión de los derechos de los productores de fonogramas (en particular, la Decisión de la Comisión de 8 de octubre de 2002 sobre *simulcasting*), contrastándolas con las normas de Derecho comunitario que afectan a la gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos. Los acuerdos de representación recíproca de las sociedades de gestión en el ámbito del mercado común se someten a examen. (*C. J. D.*)

MILZER, L.: «Die Patientenverfügung -ein Rechtsgeschäft mit ablaufendem Haltbarkeitsdatum?», *NJW*, 32/2004, pp. 2277-2278.

El presente artículo toma como punto de partida la pregunta de si las disposiciones del paciente constituyen un negocio jurídico con fecha de caducidad en curso. Así, la opinión todavía mayoritaria defiende que la renovación regular de las disposiciones del paciente sea necesaria o, por lo menos, recomendable. Por el contrario, el autor sostiene que debería omitirse tal renovación. (*B. T. G.*)

MONTINARO, R.: «Tutela della riservatezza e risarcimento del danno nel nuovo "codice in materia di dati personali"», *GC*, 2004, núm. 5, pp. 247-267.

Nuevo acercamiento al tema del derecho fundamental a la intimidad respecto de la protección de datos personales: responsabilidad civil por intromisión en la vida privada y daño moral por infracción del deber de protección de datos personales. Referencia a la l. n. 675 del 1966 y al d. lgs. 196 de 2003. (*M. R. D. R.*)

MOROZZO DELLA ROCA, P.: «Il diritto alla residenza: un confronto tra principi generali, categorie civilistiche e procedure anagrafiche», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 1013-1048.

Artículo sobre los problemas que plantea el domicilio y la residencia de la persona física. (*Alma R. G.*)

NEUEN, J.: «La transposition en Droit luxembourgeois de la Directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information», *RIDA*, octobre 2004, núm. 202, pp. 139-183.

Crónica de la transposición en Luxemburgo de la Directiva 2001/29/CE, sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información. (C. J. D.)

OTTE, G.: «Ammerkung», *JZ*, 19/2004, pp. 973-975.

El autor comenta una sentencia del Tribunal Federal Supremo que debe decidir si ayudas gratuitas a una fundación, cuyo uso –adecuado a destino– favorece al patrimonio fundacional, son donaciones y, por tanto, pueden dar lugar a una pretensión de complemento de legítima. (B. T. G.)

PAESANO, G.: «Clonazione umana e diritto all'identità», *DFP*, 2004, núm. 2, pp. 546-591.

Análisis del fenómeno de la clonación: experimentación médica y principios constitucionales, clonación humana reproductiva y terapéutica, derecho a la identidad como desarrollo de la personalidad, identidad genética del sujeto clonado y del clon... (Alma R. G.)

PEIS-HITIER, M.-P.: «Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine», *RDS*, núm. 13, pp. 865-869.

El concepto de persona humana a partir de la nueva ley de bioética de 6 de agosto de 2004. Personas y cosas y el concepto intermedio de embrión. (I. S. P.)

POLO, M. C.: «La tutela della riservatezza nei pagamenti elettronici», *CI*, 2004, núm. 3, pp. 1376-1414.

Nuevos desafíos y exigencias de tutela del derecho a la intimidad puesto en peligro a raíz del comercio electrónico. En concreto, protección de la intimidad en los pagos a través de la red. (Alma R. G.)

RICCIO, G.M.: «Responsabilità da illecito trattamento dei dati personali e prova del danno non patrimoniale», *NGCC*, 2004, núm. 4, pp. 470-473.

Derecho a la intimidad y circulación de los datos personales. (Alma R. G.)

ROTH, J./WILMS, J.: «Die Anwendbarkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf juristische Personen i.S. von Art. 19 III GG», *JuS* 7/2004, pp. 577-580.

El derecho de decidir sobre la información de datos personales gana progresivamente importancia. Sin embargo, no se ha resuelto en qué medida una persona jurídica puede hacer valer este derecho fundamental. Éste es el objeto del artículo que concluye por dar una respuesta afirmativa a la cuestión. (B. T. G.)

SCHERER, J.: «Das neue Telekommunikationsgesetz», *NJW* 42/2004, pp. 3001-3010.

La nueva Ley de telecomunicaciones alemana, que entró en vigor el 26 de junio de 2004, transpone –casi un año después del vencimiento del plazo de transposición– un paquete de Directivas europeas. El artículo describe los rasgos fundamentales de la nueva Ley y esboza sus principales novedades, como el nuevo marco de regulación de las redes de comunicación electrónica. (B. T. G.)

SCHØNNING, P.: «Implementation of the Directive on copyright in the information society: Denmark», *RIDA*, octubre 2004, núm. 202, pp. 81-105.

Crónica de la transposición en Dinamarca de la Directiva 2001/29/CE, sobre derecho de autor y de los derechos conexos en la sociedad de la información. (C. J. D.)

SEVILLE, C.: «The United Kingdom's implementation of the copyright Directive», *RIDA*, octubre 2004, núm. 202, pp. 185-221.

Crónica de la transposición en Reino Unido de la Directiva 2001/29/CE, sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información. (C. J. D.)

SIMON, T.: «“Grundrechtstotalitarismus” oder “Selbstbehauptung” des “Zivilrechts”? Wie läßt sich eine Begrenzung der deliktischen Haftung Minderjähriger rechtlich begründen?», *AcP*, 2004, núm. 2, pp. 264-293.

El autor se plantea hasta qué punto tienen una aplicación preferente e inmediata los principios constitucionales sobre los principios inmanentes del Derecho civil. Trata el problema a propósito de la posible limitación de la responsabilidad de los menores de edad en la medida en que la imposición de una responsabilidad económica muy alta puede lastrar de por vida el libre desarrollo de su personalidad. (M. G.-R.)

SOSNITZA, O.: «Die Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte - Plädoyer für eine Neuorientierung», *JZ*, 20/2004, pp. 992-1002.

A finales de 1999 se reconoció explícitamente en la Sentencia del Tribunal Federal Supremo «Marlene Dietrich» que los derechos de la personalidad protegen no sólo intereses extrapatrimoniales, sino también intereses económicos. Desde este punto de partida –los derechos de la personalidad ampliados con una perspectiva patrimonial–, la contribución investiga las posibilidades y límites de la ejecución judicial en este campo. (B. T. G.)

THOUVENIN, D.: «La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine. II. Nécessité de la volonté», *RDS*, 2005, núm. 3, pp. 172-179.

Relevancia del consentimiento de las personas a las que afecta, para llevar a cabo actividades médicas en el campo bioético. (I. S. P.)

— «La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine. I. Légitimité des activités médicales bioéthiques», *RDS*, 2005, núm. 2, pp. 116-121.

Relación entre la legitimidad de la actividad médica y la finalidad reconocida por la ley. (R. A. R.)

WALTER, M. M.: «The implementation of the Infosoc-Directive in Austria. The Copyright Amendment 2003», *RIDA*, octubre 2004, núm. 202, pp. 43-79.

Crónica de la transposición en Austria de la Directiva 2001/29/CE, sobre la sociedad de la información, a través de la Ley de 2003 que modifica la Ley sobre el derecho de autor. (C. J. D.)

ZIINO, D.: «Diritti della persona e diritto al (pre) nome. Riferimenti storico-letterari e considerazioni giuridiche», *GC*, 2004, núm. 7-8, pp. 355-385.

Reflexión histórico-literaria sobre el nombre y su significado para la esfera personal de los sujetos de derecho: adquisición del derecho al nombre y su función. Visión del nombre como derecho con posibilidades de modificación. (*M. R. D. R.*)

PERSONA JURÍDICA

FERRANTE, M.: «Sulle donazioni da parte degli istituti di sostentamento del clero», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 1125-1141.

Acerca de la capacidad de donar de las personas jurídicas en el Código civil italiano. (*Alma R. G.*)

GALLI, M.: «Immedesimazione organica e rappresentanza negli enti», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 2, pp. 382-412.

La representación orgánica en el Derecho civil, con alguna referencia al Derecho administrativo. (*B. F. G.*)

HOCQUARD, J.-M./LOYER, Ph.: «La rémunération de la postulation, une troisième voie?», *GP*, 2004/2005, núms. 366-4, pp. 2-6.

Aplicación del artículo 700 en materia de gastos irrepetibles de los abogados. Dudas sobre la aplicación del artículo 695 y proposiciones sobre modificación de tarifas. (*I. S. P.*)

PARISI, M.: «Soggetti *non profit* e compiti di interesse collettivo: brevi riflessioni sul “nuovo” ruolo degli enti religiosi», *DFP*, 2004, núms. 3-4, pp. 867-888.

Artículo relativo a los problemas jurídicos del asociacionismo religioso. (*Alma R. G.*)

SANTUARI, A.: «Le associazioni *non profit* operanti nel settore turistico tra legislazione nazionale e regionale», *CI*, 2004, núm. 1, pp. 477-499.

Actividades y funciones desarrolladas por las asociaciones en el ámbito turístico. (*Alma R. G.*)

TUOZZO, M.: «L'assemblea nelle fondazioni di origine bancaria», *CI*, 2004, núm. 1, pp. 463-476.

La estructura tripartita de las fundaciones bancarias en la reforma de la legislación reguladora de tales entes. (*Alma R. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ABATANGELO, C.: «Sostituzione di bene viziato e contrattazione di cosa specifica: i termini della questione nel diritto tedesco e nel pensiero giuridico italiano», *RDC*, 2004, núm. 5, parte seconda, pp. 635-666.

Estudio de Derecho comparado, alemán e italiano, sobre la figura del saneamiento por vicios, en la disciplina general de los contratos y en la particular del derecho de consumidores. (M. R. D. R.)

ADAMS, M./BORNHÄUSER, A./PÖTSCHKE-LANGER, M./GRUNEWALD, B.: «Die Haftung der Zigarettenhersteller für durch Rauchen verursachte Gesundheitsschäden», *NJW*, 51/2004, pp. 3657-3662.

La responsabilidad del fabricante de cigarrillos por los daños a la salud causados a los fumadores.

El consumo de cigarrillos constituye un importante riesgo para la salud en los países industrializados. Tanto las cargas hospitalarias derivadas del consumo de tabaco constituye un ejemplo de esto. Desde la existencia de la República Federal Alemana se calcula que la industria tabaquera es responsable de la muerte de más de seis millones de personas en este país. Los cigarrillos son el único producto comercial libremente disponible que, utilizándose de forma lícita, produce graves daños a la salud y lleva incluso a la muerte. La industria tabaquera ha sido especialmente exitosa en los últimos años ante el aumento del número de fumadores entre niños y jóvenes. Este trabajo analiza a la luz de los nuevos conocimientos científicos sobre los efectos del tabaco la cuestión de la responsabilidad de la industria tabaquera por los daños causados a los fumadores. (M. P. G. R.)

ADDANTE, A.: «Collegamento negoziale e cessione del contratto: riflessioni sul leasing», *CI*, 2004, núm. 3, pp. 1038-1067.

Reciente pronunciamiento jurisprudencial en el que la sociedad concedente estipula en el contrato de *leasing* sobre unas máquinas un pacto de readquisición anticipado a favor de la concesionaria. Sucesivamente la concedente cede el contrato de *leasing* a otra tercera sociedad, sin hacer mención del citado pacto, pero comprometiéndose igualmente a consentir la readquisición de la materia por su segundo contratante. La segunda concesionaria opone, ante la petición de la primera de hacer valer el pacto de readquisición, que en el negocio de cesión no aparece ningún pacto en tal sentido. (Alma R. G.)

ADDIS, F.: «Tradizione e innovazione nella vendita di beni di consumo: unità e frammentazione nel sistema delle garanzie», *GC*, 2004, núm. 6, pp. 323-334.

Nueva reflexión sobre la aplicación en Italia de la Directiva n. 99/44/CE, sobre la venta y garantías de los bienes de consumo: el problema de la tendencia a la armonización internacional y la realidad fragmentaria en el sistema jurídico italiano. (M. R. D. R.)

ARGENLIEU, A.: «Bailleur commercial dépôt de garantie et intérêt annuel», *GP*, 2004, núms. 259-260, pp. 11 ss.

Notas sobre validez del pago trimestral del alquiler, la necesidad de una fianza de tres meses y el abono al arrendador del 6 por 100 anual sobre la fracción de impuesto comprendida. (R. A. R.)

ARLOTTA, A.: «Il contratto di viaggio e le conseguenze del suo inadempimento: "danno da vacanza rovinata" e *overbooking*», *NGCC*, 2004, núm. 3, pp. 456-473.

En torno a la responsabilidad por el incumplimiento del contrato de viaje: la venta de paquetes turísticos y la naturaleza de los contratos de organización y de intermediación del viaje, tipos de incumplimiento del contrato de viaje, el daño por la pérdida vacacional, el fenómeno del *overbooking*... (Alma R. G.)

BANDINELLI, L.: «L'evoluzione interpretativa della clausola generale di buona fede nella dinamica del comportamento contrattuale», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 3, pp. 605-674.

Análisis de la incidencia de la cláusula de la buena fe en el contrato, a la luz de la normativa de consumidores, de los Principios UNIDROIT y de los Principios del Derecho Europeo de Contratos. (B. F. G.)

BARBANERA, R.: «Ragionevole durata del processo e risarcimento del danno non patrimoniale», *NGCC*, 2004, núm. 2, pp. 200-203.

Responsabilidad civil por los daños originados por la indebida dilación del proceso. (Alma R. G.)

BARBIERA, L.: «Ripartizione degli oneri probatori nelle obbligazioni contrattuali», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 3, pp. 675-685.

Artículo sobre la carga de la prueba en los procesos relativos al cumplimiento de las obligaciones, a su resolución y a la indemnización de daños y perjuicios. (B. F. G.)

BARELA, M.: «Teoria della concorrenza e libertà del consumatore: l'insegnamento di Tullio Ascarelli», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 4, pp. 909-978.

Derecho de la competencia y Derecho de consumidores. La autora estudia la posibilidad de ver realizados los objetivos previstos por los Tratados europeos, que buscan el correcto funcionamiento del mercado, tomando como punto de referencia la obra del mercantilista Tullio Ascarelli.

En opinión de Barela, este objetivo sólo puede conseguirse a través del reforzamiento de la posición de los consumidores en el mercado. (B. F. G.)

BATTIS, U./KRAUTZBERGER, M./LÖH, R. P.: «Die Änderungen des Baugesetzbuchs durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau 2004)», *NJWs* 36/2004, pp. 2553-2559.

La presente contribución ofrece una panorámica sobre el contenido y la génesis de la Ley que modifica el Código de la construcción para su adaptación al Derecho comunitario. (B. T. G.)

BÉGUIN, J./ORTSCHEIDT, J./SERAGLINI, C. H.: «Droit de l'arbitrage», *SJ*, 2004, núm. 47, I-179.

Crónica sobre las diversas sentencias francesas en materia de arbitraje. (I. S. P.)

BELLELLI, A.: «L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito», *RDC*, 2004, núm. 4, parte prima, pp. 607-624.

Estudio de la acción inhibitoria como medio de defensa preventiva de los derechos de los consumidores y derechos fundamentales: supuestos de ejercicio e intereses tutelados. (M. R. D. R.)

BERNARDI, G.: «Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno», *NLCC*, 2003, núm. 6, pp. 1267-1287.

Comentario al *d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70*, que aplica la directiva de la CE sobre comercio electrónico. Especial referencia a la obligación de ofrecer la necesaria información y al régimen de responsabilidad contractual. (*M. R. D. R.*)

BIGOT, A.: «Le renforcement de la protection de l'emprunteur en matière de crédit mobilier à la consommation», *GP*, 2004, núms. 249-251, pp. 16-20.

Estudio a propósito de la sentencia de Casación de 6 de junio de 2003 sobre crédito al consumo abierto como descubierto en cuenta e impago del primer plazo. (*R. A. R.*)

BINET, J.-R.: «De la fausse cause», *RTDC*, 2004, núm. 4, pp. 655-672.

Acerca del error de considerar la causa falsa como una variedad de la causa obstativa. (*I. S. P.*)

BORRUSO, R.: «Il documento informatico, la firma elettronica e la firma digitale alla luce delle ultime norme (d. lgs. 23 gennaio 2002 n. 10, d.P.R. 7 n. aprile 2003 n. 137 e l. 29 luglio 2003 n. 229)», *GC*, 2004, núm. 3, pp. 143-167.

Reflexión acerca de las novedades introducidas en el Derecho de obligaciones como consecuencia del uso de la firma electrónica y digital en el documento informático, y su reconocimiento jurídico: dispositivos de seguridad y verificación de firmas y efectos probatorios de estos documentos, según los diferentes tipos de firmas en este marco. (*M. R. D. R.*)

BOURRIE-QUENILLET, M.: «Droit du dommage corporel et prix de la vie humaine», *SJ*, 2004, núms. 21-22, I-136.

El reconocimiento por el derecho del precio de la vida humana. La evolución en juicio del precio de la vida humana. (*I. S. P.*)

BOZZI, L.: «Alla ricerca del contratto gratuito atipico», *RDC*, 2004, núm. 2, parte seconda, pp. 209-241.

Notas sobre el contrato gratuito: cuestiones generales y contratos en particular, donación y negocios atípicos. (*M. R. D. R.*)

BRACCINI, C.: «Il risarcimento del danno da contraffazione di marchio negli ordinamenti di common law», *RDC*, 2004, núm. 2, parte prima, pp. 355-393.

Análisis de Derecho comparado de la propiedad industrial en el sistema del *common law*: derecho de exclusiva, criterios de determinación y cuantificación del daño, diferentes métodos de actuación, formas de resarcimiento, procedimientos de liquidación. (*M. R. D. R.*)

BUSI, V.: «Il danno esistenziale: una categoria in continua evoluzione», *NGCC*, 2004, núm. 3, pp. 335-343.

Comentario a sentencia sobre responsabilidad civil por inmisiones acústicas que rebasan el límite de tolerabilidad. (*Alma R. G.*)

CALVARI, F.: «Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti dei consumatori: dialogo tra la giurisprudenza italiana e tedesca», *CI*, 2004, núm. 1, pp. 40-75.

El papel de la buena fe en la determinación del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados con los consumidores tanto en el Ordenamiento italiano como en el alemán. (*Alma R. G.*)

CALVO, R.: «La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale», *RTDPC*, 2004, núm. 3, pp. 869-904.

Breve reflexión sobre la tutela del consumidor desde la óptica de la parte débil del contrato: posición de la Corte Constitucional italiana frente al Derecho comunitario. (*M. R. D. R.*)

CARASSALE, I.: «Danno cagionato dall'incapace a sè medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del risarcimento», *NGCC*, 2004, núm. 4, pp. 494-500.

Régimen jurídico de la responsabilidad civil por las autolesiones que el menor de edad se ocasiona a sí mismo. (*Alma R. G.*)

CASSANO, G./PATRUNO, F.: «Quando la vita non vale un soldo: ovverosia una veterogiurisprudenza sul danno biologico da morte. Alcune riflessioni e prospettive de iure condendo – nota a Cass. 2u febbraio 2003 n. 2775», *GC*, 2004, núm. 2, pp. 478-488. (*M. R. D. R.*)

CERDONIO, CHIAROMONTE, G.: «Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti», *RDC*, 2004, núm. 2, parte prima, pp. 241-259.

Breves nociones sobre la autonomía de la voluntad, en el ámbito de la forma contractual, y los requisitos imperativos de forma en algunos contratos. Especial referencia a los efectos del incumplimiento del pacto de forma. (*M. R. D. R.*)

CHIARINI, G.: «La Consulta e l'interpretazione autentica della legge sull'usura (l'ultimo saluto all'usurarietà sopravvenuta)», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 4, pp. 1115-1148.

Comentario de la Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 25 de febrero de 2002, n. 29, sobre la usura en el contrato de mutuo. La sentencia declara inconstitucionales determinados artículos del decreto legislativo n. 394 de 2000, relativo a la interpretación auténtica de la ley de 7 de marzo de 1996, n. 108 en materia de usura. (*B. F. G.*)

CIARDO, D.: «Responsabilità nel trasporto aereo. Mutamenti di equilibri fra passeggero e vettore», *NLCC*, 2004, núm. 3, pp. 383-390. (*M. R. D. R.*)

CICERO, C.: «Spunti sulla pretesa configurabilità della clausola abusiva nell'atto non contrattuale del consumatore», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 2, pp. 303-318.

El autor se plantea el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1469 bis Código civil italiano, relativo a las cláusulas que deben considerarse vejatorias en los contratos entre consumidores y profesionales. (*B. F. G.*)

CINGOLANI, M./PECORA, S.: «Omessa diagnosi di malformazioni fetali e categorie di danno: il punto di vista della Corte di Cassazione», *DFP*, 2004, núms. 3-4, pp. 661-687.

Diagnóstico prenatal y tutela del embrión. Deber de información del médico. Categoría del daño: daño existencial. (*Alma R. G.*)

COCUCCIO, M.: «Risoluzione del contratto per inadempimento in relazione alla durata della stagione turistica – nota a Cass. 19 agosto 2003 n. 12112», *GC*, 2004, núm. 4, pp. 1017-1021. (*M. R. D. R.*)

COLAGOLPE, A.: «Contrato di *leasing* financiero, contrato de “*small rent*” e contratto di “*noleggjo-back*”: profili di differenziazione», *CI*, 2004, núm. 3, pp. 1068-1085.

Estudio de la dudosa naturaleza financiera del contrato de «*noleggjo-back*». (*Alma R. G.*)

CONSOLO, C.: «Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali», *CI*, 2004, núm. 2, pp. 595-639.

Estudio de la relación existente entre los jueces ordinarios y los árbitros a la luz del Derecho comparado (Italia, Alemania, Inglaterra...). (*Alma R. G.*)

CONTINO, E.: «Un po’ di ordine nell’ineffabile danno esistenziale – nota ad App. Milano 14 febbraio 2003», *GC*, 2004, núm. 1, pp. 234-241. (*M. R. D. R.*)

CORSINI, F.: «Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice», *RDC*, 2004, núm. 5, parte seconda, pp. 667-692.

Cordinación del artículo 1421 c.c. y el 99 y 112 c.p.c, en materia de nulidad contractual. (*M. R. D. R.*)

COSTANZO, L. Di: «I prodotti da fumo: responsabilità e regolamentazione», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 2, pp. 448-518.

Artículo sobre los procesos contra las compañías tabacaleras. Los tribunales estadounidenses han permitido incoarlos mediante *class actions*, que permiten la interposición de la demanda en representación de un colectivo de personas. Mediante esta medida se ha logrado presionar económicamente a la industria del tabaco. A partir del análisis de diversos casos de los tribunales estadounidenses, la autora se pregunta si es posible que la responsabilidad civil pueda servir como instrumento semi-legislativo para crear *public compensation schemes*. (*B. F. G.*)

CRUGNOLA, P.: «La disciplina dello spamming», *NGCC*, 2004, núm. 3, pp. 474-479.

Acerca del grave problema relativo a la publicidad electrónica consistente en el envío simultáneo de mensajes no solicitados a un gran número de destinatarios: el fenómeno denominado «*spamming*» o «*spam*». (*Alma R. G.*)

CUFFARO, V.: «Garanzia del locatore e autonomia delle parti», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 4, pp. 1034-1043.

Los límites de la autonomía de la voluntad en los contratos de arrendamiento. En concreto, el depósito de caución, como garantía del arrendador. El autor realiza su estudio, comparando la normativa actual y la derogada. (B. F. G.)

CURSI, F.: «Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell'art. 2059 c.c.», *RDC*, 2004, núm. 6, parte prima, pp. 865-911.

Notas sobre la noción jurisprudencial del daño no patrimonial y el artículo 2059 c.c. con referencias históricas de Derecho romano y de Derecho comparado, Ordenamiento jurídico alemán y sistema del *common law*. (M. R. D. R.)

D'AMICO, G.: «Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale», *RDC*, 2004, núm. 1, parte prima, pp. 77-106.

Análisis de la necesidad de cooperación del acreedor en el cumplimiento de las obligaciones: naturaleza jurídica de la cooperación, influencia en la determinación de la responsabilidad civil por incumplimiento, en la cuantificación de los daños y en la imputabilidad al acreedor de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. (M. R. D. R.)

DE CRISTOFARO, G., y OTROS: «La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali», *NLCC*, 2004, núm. 3, pp. 461-696.

Extenso comentario del *d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, sobre la mora del deudor en transacciones comerciales: ámbito de aplicación, responsabilidad del deudor, intereses moratorios, etc. (M. R. D. R.)

DE CRISTOFARO, G.: «L'inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto», *RDC*, 2004, núm. 4, parte prima, pp. 667-693.

Análisis de la influencia de la regulación de las condiciones generales de los contratos en el BGB. (M. R. D. R.)

DE LAMAZE, E.: «Le droit au secret et à l'indépendance des avocats», *GP*, 2004, núms. 282-283, pp. 2-4.

Análisis del deber de secreto profesional del abogado y su choque con la obligación impuesta a los abogados de vigilancia y declaración de operaciones de sus clientes, si constituyen blanqueo de dinero. La posición de diversas instancias supranacionales en el tema. (I. S. P.)

DE LAPPARENT, C.: «Le compte prorata», *GP*, 2004, núms. 298-300, pp. 2-8.

Tipicidad de este tipo de cuentas cuando el director de la obra confía la realización de ésta a distintas empresas sin relaciones entre ellas. El contenido de la cuenta y las obligaciones contractuales de las empresas subcontratadas. Gestión y regulación de la cuenta. (I. S. P.)

DELRAN, B.: «De l'honneur et de la probité de la profession d'avocat», *GP*, 2004, núms. 282-283, pp. 6-7.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de Nimes de 21 de septiembre de 2004 sobre acceso al ejercicio de la profesión de abogado. (R. A. R.)

DE MARTINIS, P.: «Onere probatorio a carico del creditore-imprenditore per il risarcimento del c.d. danno da svalutazione monetaria», *NGCC*, 2004, núm. 3, pp. 381-385.

Problema del resarcimiento del daño originado al acreedor por el incumplimiento de obligaciones pecuniarias a consecuencia de la pérdida del poder adquisitivo del dinero durante el período de la mora. (*Alma R. G.*)

DE POLI, M.: «Il contratto bancario tra tutela della liquidità e trasparenza», *RDC*, 2004, núm. 2, parte prima, pp. 261-294.

Reflexión sobre las operaciones bancarias en el Código de comercio de 1865 y 1882, con referencia a las normas del Código civil respecto de los contratos bancarios, su transparencia y cláusulas abusivas. (*M. R. D. R.*)

— «Servono ancora i raggiri per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante», *RDC*, 2004, núm. 6, parte seconda, pp. 911-928.

Comentario a la sentencia *Cass. 7 agosto 2002, n. 11896*, acerca del dolo como vicio del consentimiento y causa de nulidad contractual: deber de información y buena fe precontractual, responsabilidad por incumplimiento. (*M. R. D. R.*)

DERLEDER, P./HOOLMANS, F.: «Vom Schuldnerverzug zum Gläubigerverzug und zurück. Eine Untersuchung der Neuregelung des verspäteten Leistungsangebots des Schuldners», *NJW*, 39/2004, pp. 2787-2791.

De la mora del deudor a la mora del acreedor y viceversa. Una investigación sobre las nuevas reglas de la oferta de cumplimiento tardío por parte del deudor. (*M. P. G. R.*)

DI MARZIO, P.: «Il *mobbing* e gli scenari prossimi venturi in tema di tutela dei diritti della persona», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 997-1012.

Estudio de los problemas jurídicos que plantea el *mobbing*: tutela penal, resarcimiento en el Derecho civil, tutela cautelar... (*Alma R. G.*)

DIOGUARDI, F.: «La prova dell'entità del pregiudizio subito nel danno esistenziale— nota ad App. Milano 29 gennaio 2003», *GC*, 2004, núm. 6, pp. 1606-1611. (*M. R. D. R.*)

EIDENMÜLLER, H.: «Die Dogmaktik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung», *AcP*, 2004, núms. 3-4, pp. 457-501.

El autor pone de manifiesto como cada vez más se producen cesiones de créditos en el ámbito comercial; así, cesiones con finalidad de garantía, *factoring*, negocios *a forfait* o titulización.

En los últimos años han surgido tres convenciones relevantes sobre este asunto: en primer lugar, la Convención de Unidroit sobre *Factoring* Internacional, de 1988, llamada Convención de Ottawa; en segundo lugar, la todavía no entrada en vigor Convención de Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, de 2001; terceramente, la Convención de Unidroit sobre derechos de garantía sobre equipamiento mobiliario, especialmente de aviones, también de 2001, y que todavía no ha entrado en vigor. (*M. G.-R.*)

FARES, G.: «La disciplina degli istituti di patronato e di assistenza sociale fra Stato e regioni a statuto speciale: per la consulta suum cuique – nota a C. cost. 24 giugno 2003 n. 221», *GC*, 2004, núm. 5, pp. 1172-1187. (M. R. D. R.)

FAVALE, R.: «La responsabilità civile del professionista forense – nota a Trib. Roma, decr. 2 giugno 2003», *GC*, 2004, núm. 1, pp. 248-264. (M. R. D. R.)

FEBBRAJO, T.: «La clausola “merce vista e piaciuta” nella vendita ordinaria e nei contratti col consumatore», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 2, pp. 339-381.

Análisis de la admisibilidad y del significado de la cláusula «mercancía vista», que puede incidir en el régimen de la responsabilidad por vicios ocultos en los contratos, en general, y en los contratos con consumidores, en particular, a la luz de recientes decisiones de la Corte de Casación italiana. (B. F. G.)

FERRARI, M.: «La violazione del diritto alla ragionevole durata del processo e la determinazione “dell’equa riparazione”», *CI*, 2004, núm. 3, pp. 1228-1263.

La constitucionalidad del nuevo derecho a ser parte en un proceso de duración determinada, sin dilaciones indebidas. La reparación del daño en caso de un proceso de duración irrazonable. (Alma R. G.)

FERRO, R.: «Condizione sospensiva unilaterale e *ius superveniens*: nullità o inefficacia sopravvenuta?», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 3, pp. 885-907.

Comentario a la sentencia del *Coll. Arb. Palermo*, de 17 de mayo de 2002, sobre condición suspensiva. En concreto, las consecuencias de la ilicitud de la cláusula sobrevenida en fase de pendencia. (B. F. G.)

FEUGÈRE, B.: «Formation professionnelle continue et déontologie: deux éléments essentiels pour le développement des cabinets d’avocats», *GP*, 2005, núms. 33-34.

Necesidad de una formación continuada del abogado para asegurar una buena actuación, de acuerdo con la nueva regulación de la abogacía de 2004. (R. A. R.)

FINELLI, W.: «La cessione di crediti d’impresa come schema di contratto atipico a prestazioni corrispettive», *NGCC*, 2004, núm. 2, pp. 162-176.

La función y el problema de la calificación jurídica del contrato de *factoring*. (Alma R. G.)

FLAMAND-LEVY, B.: «L’appel en garantie du maître de l’ouvrage contre le constructeur en cas de dommage de travaux publics à un tiers: una voie de droit illusoire maintenue par le Conseil d’Etat», *RDImm*, 2004, sept-oct, pp. 409-414.

Daños causados a terceros y la garantía de ceval. Crítica de la jurisprudencia actual. (I. S. P.)

FRANCIOSO, D.: «Preliminare di società e contenuto minimo», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 2, pp. 569-583.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Appello di Roma, Sez. II civile*, de 31 de julio de 2001, n. 2769, en la que se plantea si el acuerdo, por el que se constituye una sociedad para desarrollar en el futuro una determinada actividad, sin indicación del tipo de sociedad a constituir, puede considerarse precontrato de constitución de sociedad o meros tratos preliminares. El tribunal opta por lo segundo, afirmando que el objeto del contrato es indeterminado e indeterminable. (B. F. G.)

FRISON-ROCHE, M.-A.: «Contrat, concurrence, régulation», *RTDC*, 2004, núm. 3, pp. 451-470.

Sobre el autocontrato y la regulación que lo prohíbe. (R. A. R.)

FUSARO, A.: «La risoluzione del contratto sulla via della codificazione europea», *NGCC*, 2004, núm. 2, pp. 312-315.

Incumplimiento del contrato y remedio resolutorio en el nuevo Derecho Europeo de Contratos. (Alma R. G.)

GABRIELLI, E.: «Mercato, contratto e operazione economica», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 4, pp. 1044-1060.

La incidencia de las interpretaciones del contrato en la estructura del mercado. El autor parte de una decisión de la Corte de casación italiana, que declara la posibilidad de interrumpir los contratos de *leasing* en caso de concurso de la empresa que ofrece este servicio. El Ministerio de Economía ha reaccionado, preparando el camino para establecer que el concurso no interrumpe los contratos de *leasing*. (B. F. G.)

— «Storia e dogma dell'oggetto del contratto», *RDC*, 2004, núm. 2, parte prima, pp. 327-348.

Acerca de la elaboración de una teoría sobre el objeto del contrato: definición y relación con el contenido contractual. (M. R. D. R.)

GALLO, P.: «Responsabilità precontrattuale: la fattispecie», *RDC*, 2004, núm. 2, parte prima, pp. 295-325.

Nuevo acercamiento a la figura de la responsabilidad civil precontractual: naturaleza jurídica, supuestos, elemento objetivo y subjetivo, revocación de la oferta, imposibilidad de concluir el contrato, deber de información, deber de secreto, efectos frente a terceros, etc. (M. R. D. R.)

— «Responsabilità precontrattuale: il quantum», *RDC*, 2004, núm. 3, parte prima, pp. 487-520.

Estudio de la responsabilidad precontractual y el daño (intereses negativos, daño emergente, lucro cesante): análisis de Derecho comparado sobre criterios de tipificación y cuantificación del daño, formas de resarcimiento, cláusulas de exoneración y cláusulas penales. (M. R. D. R.)

GAMBARO, A.: «Contratto e regole dispositive», *RDC*, 2004, núm. 1, parte prima, pp. 1-28.

Observaciones acerca de la naturaleza dispositiva de las normas contractuales en contraste con el carácter imperativo de las normas de defensa de los consumidores, en el Derecho europeo de los contratos. (M. R. D. R.)

GANDOLFI, G.: «La conversione del contratto nullo: novità rilevanti in Italia (e in Europa)», *RDC*, 2004, núm. 2, parte seconda, pp. 189-207.

Comentario de Derecho comparado, sobre el tema de la conversión del contrato nulo en el Derecho europeo: el artículo 1424 del Código civil italiano y su aplicación por la jurisprudencia. (*M. R. D. R.*)

GAUVIN, F.: «La jurisprudence judiciaire en “free style” sur les accidents de ski et de montagne après l’entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000», *GP*, 2005, núms. 42-43, pp. 12-14.

Aplicación de la Ley de 10 de julio de 2000 sobre accidentes en la montaña por accidentes no intencionales. Aplicación por la jurisprudencia y sus consecuencias prácticas. (*R. A. R.*)

GELLI, R.: «La clausola *if and when* tra condizione e termine di adempimento», *NGCC*, 2004, núm. 3, pp. 414-455.

Estructura y legitimidad de la cláusula «*if and when*» como condición y término del cumplimiento. (*Alma R. G.*)

GENTILI, A.: «De iure belli: l’equilibrio del contratto nelle impugnazioni», *RDC*, 2004, núm. 1, parte prima, pp. 27-56.

Nueva visión sobre la equivalencia de las prestaciones en el contrato y vías de impugnación en caso de desequilibrio: la nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, la especialidad de los contratos con consumidores. Estudio de Derecho comparado de la legislación francesa, alemana y el sistema del *common law*. (*M. R. D. R.*)

GHESTIN, J., y otros: «Droit des obligations», *SJ*, 2004, núm. 28, I-149.

Jurisprudencia reciente sobre obligaciones y teoría general de contratos en Francia. (*I. S. P.*)

— «Droit des obligations», *SJ*, 2005, núm. 7, I-114.

Estudio sobre diversas decisiones judiciales en torno a la formación del contrato y sus efectos. (*R. A. R.*)

GIACOBBE, E.: «Brevi osservazioni in tema di comodato vita natural durante ... del comodante – nota a Tib. Avellino 16 aprile 2003», *GC*, 2004, núm. 9, pp. 2133-2140. (*M. R. D. R.*)

— «La deducibilità in condizione dell’adempimento della prestazione, tra libertà contrattuale e mera potestatività – nota a Cass. 24 novembre 2003 n. 17859», *GC*, 2004, núm. 4, pp. 937-946. (*M. R. D. R.*)

GIGOLEIT, H. C./RIEHM, Th.: «Der mangelbedingte Betriebsausfallschaden im System des Leistungsstörungenrechts», *JuS*, 9/2004, pp. 745-749.

Las pérdidas empresariales debidas a defectos de productos en el régimen del incumplimiento.

Una de las primeras cuestiones discutidas en la aplicación del nuevo Derecho de obligaciones es la planteada por los daños causados porque la cosa comprada no puede integrarse en la empresa del comprador, bien en términos absolutos, bien de conformidad con lo planificado, a causa de un

defecto. La naturaleza de este tipo de daños depende de la delimitación entre las distintas categorías de daños comprendidas en los §§ 280 y ss. del BGB, que el artículo trata de sistematizar a través de un ejemplo paradigmático. (M. P. G. R.)

GIULIANI, F.: «Le obbligazioni naturali in un recente tomo», *CI*, 2004, núm. 2, pp. 759-768.

Artículo acerca de la figura de las obligaciones naturales: perspectiva histórica y de Derecho Comparado, análisis del artículo 2034 del Código civil italiano, distinción entre las obligaciones naturales y otras figuras afines... (Alma R. G.)

GORNY, A.: «Droit de la santé: de la faute á la responsabilité de la victime», *GP*, 2004, núms. 305-309, pp. 2-7.

Causas de exoneración de responsabilidad de los fabricantes de productos farmacéuticos cuando existe culpa del enfermo o de sus cuidadores. Mala medicación o medicación irracional. Supuestos de negligencia e imprudencia. (R. A. R.)

GRECO, V.: «Separazione: la violazione, da parte di uno dei coniugi, dell'obbligo di fedeltà non legittima automaticamente la pronuncia di addebito», *DFP*, 2004, núm. 1, pp. 31-49.

Responsabilidad civil de uno de los cónyuges ante el incumplimiento del deber de fidelidad. (Alma R. G.)

GSELL, B.: «Das Verhältnis von Rücktritt and Schadenersatz», *JZ*, 13/2004, pp. 643-649.

La relación entre el desistimiento y la indemnización de daños.

El artículo precisa el contenido regulador del § 325 BGB. Analiza las recíprocas y cambiantes influencias entre las consecuencias del desistimiento y la evaluación de los daños ante su reclamación así como los efectos vinculados de la acción de desistimiento y de indemnización de daños. (M. P. G. R.)

GUASTALLA, E. L.: «Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto (parte prima)», *RTDPC*, 2004, núm. 2, pp. 379-409.

Observaciones acerca de la función de la parte general del contrato como núcleo central del Derecho de contratos, y análisis de la crisis de las grandes categorías generales. (M. R. D. R.)

— «Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto (parte seconda)», *RTDPC*, 2004, núm. 3, pp. 821-868.

Estudio del contrato contraponiendo parte general y especial: dificultades de determinación de las normas de aplicación común y normas de aplicación especial. (M. R. D. R.)

GUÉGAN-LÉCUYER, A.: «A propos de la confrontation des offres d'indemnisation du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante au pouvoir judiciaire», *RDS*, 2005, núm. 8, pp. 531-535.

Estudio de las decisiones de algunas Cortes de apelación que consideran insuficiente las indemnizaciones, tanto por perjuicios económicos como no económicos, a las víctimas de la administración de justicia. (R. A. R.)

GUIDI, E.: «Danno morale e responsabilità presunta ex art. 2054 cod. civ.», *NGCC*, 2004, núm. 3, pp. 352-358.

Valoración del daño a la salud y del daño a la capacidad de desarrollar un trabajo específico. (*Alma R. G.*)

HAGEN, W.: «Der neue Warenlieferungsvertrag – ein unbequemer Kauf», *JZ*, 14/2004, pp. 713-719.

El nuevo contrato de suministro. Una incómoda compraventa.

La nueva redacción del § 651 BGB a través de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones ha llamado recientemente la atención a la doctrina. La norma ofrece un claro ejemplo de los problemas que pueden manifestarse con la incorporación de preceptos de Derecho privado europeo en el sistema jurídico alemán. (*M. P. G. R.*)

HELLNER, M.: «The Country of Origin Principle in the E-commerce Directive – A Conflict with Conflict of Laws?», *ERPL*, 2004, núm. 2, pp. 193-213.

El artículo 3 de la Directriz comunitaria sobre Comercio Electrónico establece: «Mercado interior. 1. Todo Estado miembro velará porque los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado./2. Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado». La cuestión de la naturaleza legal del llamado principio de origen de este artículo 3 causa una gran confusión. Muchos, incluidos los proveedores de servicios, defienden que la norma debe ser entendida como una regla de elección de ley aplicable, designando como tal la ley del establecimiento del prestador del servicio. Sin embargo, el artículo 1.4 de la Directriz establece explícitamente que no se crea ninguna norma de Derecho internacional privado. A solucionar el problema se dedica este estudio. (*M. G.-R.*)

HESSELINK, M. W.: «The European Commission's Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law?», *ERPL*, 2004, núm. 4, pp. 397-419.

El Plan de Acción de la Comisión Europea a favor de un Derecho europeo de contratos más coherente es un importante paso hacia un Código Europeo de Contratos. Sin embargo, es dudoso si tal Código (opcional) haría el Derecho contractual europeo más coherente y haría más ágil el funcionamiento del mercado interno. (*M. G.-R.*)

HÖPFNER, C.: «Vertraglicher Schadensersatz trotz Anfechtung?», *NJW*, 40/2004, pp. 2865-2867.

¿Acción de daños contractuales a pesar de la rescisión?

La ficción de retroactividad de la rescisión del § 142.1 BGB conduce a que se omita el punto de partida para las acciones contractuales con efectos *ex tunc*. Hasta hoy se han desarrollado en la literatura apreciaciones que derivan en lagunas de protección para la parte que impugna el contrato. El autor

analiza los fundamentos de la impugnación en este ámbito con una metódica solidez. (*M. P. G. R.*)

HUET, J.: «Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique. Loi LCEN n.º 2004-575 du 21 juin 2004», *SJ*, 2004, núm. 47, I-178.

Cuestiones sobre el contexto del contrato electrónico, su régimen jurídico y la protección del consumidor. (*R. A. R.*)

IAIONE, M.: «I contratti del consumatore. La trattativa collettiva delle clausole vessatorie», *CI*, 2004, núm. 2, pp. 699-742.

Eficacia de los acuerdos colectivos respecto a los acuerdos individuales en el ámbito de los consumidores. (*Alma R. G.*)

IZZO, N.: «L'indebito locatizio: prescrizione, decadenza e inammissibilità di domande pro futuro – nota a Cass. 8 giugno 2004 n. 10970», *GC*, 2004, núm. 9, pp. 1957-1964. (*M. R. D. R.*)

— «Insussistenza della prelazione per la vendita di una quota ideale dell'immobile locato – nota a Cass., sez. III, 5 dicembre 2003 n. 18648», *GC*, 2004, núm. 7-8, pp. 1771-1776. (*M. R. D. R.*)

JANSEN, N.: «Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability», *Oxford J. Legal Stud.*, 2004, vol. 24, núm. 3, pp. 443-469.

El Derecho europeo de la responsabilidad civil extracontractual nació con unos objetivos muy distintos de los que representa la moderna idea de una distribución equitativa de los riesgos. Un enfoque comparado permite llegar a resultados más óptimos si se contempla el sistema de responsabilidad civil desde el punto de vista de la protección de los derechos individuales, más que desde el tradicional modelo basado en la existencia de «deberes» («duties»). (*J. S. F.*)

JOBIN, P.-G.: «L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du code civil au Québec», *RTDC*, 2004, núm. 4, pp. 693-700.

Estudio sobre los proyectos de modificación del Código civil de Quebec. (*I. S. P.*)

JUD, B.: «Das Recht zur Zurückweisung im Kaufrecht», *JuS*, 10/2004, pp. 841-846.

El derecho de rechazo en el régimen de la compraventa.

Este artículo plantea el tema de bajo qué presupuestos el comprador tiene derecho a rechazar un cumplimiento cualitativa o cuantitativamente incompleto que le ha sido ofrecido. Al respecto parece que la intención del nuevo Derecho de obligaciones es responder a esta cuestión a través de las garantías por falta de conformidad. (*M. P. G. R.*)

KESSLER, G.: «Restitutions en nature et indemnité de jouissance», *SJ*, 2004, núms. 31-35, I-154.

Determinación de la responsabilidad por culpa de los abuelos. (*I. S. P.*)

KOZIOL, H.: «Die “Principles of European Tort Law” der “European Group on Tort Law”», *ZEuP*, 2004, núm. 2, pp. 234-259.

El autor explica brevemente el proyecto de los Principios Europeos de Responsabilidad Extracontractual, elaborados por el grupo del que él forma parte. (*M. G.-R.*)

LAMORGESE, A.: «Clausole abusive e criteri di rilevazione: un itinerario giurisprudenziale», *NGCC*, 2004, núm. 4, pp. 509-535.

Estudio sobre la lista de cláusulas abusivas en el Ordenamiento italiano: cláusulas que delimitan el objeto del contrato o de las obligaciones contractuales, cláusulas que limitan la responsabilidad del profesional o que agravan las obligaciones del consumidor, cláusulas sobre la duración del contrato y sobre el desistimiento, cláusulas que permiten al profesional la modificación de las condiciones del contrato... (*Alma R. G.*)

LE CAË, Y.: «Responsabilité de l’agent général d’assurance: mer d’huile ou raz de marée?», *GP*, 2004, núms. 192-195, pp. 2-9.

Análisis del problema sobre el deber de información del agente general de seguros a través de diversos supuestos jurisprudenciales confrontando el artículo 511-1 del Código de seguros y el artículo 1384,5 del Código civil. (*R. A. R.*)

LIACE, G.: «Il servizio di cassetta di sicurezza e la responsabilità illimitata della banca. Brevi riflessioni di economia del diritto», *CI*, 2004, núm. 1, pp. 95-105.

Responsabilidad profesional de la entidad bancaria en el contrato de caja de seguridad. (*Alma R. G.*)

LOKIEC, P.: «La décision médicale», *RTDC*, 2004, núm. 4, pp. 641-654.

Relación contractual entre el médico y su paciente pero con características peculiares. La Ley de 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los enfermos. (*R. A. R.*)

LÓPEZ-RODRÍGUEZ, A. M.: «The Rome Convention of 1980 and its Revision at the Crossroads of the *European Contract Law Project*», *ERPL*, 2004, núm. 2, pp. 167-191.

El artículo trata ciertas cuestiones planteadas en el Plan de Acción para un Derecho europeo de contratos más coherente, en relación con el Libro Verde de la Comisión Europea de 14 de enero de 2003, sobre la transformación de la Convención de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario, así como su modernización. Se discuten los medios por los que las dos iniciativas se pueden complementar para facilitar un funcionamiento más ágil del mercado interno. (*M. G.-R.*)

LORENZ, S.: «Sachmangel und Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf-Zur Reichweite der Vermutungsregelung in § 476 BGB», *NJW*, 42/2004, pp. 3020-3022.

Defectos de la cosa e inversión de la carga de la prueba en la compraventa de bienes de consumo. Sobre el alcance de las presunciones del § 476 BGB. Comentario a la sentencia del BGH de 2 de junio de 2004. (*M. P. G. R.*)

MAIER-REIMER, G.: «Die Form verbundener Verträge», *NJW*, 52/2004, pp. 3741-3745.

La forma en los contratos conexos.

El alcance de las exigencias de forma, especialmente en los contratos relativos a bienes inmuebles, constituye siempre motivo de duda. A estos efectos, el BGB diferencia todavía entre negocios unilaterales y negocios de intercambio dependientes de otro. El artículo analiza con estos fundamentos las exigencias de forma en los negocios celebrados de manera conexa y las consecuencias del incumplimiento de esas exigencias. (*M. P. G. R.*)

MALAGNINO, D.: «Danno ambientale e tutela risarcitoria. La legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste», *CI*, 2004, núm. 3, pp. 1201-1227.

La valoración del impacto ambiental. El daño ambiental en la responsabilidad civil. Ilícito civil ambiental: antijuricidad típica, carácter subjetivo e individual de la responsabilidad. Problema de la valoración del daño al medio ambiente: resarcimiento integral, liquidación equitativa. Daño al medio ambiente y seguro de responsabilidad civil. (*Alma R. G.*)

MANFREDONIA, B.: «I servizi finanziari *online* e la tutela del consumatore "telematico"», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 4, pp. 1171-1211.

Análisis de la protección que la Directiva 2002/65/CE ofrece al consumidor en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, en comparación con la disciplina normativa italiana, reflejada en los artículos 22, 23 y 24 del Decreto Legislativo 415/1996. (*B. F. G.*)

MANSEL, H.-P.: «Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrecht: Haufrecht in Europa nach der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie», *AcP*, 2004, núms. 3-4, pp. 396-456.

El autor estudia la transposición de la Directriz comunitaria sobre garantías en la venta de bienes de consumo en Austria, Grecia, Finlandia, Italia, España y el Reino Unido, para llegar a la conclusión de que sigue sin haber un Derecho unitario de la compraventa en Europa. (*M. G.-R.*)

MASUCCI, A.: «Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina», *RDC*, 2004, núm. 5, parte prima, pp. 749-786.

Análisis de la naturaleza y efectos jurídicos del documento informático y la firma electrónica en Derecho comparado: certificación de la firma, transmisión del documento, copia del documento, etc. (*M. R. D. R.*)

MAZZONI, C.-M.: «Le don, c'est le drame (Le don anonyme et le don despotique)», *RTDC*, 2004, núm. 4, pp. 701-712.

Diversos aspectos sobre la donación: la donación anónima y la donación despótica. (*R. A. R.*)

MEMMO, D.: «Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni», *CI*, 2004, núm. 2, pp. 797-822.

La reforma del Derecho de obligaciones en el BGB. Tránsito al concepto unitario de «violación de la obligación» (*Pflichtverletzung*): la *Grundnorm*

del § 280 BGB. Violación de la obligación y resolución del contrato. (*Alma R. G.*)

METZGER, A.: «Der neue § 651 BGB - Primat des Kaufrechts oder restriktive Auslegung?», *AcP*, 2004, núm. 2, pp. 231-263.

Como consecuencia de la transposición de las normas comunitarias, establece el § 651 BGB, último de los dedicados al contrato de obra, que «Al contrato que tiene por objeto el suministro de cosas muebles que han de ser producidas, se le aplican las normas de la compraventa» y no las del contrato de obra. El autor defiende una interpretación restrictiva del precepto. (*M. G.-R.*)

MILLARD, J.-B./PEIGNOT, B.: «Bail rural et mise à disposition: á propos de l'article L.411-37 du code rural», *GP*, 2005, núms. 7-8, pp. 2-6.

La obligación de información pesa sobre el arrendador en el momento de constitución de la sociedad, en caso de transformación de la sociedad. Obligación del arrendatario de explotar los bienes. (*I. S. P.*)

MINALE, E.: «Specialità del lavoro sportivo, obbligo di sorveglianza sanitaria e responsabilità risarcitoria della società sportiva», *NGCC*, 2004, núm. 4, pp. 480-490.

Responsabilidad civil de la sociedad deportiva por el incumplimiento de sus deberes de protección de la integridad física del jugador. (*Alma R. G.*)

MONACHON-DUCHÊNE, N.: «La protection du délai de réflexion de l'emprunteur immobilier», *SJ*, 2004, núm. 30, 1-152.

Estudio de las sanciones por violación de los derechos del consumidor: derecho a la reflexión y aceptación de forma irregular. (*R. A. R.*)

MONTANARI, M.: «La revisione dei prezzi nell'appalto», *RTDPC*, 2004, núm. 2, pp. 591-600.

Estudio de la función y efectos de la fijación del precio en el sistema contractual: resolución por excesiva onerosidad, revisión del precio por variaciones monetarias, etc. (*M. R. D. R.*)

MONTERAN, Th.: «L'accueil du débiteur en état de cessation des paiements dans les tribunaux de commerce», *GP*, 2004, núms. 266-267, pp. 2-9.

Apertura de un procedimiento de cesación de pagos empresarial y sus consecuencias en materia judicial. Pasos a seguir durante y después del procedimiento, así como las posibles sanciones. (*I. S. P.*)

MONTICELLI, N.: «Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell'esperienza italiana e francese», *GC*, 2004, núm. 5, pp. 295-303.

Estudio comparativo de la «chance», en los ordenamientos italiano y francés, como objeto de responsabilidad civil, por daño emergente y lucro cesante: prueba del daño y cuantificación pecuniaria de la pérdida de la oportunidad. (*M. R. D. R.*)

MONTINARO, R.: «Tutela della riservatezza e risarcimento del danno nel nuovo "codice in materia di dati personali"», *GC*, 2004, núm. 5, pp. 247-267.

Nuevo acercamiento al tema del derecho fundamental a la intimidad respecto de la protección de datos personales: responsabilidad civil por intromisión en la vida privada y daño moral por infracción del deber de protección de datos personales. Referencia a la *l. n. 675* del 1966 y al *d. lgs. 196* de 2003. (M. R. D. R.)

MOURY, J.: «Force majeure: éloge de la sobriété», *RTDC*, 2004, núm. 3, pp. 471-480.

La fuerza mayor y su calificación: la irresistibilidad. Los elementos que la componen y su apreciación. (I. S. P.)

MURPHY, J.: «The Merits of *Rylands v. Fletcher*», *Oxford J. Legal Stud.*, 2004, vol. 24, núm. 4, pp. 643- 669.

Rylands v. Fletcher es la sentencia de referencia cuando se habla de responsabilidad objetiva en el Derecho inglés. La sentencia, dictada a finales del siglo XIX, se refería a un supuesto relativo a las filtraciones del agua contenida en una presa que inundaron la mina de carbón del demandante, y los tribunales extendieron la regla rápidamente a otros supuestos como daños causados por el fuego, la electricidad, el gas, explosivos y otros supuestos análogos. Sin embargo, los tribunales ingleses han tratado de limitar la aplicación de la regla, con el fin de evitar que se convirtiera en una auténtica cláusula general de responsabilidad objetiva. El autor del artículo sostiene la validez actual de la regla contenida en *Rylands v. Fletcher*; y la defiende frente al riesgo de que una interpretación expansiva del “law of negligence” la convierta en innecesaria. (J. S. F.)

NAPOLI, G. E.: «Usura reale e rescissione per lesione», *RDC*, 2004, núm. 3, parte prima, pp. 401-438.

Estudio de la nueva normativa antiusura, *l. 7 marzo 1996, n. 108*: nulidad contractual, rescisión por lesión, resarcimiento del daño. (M. R. D. R.)

NEGRO, A.: «L’effettiva durata della vita del leso e l’incidenza sulla liquidazione del danno biologico e morale», *NGCC*, 2004, núm. 4, pp. 412-415.

Criterios utilizados para la valoración del daño biológico, en especial, relevancia del conocimiento de la duración efectiva de la vida del lesionado. (Alma R. G.)

PASQUINELLI, C.: «Responsabilità medica: la Cassazione torna ad interrogarsi sui temi della colpa e della causalità omissiva», *NGCC*, 2004, núm. 2, pp. 272-280.

La determinación de la relación de causalidad entre la conducta omisiva del médico y el daño: la relevancia de una documentación clínica incompleta. (Alma R. G.)

PAUL, G.: «Responsabilités du propriétaire d’un terrain assise de l’exploitation d’un centre de stockage de déchets», *GP*, 2004, núms. 296-297, pp. 4-9.

Responsabilidad del propietario colocando contenedores de basura para clasificar los desechos. Responsabilidad frente a la Administración según la legislación aplicable y su interpretación jurisprudencial. Su responsabilidad civil con o sin culpa. Finalmente, se analiza su responsabilidad penal. (R. A. R.)

PÉREZ, H./POLÈRE, P.: «Précisions sur la responsabilité civile du comettant en matière sportive», *GP*, 2004, núms. 245-246, pp. 2-8.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de Casación civil de 8 de abril de 2004 sobre falta de pago a un jugador de fútbol lesionado. (R. A. R.)

PÉRICAUD, J.-F.: «L'harmonisation du droit de la construction à partir du code de la construction et de l'habitation est-elle souhaitable et, dans l'affirmative, selon quelles conditions?», *RDImm*, 2004, nov.-dec., pp. 497-500.

Forma apropiada para la armonización del derecho de la construcción. Los peligros de la codificación y su necesidad. (I. S. P.)

PÉRINET-MARQUET, H.: «Code de la construction et de l'habitation, code civil et code de la consommation: quelles évolutions possibles de leurs périmètres respectifs?», *RDImm*, 2004, nov.-dec., pp. 487-492.

Estudio que relaciona los tres códigos, sus concordancias y discrepancias y sus posibles soluciones. (I. S. P.)

PERLINGIERI, P.: «La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 4, pp. 1061-1087.

Replanteamiento de la responsabilidad civil y, en concreto, de algunas categorías jurídicas asociadas a ella como el daño, patrimonial o no, o la indemnización y el resarcimiento. (B. F. G.)

PIAZZA, A.: «La responsabilità civile dell'Internet Provider», *CI*, 2004, núm. 1, pp. 130-150.

Responsabilidad civil del prestador de servicios por ilícitos cometidos por terceros en la red: ¿Cabe sostener que tal prestador posee obligaciones de vigilancia? Analogía con la responsabilidad civil del director y propietario de un medio de comunicación por la difamación realizada en el medio. (Alma R. G.)

POLIDORI, S.: «Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 3, pp. 686-723.

En este artículo se presentan una serie de reflexiones acerca del equilibrio de las prestaciones en el contrato de obra, a partir de la regulación de este contrato en el Código civil italiano. (B. F. G.)

QUADRI, F.: «Il codice delle comunicazioni elettroniche», *NLCC*, 2003, núm. 6, pp. 1327-1345.

Análisis del *d. lgs. 1 agosto 2003, n. 259*, sobre telecomunicación y comercio electrónico: principios generales, regulación y análisis de mercado, régimen de autorizaciones para el acceso e interconexiones, etc. (M. R. D. R.)

RAIMO, R. D.: «Forme di controllo e profilo funzionale dei poteri dispositivi sul patrimonio (tra regole dei rapporti e regole dell'attività)», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 2, pp. 319-338.

Análisis del control que puede llevarse a cabo en determinados ámbitos (por ejemplo, el del mandante respecto al mandatario, mediante la rendición de cuentas). El autor se centra en las formas de control que pueden adoptarse

en la concesión de créditos a empresas y en las intermediaciones financieras. (B. F. G.)

REICH, N.: «Il consumatore come cittadino –Il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione Europea», *NGCC*, 2004, núm. 2, pp. 345-358.

Algunas apreciaciones sobre la figura del consumidor: reconocimiento de derechos subjetivos, interrogante sobre la existencia de un deber de lealtad de los ciudadanos y abuso de derecho por parte de los consumidores como limitación inherente al ejercicio de sus derechos, existencia de un concepto uniforme de ciudadanía económica y social... (Alma R. G.)

RICCIO, A.: «Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura», *CI*, 2004, núm. 2, pp. 554-565.

La nueva normativa italiana sobre la mora en las transacciones comerciales. (Alma R. G.)

LA ROCCA, G.: «Usura, interessi moratori e regolamentazione del rapporto», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 2, pp. 519-549.

Comentario de la sentencia de la *Corte Costituzionale*, de 25 de febrero de 2002, n. 29, que declara inconstitucionales determinados preceptos del Decreto Legislativo de 29 de diciembre de 2000, n. 394, sobre interpretación auténtica de la Ley de 7 de marzo de 1996, n. 108, relativa a la usura. (B. F. G.)

ROMAN, B.: «La gestion contractuelle des risques liés aux ventes latentes», *GP*, 2004, núms. 350-351, pp. 7-11.

Algunos aspectos de este tipo de ventas y la asunción de riesgos diseñada en el contrato. (R. A. R.)

ROSAFIO, E.: «Il negato imbarco, la cancellazione del volo e il ritardo nel trasporto aereo di persone: il regolamento n. 261/2004/CE», *GC*, 2004, núm. 9, pp. 469-478.

Observaciones sobre el ámbito de aplicación y los nuevos instrumentos de protección introducidos por el Reglamento 261/2004/CE, en orden al refuerzo de los derechos de los usuarios del transporte aéreo. Especial referencia a la responsabilidad civil por daños provocados por cancelación de vuelos, retrasos, etc. (M. R. D. R.)

ROSSI, G.: «Il ritardo di pagamento imputabile al creditore», *CI*, 2004, núm. 2, pp. 566-573.

Retraso en el pago no imputable al deudor: a propósito de la nueva normativa italiana sobre la mora en las transacciones comerciales. (Alma R. G.)

RUSSO, D.: «Giustizia del contratto e sindacato giudiziale», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 4, pp. 1088-1105.

En este artículo se pone de manifiesto la nueva concepción del contrato a la que ha conducido el fenómeno de la contratación en masa, que se distingue del modelo regulado en los códigos decimonónicos, de clara inspiración liberal. En este contexto, el autor considera preponderante el papel del juez,

quien debe controlar la justicia del contrato en las situaciones de evidente desequilibrio entre las partes. (*B. F. G.*)

ROULET, V.: «Sous-traitance: quelques observations sur la dernière rédaction du code des marchés publics», *GP*, 2004, núms. 298-300, pp. 9-10.

Análisis del artículo 112-117 del Código de mercados públicos. Reserva de la subcontrata a diversas categorías de mercados. (*R. A. R.*)

— «Troubles anormaux de voisinage, le recours du maître d'ouvrage contre l'entrepreneur: quels fondements, quelles conséquences?», *GP*, 2004, núms. 298-300, pp. 11-13.

Problemas de vecindad como consecuencia de la realización de una obra. Responsabilidad contractual y su fundamento cuando se demanda al director de la obra. Normativa independiente y autónoma de las reglas de responsabilidad en estos casos de daños a los vecinos. (*I. S. P.*)

— «Le devoir d'information entre les participants à la construction», *GP*, 2004, núms. 298-300, pp. 14-18.

Los sujetos de la construcción y su papel: el director de la obra, el contratista, el fabricante, el asegurador. Derechos y obligaciones durante la obra. (*R. A. R.*)

SALOMONI, A.: «La responsabilità del *tradens* per i danni subiti dall'*accipiens* in conseguenza del vizio della cosa oggetto del contratto», *NGCC*, 2004, núm. 2, pp. 316-344.

Garantías y responsabilidad en el contrato de compraventa: estudio de las disposiciones del Código civil italiano dirigidas a la tutela del *accipiens* frente a los daños que podría sufrir a causa del vicio de la cosa objeto del contrato, análisis de la relevancia jurídica de la información sobre el estado del bien en los contratos onerosos... (*Alma R. G.*)

SANGIOVANNI, V.: «Documento d'offerta pubblica e responsabilità civile nel nuovo diritto tedesco», *RDC*, 2004, núm. 1, parte prima, pp. 153-158.

Análisis del documento de oferta pública, en el nuevo Derecho alemán: responsabilidad civil por información inexacta o incompleta, influencia en la aceptación, legitimación activa para solicitar indemnización y carga de la prueba, causas de exención de la responsabilidad, como la ignorancia excusable, rectificación, prescripción, etc. (*M. R. D. R.*)

SARGOS, P.: «Les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical», *SJ*, 2004, núm. 50, I-187.

Contenido de los principios y su análisis. (*I. S. P.*)

SCALISI, V.: «Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile», *RTDPC*, 2004, núm. 3, pp. 785-817.

Estudio de la teoría del riesgo y del daño injusto: fijación del método para determinar la responsabilidad civil por daño y el interés relevante, distinción entre daño moral y patrimonial y especial referencia al daño biológico de muerte. (*M. R. D. R.*)

— «Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile», *RDC*, 2004, núm. 1, parte prima, pp. 29-56.

De nuevo, sobre la responsabilidad civil: intereses merecedores de tutela, el daño como requisito indispensable para calificar el hecho dañoso como ilícito, la injusticia como fundamento de la responsabilidad aquiliana, criterios de exclusión de responsabilidad. (*M. R. D. R.*)

SCARPELLO, A.: «Danno esistenziale e sistema del danno alla persona: la Cassazione, la Consulta e l'art. 2059 cod. civ.», *NGCC*, 2004, núm. 2, pp. 260-265.

Nuevas figuras del daño: el daño biológico y el daño existencial. (*Alma R. G.*)

SICCHIERO, G.: «La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico», *CI*, 2004, núm. 2, pp. 545-553.

Artículo sobre la utilidad social en cuanto a la finalidad perseguida por un contrato. (*Alma R. G.*)

— «Le clausole di rinvio fisso e rinvio mobile alla disciplina esterna al contratto», *CI*, 2004, núm. 3, pp. 1027-1037.

La interpretación de las cláusulas de reenvío. En particular, las cláusulas de reenvío fijo y móvil. (*Alma R. G.*)

— «The Contractual Clause: In Search of a Definition», *ERPL*, 2004, núm. 3, pp. 305-320.

Las leyes y la doctrina no suelen dar un concepto de cláusula contractual, a pesar de que hoy día, en especial a propósito de los contratos realizados con consumidores, se emplea con frecuencia la locución «cláusula abusiva». (*M. G.-R.*)

SCHMIDT, B.: «Der Anwendungsbereich der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag», *JuS* 10/2004, pp. 862-867.

La gestión de negocios ajenos sin mandato es visto hoy con frecuencia como instrumento para compensar diferentes supuestos de pérdidas patrimoniales. Tal situación ha desdibujado los contornos del § 677 BGB. Las consecuencias de esta práctica jurídica son difícilmente previsibles; en todo caso, no está ya garantizada la delimitación clara de la gestión de negocios ajenos sin mandato y se observa cierta inseguridad. (*B. T. G.*)

SCHULZE, R.: «Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti», *RDC*, 2004, núm. 1, parte prima, pp. 57-76.

Estudio de Derecho comparado sobre materia de Derecho de obligaciones, en relación a la unificación del Derecho europeo y el alemán: la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 26 de noviembre de 2001, in *BGBI*, 2001. (*M. R. D. R.*)

SCIAUDONE, R.: «Profili del regime giuridico applicabile alle testate telematiche», *GC*, 2004, núm. 4, pp. 209-218.

Breves notas sobre el comercio electrónico y la eficacia o ineficacia del contrato telemático. Apuntes sobre la información recibida en Internet y la

responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones contraídas a través de este medio de comunicación. (M. R. D. R)

SIRENA, P.: «L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto», *RDC*, 2004, núm. 5, parte prima, pp. 787-823.

Reflexión sobre la aplicación de la directiva comunitaria sobre derecho de consumidores al ordenamiento italiano en materia de contratos. (M. R. D. R.)

SPINDLER, G.: «IT-Sicherheit und Produkthaftung – Sicherheitslücken, Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer», *NJW*, 44/2004, pp. 3145-3150.

Fallos de seguridad en sistemas de *software*, actualizaciones de seguridad, gusanos y virus tienen a los usuarios de ordenadores en vilo. El artículo examina las posibilidades y límites que presenta la responsabilidad extracontractual por productos respecto de las lagunas de seguridad en las tecnologías de la información. (B. T. G.)

STEVENS, R.: «The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999», *L. Q. R.*, 2004, vol. 120, pp. 292-323.

Artículo crítico con la *Contracts (Rights of Third Parties) Act* inglesa, de 1999, relativa a los contratos en beneficio de terceros. Stevens revisa los distintos argumentos, mayoritariamente ofrecidos por el Informe de la *Law Commission* inglesa, principal impulsora de la Ley, y considera que los problemas derivados de la nueva ley pueden llegar a ser tan grandes como los que pretende resolver. (J. S. F.)

SWADLING, W.: «Rescission, Property, and the Common Law», *L. Q. R.*, 2005, vol. 121, pp. 123-153.

A raíz de la sentencia de la *House of Lords Shogun Finance Ltd. v. Hudson* [(2004) 1 A. C. 919], Swadling estudia los efectos que tiene la declaración de nulidad o la anulabilidad de un contrato de compraventa sobre la transmisión de la propiedad, en el caso de que el adquirente sea de buena fe. El argumento central del artículo es que, en la medida en que existen otros medios para transmitir la propiedad ajenos al contrato, como la entrega, resulta innecesario preguntar por la incidencia de la nulidad o la anulabilidad del contrato sobre la transmisión del dominio. Lo verdaderamente relevante, pues, es saber si a pesar de la ineficacia contractual, pudo transmitirse válidamente la propiedad por otras vías distintas e igualmente válidas para ello. (J. S. F.)

TAMMA, M.: «Contratto preliminare e termine di prescrizione per la stipula del definitivo», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 3, pp. 780-790.

Comentario de la sentencia de la *Corte di Cassazione, Sez. II*, de 10 de diciembre de 2001, n. 15587, sobre precontrato y transcurso del plazo de prescripción para solicitar judicialmente, bien la fijación de un término para la celebración del definitivo, bien su propia celebración. (B. F. G.)

TARDIA, I.: «Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 3, pp. 724-779.

Análisis de la obligación de informar en la fase precontractual: la fuente de esta obligación, los datos que deben ser comunicados y el tipo de responsabilidad que genera su incumplimiento. (B. F. G.)

THIENE, A.: «L'inesorabile declino della regola restrittiva in tema di danni non patrimoniali», *NLCC*, 2004, núms. 1-2, pp. 13-34.

Comentario a la decisión de la *Corte cost.*, 11 luglio 2003, n. 233, sobre la interpretación y función del artículo 2059 CC, respecto de la tutela resarcitoria del daño a la persona en caso de culpa presunta o responsabilidad objetiva. (M. R. D. R.)

TIEDTKE, M./SCHMITT, K.: «Die Falschlieferung durch den Verkäufer», *JZ*, 22/2004, pp. 1092-1100.

El falso suministro por parte del vendedor.

La Ley de modernización del Derecho de obligaciones ha equiparado la entrega falsa con la entrega defectuosa. Con esta regla el legislador pretendió eliminar la difícil diferenciación entre ambas. Pero en lugar de este problema de delimitación, con la nueva regulación han aparecido un número importante de nuevos problemas. Es difícil encontrar otro precepto que desde su entrada en vigor haya levantado tanta polémica doctrinal. El artículo versa sobre los problemas jurídicos ligados al nuevo § 434 III.1 BGB. (M. P. G. R.)

TOMA, E.: «Diritto di surrogazione dell'assicuratore e responsabilità del vettore truffato», *NGCC*, 2004, núm. 2, pp. 145-148.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 14 de julio de 2003 n. 11004 sobre responsabilidad civil en el contrato de transporte. (Alma R. G.)

TOSI, J.-P.: «Responsabilité du transporteur aérien: dépoussiérons le code de l'aviation civile!», *RDS*, 2005, núm. 10, c.aff., pp. 719-722.

Inaplicación de la Convención de Montreal en materia de responsabilidad del transportista aéreo en Francia y la desprotección del consumidor. Consecuencias de su aplicación. (I. S. P.)

UNBERATH, H.: «Deliktische Haftung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und gestörte Gesamtschuld – BGH, *NJW* 2003, 2984», *JuS*, 8/2004, pp. 662-664.

El autor examina la sentencia del Tribunal Federal Supremo de 24 de junio de 2003 a propósito de la responsabilidad extracontractual de la sociedad civil y la regla de la solidaridad. En su opinión, la clave de la decisión se encuentra en la recíproca interacción entre las reglas que se ocupan de la responsabilidad en el seno de la sociedad civil y la concesión de privilegios respecto de la responsabilidad de un socio en las relaciones externas. (B. T. G.)

VV. AA.: «Les cahiers de l'arbitrage», *GP*, 2004, núms. 338-339, 340-342.

Diversos estudios sobre el arbitraje en Francia. (R. A. R.)

— «Baux commerciaux», *GP*, 2004, núms. 273-274.

Artículos y comentarios a sentencias sobre arrendamientos de locales de negocio. Reforma y su justificación. (R. A. R.)

— «Jurisprudence en matière d' assurances», *GP*, 2005, núms. 28-29.

Número especial sobre seguros, donde se presentan sentencias de los tribunales franceses en materia de responsabilidad y obligaciones del asegurador. (*I. S. P.*)

VIDIRI, G.: «Art. 2055 c.c. e solidarietà passiva da fatti illeciti – nota a Cass. 17 novembre 2003 n. 17372», *GC*, 2004, núm. 3, pp. 639-648. (*M. R. D. R.*)

— «La cessione dei c.d. “parcheggi obbligatori”: certezze (poche) e dubbi (molti) – nota a Cass. 21 maggio 2003 n. 7963», *GC*, 2004, núm. 1, pp. 167-174. (*M. R. D. R.*)

VINEY, G.: «Responsabilité civile», *SJ*, 2004, núm. 39, I-163.

Crónica de actualidad sobre la jurisprudencia más reciente francesa en materia de responsabilidad civil. (*R. A. R.*)

VISINTINI, G.: «Due note in tema di responsabilità», *CI*, 2004, núm. 1, pp. 13-26.

Artículo sobre la indemnización de los daños morales derivados del incumplimiento de un contrato. (*Alma R. G.*)

WERTENBRUCH, J.: «Gewährleistung beim Kauf von Kunstgegenständen nach neuem Schuldrecht», *NJW*, 28/2004, pp. 1977-1982.

Garantías en la compraventa de obras de arte en el nuevo Derecho de obligaciones.

La falsificación de una obra de arte es tratada en el nuevo Derecho de obligaciones de modo diferente al trato recibido en el sistema vigente hasta ahora, donde se trataba como un caso de imposibilidad originaria. Ahora se establece un amplio marco para la responsabilidad por daños del vendedor, y se trae al primer plano la problemática de la exclusión de la garantía, especialmente en caso de venta en pública subasta. (*M. P. G. R.*)

WILHELM, J.: «Die Pflichtverletzung nach dem neuen Schuldrecht», *JZ*, 21/2004, pp. 1055-1060.

El incumplimiento en el nuevo Derecho de obligaciones.

La norma central del nuevo Derecho de obligaciones, el § 280.1 BGB, debe fundamentar el supuesto general de responsabilidad surgido de las relaciones obligatorias. El autor mantiene que, sin embargo, las figuras tradicionales de violación de la prestación, imposibilidad, mora y reclamación de daños se han conservado y que en el nuevo Derecho de obligaciones tales figuras, ni pertenecen al pasado, ni han sido superadas. (*M. P. G. R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AMENDOLA, A.: «Il nome dell'autore come segno distintivo: una prospettiva insolita sul diritto alla “paternità” dell'opera», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 4, pp. 463-480.

Artículo que versa sobre la Comunicación de la Comunidad Europea de 16 de abril de 2004 dedicada a la gestión colectiva de los derechos de autor. (*Alma R. G.*)

AREZZO, E.: «Competition policy and IPRs: an open debate over an ever-green issue», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 3, pp. 315-335.

Propiedad intelectual y antitrust: ¿Relaciones de amistad o enemistad? (*Alma R. G.*)

BIGOT, J./MAYAUX, L.: «Droit des assurances», *SJ*, 2004, núms. 21-22, I-137.

Crónica actual sobre la jurisprudencia francesa en materia de seguros. (*R. A. R.*)

BRACCINI, C.: «Il risarcimento del danno da contraffazione di marchio negli ordinamenti di *common law*», *RDC*, 2004, núm. 2, parte prima, pp. 355-393.

Análisis de Derecho comparado de la propiedad industrial en el sistema del *common law*: derecho de exclusiva, criterios de determinación y cuantificación del daño, diferentes métodos de actuación, formas de resarcimiento, procedimientos de liquidación. (*M. R. D. R.*)

CARON, Ch.: «Droit de la propriété intellectuelle», *SJ*, 2005, núms. 1-2, I-101.

La última jurisprudencia francesa en torno a diversos aspectos de propiedad intelectual: diseño de modelos, marcas, obras audiovisuales, etcétera (*R. A. R.*)

— «Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle», *SJ*, 2004, núm. 39, I-162.

Adaptación de las normas jurídicas al interés social en materia de garantía. (*I. S. P.*)

CECCHERINI, A.: «Garanzie per debito altrui nella revocatoria fallimentare - nota a Cass. 25 giugno 2003 n. 10072», *GC*, 2004, núm. 3, pp. 709-712. (*M. R. D. R.*)

CHERON, A.: «Essai sur la qualification juridique d'un jeu vidéo», *GP*, 2005, núms. 51-53, pp. 6-8.

Cualificación jurídica del juego de vídeo por naturaleza. Su cualificación cuando en su elaboración intervienen varios sujetos. (*I. S. P.*)

CORMAN, G./SINGH, A.: «La protection du titulaire de la marque contre la parodie: évolutions récentes», *GP*, 2004, núms. 333-335, pp. 2-4.

La jurisprudencia en torno al uso de marcas de grandes firmas parodiadas para denunciar ciertos abusos. Ausencia de regulación prohibitiva sobre dicho uso. Límite al uso de la parodia con el desprecio abusivo. (*I. S. P.*)

D'ARCANGELI, A.: «Il dibattito sul domain name e la prima sentenza di merito», *RDC*, 2004, núm. 4, parte seconda, pp. 497-540.

Comentario de la sentencia del *Tribunale di Napoli 26 febbraio 2002*, sobre el *domain name*: responsabilidad directa del *Internet Service Provider* en el *d. legisl. 9 aprile 2003, n. 70*. (*M. R. D. R.*)

DEBREZ, A.-F.: «Les tendances jurisprudentielles “des delimitations” des appellations d'origine contrôlées viti-vinicoles», *RDS*, 2005, núm. 4, c. aff., pp. 282-291.

Jurisprudencia comunitaria sobre denominación de origen de los vinos. Derogación del uso tradicional del nombre. El valor de los usos. (*I. S. P.*)

DELLE DONNE, C.: «Provvedimenti attuativi “in cerca d’autore”: note sulla competenza a gestire l’attuazione di misura cautelare oggetto di reclamo - nota a Trib. Napoli ord. 5 febbraio 2003», *GC*, 2004, núm. 4, pp. 1092-1096. (*M. R. D. R.*)

DE SANCTIS, V.: «La copia privata nel D. Lgs. 68/2003. Prime valutazioni», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 2, pp. 115-132.

Reprografía privada y derecho de autor. (*Alma R. G.*)

DI FABIO, P.: «Le coproduzioni cinematografiche internazionali: profili giuridici e contrattuali alla luce della nuova normativa sulla cinematografia (cd. “Decreto Legislativo Urbani”)», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 2, pp. 181-219.

Artículo sobre la regulación nueva del contrato de coproducción cinematográfica. (*Alma R. G.*)

FABIANI, M.: «Responsabilità per utilizzo dei versi di una canzone per altra composizione musicale», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 4, pp. 541-542.

Resarcimiento por los daños patrimoniales y morales ocasionados por la utilización por parte del autor de una composición musical de los versos de una canción, sin el consentimiento del autor de la música originaria. (*Alma R. G.*)

FERRERI, S.: «Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà», *RDC*, 2004, núm. 6, parte seconda, pp. 809-834.

Notas sobre los medios de defensa de la propiedad: acciones petitorias, prueba de la titularidad dominical y carga de la prueba. (*M. R. D. R.*)

GABRIELLI, G.: «Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare», *RDC*, 2004, núm. 5, parte seconda, pp. 793-800.

Comentario de la sentencia *Cass., Sez. I, 14 novembre 2003, n. 17197*, sobre el privilegio especial establecido por el artículo 2775 bis CC. (*M. R. D. R.*)

GEIGER, Ch.: «Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle?», *SJ*, 2004, núm. 29, I-150.

Los límites internos y externos de los derechos de propiedad intelectual. (*I. S. P.*)

GINSBURG, J. C.: «Il nome dell’autore come segno distintivo: una prospettiva insolita sul diritto alla “paternità” dell’opera», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 4, pp. 451-462.

Remedios ante la frecuencia de la lesión, en el sistema del *copyright*, del derecho de atribución a la cualidad de autor, esto es, al derecho a la paternidad de la obra. (*Alma R. G.*)

IZZO, N.: «Il dissenso del condomino rispetto alle liti condominiali - nota a Trib. Napoli 8 gennaio 2003», *GC*, 2004, núm. 3, pp. 806-813. (*M. R. D. R.*)

— «Insussistenza della prelazione per la vendita di una quota ideale dell'immobile locato - nota a Cass., sez. III, 5 dicembre 2003, n. 18648», *GC*, 2004, núms. 7-8, pp. 1771-1776. (*M. R. D. R.*)

— «L'impedita consultazione della documentazione condominiale determina l'annulabilità della deliberazione - nota a Cass. 11 settembre 2003 n. 13350 e a Cass. 8 agosto 2003, n. 11940», *GC*, 2004, núm. 1, pp. 90-97. (*M. R. D. R.*)

LAMARCHE, Th.: «L'imprescriptibilité et le droit des biens», *RTDC*, 2004, núm. 3, pp. 403-428.

Sobre la vocación duradera de los derechos patrimoniales, ya sean de naturaleza real, personal o intelectual. (*R. A. R.*)

LE FUR, A.-V.: «L'acte d'exploitation de la chose d'autrui», *RTDC*, 2004, núm. 3, pp. 429-450.

La explotación de la cosa de otro supone prerrogativas que valen más allá que el simple uso o aprovechamiento de las riquezas que produce. La distinción entre actos de disposición y actos de administración no permite comprender esta situación. (*I. S. P.*)

LE TARNEC, A.: «Jurisprudence en matière de propriété industrielle, littéraire et artistique», *GP*, 2005, núms. 5-6.

Notas a sentencias sobre patentes, marcas, modelos, y competencia desleal. (*I. S. P.*)

LONGHINI, S.: «L'art. 70 della legge sul diritto di autore in televisione», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 2, pp. 133-149.

Regulación de los libres usos de las obras protegidas. (*Alma R. G.*)

MANDEL, M.: «Il diritto d'autore nell'era di internet. Casi giudiziari recenti e comportamenti socialmente accettati», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 3, pp. 269-282.

Artículo dedicado a la jurisprudencia más reciente en materia de *software* y nuevas tecnologías. (*Alma R. G.*)

MASTROPAOLO, F.: «L'anticresi come contratto costitutivo di garanzia consistente in poteri su cose immobili», *RDC*, 2004, núm. 5, parte prima, pp. 707-747.

Análisis de la figura de la anticresis como derecho real de garantía: elementos, causa y función, contenido y extinción. (*M. R. D. R.*)

MAUER, J.: «Die Übertragung der Grundschuld nach § 873 I.3 BGB: Schlichte Gesetzesanwendung und praktische Konsequenzen für § 399.2 BGB», *JuS*, 13/2004, pp. 1045-1048.

La transmisión de la deuda inmobiliaria en el § 873 I.3 BGB. Aplicación normativa y consecuencias prácticas para el § 399.2 BGB. (*M. P. G. R.*)

MAZZIOTTI, G.: «Monopoli elettronici e utilizzazioni libere nel diritto d'autore comunitario», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 2, pp. 150-180.

Estructura y límites de la propuesta dirigida a la compatibilidad entre monopolios electrónicos y utilizaciones libres de las obras protegidas. (*Alma R. G.*)

MONACHE, S. DELLE: «Sottrazione di opere d'arte in tempo di guerra e modi di acquisto a titolo originario della proprietà», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 4, pp. 1155-1170.

Dictamen sobre sustracción de una obra de arte en tiempos de guerra. La cuestión central consiste en establecer a quién corresponde su propiedad. Se tratan también cuestiones de Derecho internacional privado, pues el cuadro fue sustraído en Viena, se encuentra (en el momento en que se emite el dictamen) en Italia, y el ciudadano que solicita su devolución es de nacionalidad checoslovaca. (*B. F. G.*)

OLIVIER, M.: «L'audiovisuel et les mesures d'instruction judiciaires», *GP*, 2004, núms. 219-220, pp. 2-7.

Estudio sobre las nuevas medidas de ejecución de decisiones, particularmente la recogida en el artículo 174 del Código de procedimiento civil sobre grabación sonora o audiovisual de las operaciones a la que se procede judicialmente. (*R. A. R.*)

PERINET-MARQUET, H.: «Droit des biens», *SJ*, 2004, núm. 43, I-171.

Repertorio jurisprudencial más reciente sobre derecho de cosas en Francia. (*I. S. P.*)

PRIVAT, Ch.: «Retour sur une "petite loi" cynégétique: à propos de la loi du 30 juillet 2003 relative à la chasse», *GP*, 2005, núms. 7-8, pp. 8-11.

Efectos de la nueva regulación sobre la caza. Ajuste de técnicas simplificando el ejercicio cotidiano y racionalización del funcionamiento de los órganos de representación cinegética. Razones políticas ocultas. (*R. A. R.*)

RICCHIUTO, S.: «L'edizione critica e la tutela d'autore», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 2, pp. 250-256.

Análisis de recientes pronunciamientos jurisprudenciales sobre la tutela de la edición crítica. (*Alma R. G.*)

SCARDIGNO, M. S.: «Il concetto di fondo dominante nella servitù di passaggio coattivo - nota a Cass. 10 gennaio 2003 n. 177», *GC*, 2004, núm. 2, pp. 494-498. (*M. R. D. R.*)

SCHÄPER, E.: «Inmobiliarsicherheiten in England, Schottland und Deutschland, oder: Morgage, charge und standard security versus Hypothek, Grundschuld und Sicherungsübereignung», *ERPL*, 2004, núm. 4, pp. 471-507.

La autora traza un cuadro comparativo de las garantías inmobiliarias del crédito entre Inglaterra, Escocia y Alemania. Llega a la conclusión de que son sistemas difícilmente coordinables, por lo que propone normas internacionales sobre esta cuestión cuando intervengan sujetos de distintos países. (*M. G.-R.*)

SERNA, M.: «Espace juridique de l'artiste-interprète au sein de l'espace audiovisuel», *RDS*, 2005, núm. 8, c. aff., pp. 575-578.

La técnica audiovisual como medio de reflejar la realidad y como realidad reflejada a través del intérprete. (*I. S. P.*)

SINGH A./ISCOVICI, J.-M.: «Un point sur la qualité de producteur de l'oeuvre audiovisuelle», *GP*, 2005, núms. 51-53, pp. 2-5.

Análisis en torno al artículo 132.23 del Código de propiedad intelectual y el carácter de productor de la obra. Necesidad de participar en el riesgo de creación de la obra, naturaleza de la contrapartida de haber participado y necesidad de un papel activo en la realización. (*R. A. R.*)

STRIPPOLI, C.: «La tutela giuridica del software: l'ordinamento giuridico italiano e statunitense a confronto», *GC*, 2004, núms. 7-8, pp. 389-417.

Estudio comparativo del sistema jurídico italiano y estadounidense en materia de *software*: noción técnica de *software*, sistemas de protección, objeto de tutela, titularidad del derecho de propiedad intelectual o industrial en exclusiva, derechos morales sobre el *software*, regulación de las copias, etc. (*M. R. D. R.*)

TRIOLA, R.: «In tema di distanze nelle costruzioni— osservazione a Cass. 1.º agosto 2003, n. 11744», *GC*, 2004, núm. 9, pp. 2101-2102. (*M. R. D. R.*)

— «Terreno edificabile in base a strumento urbanistico adottato ma non approvato e imposta di registro - nota a Cass. 18 settembre 2003 n. 13817», *GC*, 2004, núm. 6, pp. 1548-1549. (*M. R. D. R.*)

VESPIGNANI, L.: «Alcune linee di riflessione per un inquadramento costituzionale della comunicazione elettronica», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 3, pp. 283-314.

Nuevas perspectivas de las libertades: en particular, libertad de correspondencia y libre manifestación del pensamiento en el ámbito de Internet. Internet: contenido y límites de la intervención pública. (*Alma R. G.*)

VIDIRI, G.: «La cessione dei c.d. "parcheggi obbligatori": certezze (poche) e dubbi (molti) - nota a Cass. 21 maggio 2003, n. 7963», *GC*, 2004, núm. 1, pp. 167-174. (*M. R. D. R.*)

VITUCCI, P.: «Acquisto per usucapione e legittimazione a disporre», *GC*, 2004, núm. 1, pp. 3-9.

Acercamiento a la figura de la usucapión, como vía de adquisición de la propiedad, y, en especial, análisis del acto de venta del objeto de la usucapión, tanto si se realiza por el poseedor usucapiente como por el verdadero propietario, no poseedor inmediato del bien en cuestión. Efectos de los actos dispositivos de ambos poseedores, en relación a la publicidad de la situación. (*M. R. D. R.*)

VV. AA.: «The UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment: Real Rights from International and National Perspectives», *ERPL*, 2004, núm. 1, special issue.

El número primero de 2004 de la revista se centra en el Tratado internacional de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales sobre equipamiento mobiliario. El objeto del tratado es dar un régimen unitario a las garantías del financiador de equipamientos de bienes muebles, como aeronaves, trenes

o bienes en el espacio. El tratado trata de evitar la aplicación automática de la accesión de estos equipamientos al bien principal, y crea derechos reales de garantía específicos para los financiadores de la adquisición de estos bienes muebles (ej., motores). De esta manera, además, se evita la disparidad legislativa sobre garantías sobre bienes muebles, que, por su naturaleza, se desplazan con frecuencia de un país a otro.

En el número comentado se dedican diversos artículos al mismo asunto: HONNEBIER, B. P./MILO, M.: «The Convention of Cape Town: The Creation of International Interests in Mobile Equipment», pp. 3-8; STANFORD, M. J.: «The New Regime: Its History and Future after South Africa», pp. 9-17; GOODE, R.: «The International Interest as an Autonomous Property Interest», pp. 18-25; ROSEN, H.: «The Regime of the Railway Rolling Stock Protocol», pp. 26-36; RIBBELINK, O. M.: «The Protocol on Matters Specific to Space Assets», pp. 37-45; HONNEBIER, B. P.: «The Dutch Real Rights can be the Basis of International Interests under the Convention of Cape Town, just like their equivalent American Security Interests», pp. 46-66; SALOMONS, A. F.: «Should we Ratify the *Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Air Equipment Protocol*? Some Remarks from a Dutch Point of View», pp. 67-74; SAGAERT, V.: «The UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Belgian Perspective», pp. 75-90; VAN ERP, S.: «The Cape Town Convention: a Model for a European System of Security Interests Registration», pp. 91-110. (*M. G.-R.*)

WESSER, S.: «Beendigung gemeinschaftlicher Rechtszuständigkeit am Beispiel der Erbaueinandersetzung», *AcP*, 2004, núm. 2, pp. 208-230.

Finalización de la competencia común según el ejemplo de la partición de la herencia. La autora trata el problema de la finalización de la comunidad hereditaria y la diferencia de efectos que se produce entre la extinción de una comunidad romana o por cuotas y una comunidad en mano común. (*M. G.-R.*)

ZINCONI, A.: «I limiti di tutela del software e delle banche di dati secondo il diritto d'autore», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 3, pp. 376-392.

Análisis del ámbito y de los límites de protección de los bancos de datos y del *software*, o bien bajo la perspectiva de la tutela de los actos de competencia desleal o bien desde la protección ofrecida por las normas reguladoras del derecho de autor. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE FAMILIA

AMBROSIO, A.: «Riconciliazione tra coniugi separati e tutela patrimoniale dei terzi», *DFP*, 2004, núm. 2, pp. 401-419.

Efectos que tiene frente a terceros la reconciliación posterior de los cónyuges tras su separación, en concreto, venta de un bien inmueble realizada sólo por el cónyuge titular y adquisición a título oneroso por tercero de buena fe. (*Alma R. G.*)

ATTENA, R.: «Diritto di visita degli avi e relazione personale con i nipoti», *NGCC*, 2004, núm. 3, pp. 401-413.

Derecho de visita de los abuelos respecto a los nietos: perspectiva doctrinal, jurisprudencial y experiencias en el Derecho comparado. (*Alma R. G.*)

BARBIERA, L.: «La nullità del matrimonio concordatario e la questione della riserva di competenza ai tribunali ecclesiastici», *RDC*, 2004, núm. 6, parte seconda, pp. 801-808.

De nuevo sobre el reconocimiento de sentencias de tribunales eclesiásticos sobre nulidad matrimonial. (*M. R. D. R.*)

BLUMBERG, G. G.: «Legal Recognition of Same-Sex Conjugal Relationships: The 2003 California Domestic Partner Rights and Responsibilities Act in Comparative Civil Rights and Family Law Perspective», *U. Chi. L. Rev.*, 2004, vol. 52, pp. 1555-1618.

Comentario crítico de las leyes sucesivamente promulgadas en California para otorgar efectos jurídico-familiares a situaciones de convivencia estable entre personas del mismo sexo. Con base en estudios empíricos sobre las características propias de este tipo de parejas, la autora examina cuál ha sido el resultado práctico de esa legislación, la compara con la experiencia canadiense y sugiere que las futuras reformas se orienten a establecer dos regímenes, uno para parejas inscritas y otro para parejas de hecho o no inscritas. (*J. R. I.*)

BOUMAZA, A./FOSSIER, Th.: «Le curateur à la personne et la commission départementale des hospitalisations psychiatriques: des institutions à parfaire», *GP*, 2005, núms. 16-18, pp. 2-10.

Análisis del funcionamiento de la comisión departamental de hospitalización psiquiátrica, sus atribuciones. Nombramiento del curador, designación y atribuciones. Propuestas de reforma. (*R. A. R.*)

BRUDERMÜLLER, G.: «Schlüsselgewalt und Telefonsex», *NJW*, 32/2004, pp. 2265-2270.

La decisión del Tribunal Federal Supremo de 11 de marzo de 2004 da pie para cuestionar el actual sentido del § 1357 BGB que hace recaer sobre el otro cónyuge una obligación sobre el único fundamento del vínculo conyugal. Esta carga de la sociedad conyugal resulta problemática, pues fortalece injustificadamente la protección de los acreedores en perjuicio del matrimonio y plantea dudas desde la perspectiva de política legislativa, porque tal refuerzo de la responsabilidad no tiene lugar cuando se trata de uniones de hecho. (*B. T. G.*)

CAPURSO, M. C.: «Gli ordini di protezione in materia di famiglia: aspetti civilistici e modifiche legislative (l. 6 noviembre 2003, n. 304). Un caso di imperfetta “tecnica legislativa”», *DFP*, 2004, núm. 2, pp. 444-453.

Modificación por Ley n. 304, de 6 de noviembre de 2003, de la Ley n. 154, de 4 de abril de 2001, respecto a la acción civil prevista para la represión de la violencia en el ámbito doméstico. (*Alma R. G.*)

CASABURI, G.: «Le misure patrimoniali “provvisorie” (sommarie e cautelari) nella separazione, nel divorzio e nella crisi “di fatto” della famiglia», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 1066-1124.

Procedimientos cautelares y relaciones patrimoniales entre los cónyuges durante las crisis matrimoniales. (*Alma R. G.*)

COSCO, G.: «Presupposti per l'attribuzione e canoni per la quantificazione dell'assegno di mantenimento tra coniugi separati», *DFP*, 2004, núm. 2, pp. 373-395.

Presupuestos y criterios para la determinación del *quantum* de la pensión en caso de separación entre cónyuges, entre otros, valoración de la capacidad de trabajo y ganancias del cónyuge perceptor y ayudas económicas que recibe de terceras personas (como su pareja de hecho). (*Alma R. G.*)

D'ARIENZO, M.: «Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano», *DFP*, 2004, núm. 1, pp. 189-219.

Análisis de la normativa reguladora del matrimonio islámico. (*Alma R. G.*)

DE SISTO, L.: «Sulle conseguenze giuridiche dell'impugnazione della dichiarazione di adattabilità con un mezzo diverso da quello consentito e davanti ad un giudice incompetente», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 972-982.

Reflexión sobre la normativa que regula la impugnación de la declaración de adopción en la vieja y nueva Ley italiana de adopción. (*Alma R. G.*)

DENTAMARO, B.: «L'affare Pellegrini dinanzi alla Corte di Strasburgo», *DFP*, 2004, núm. 2, pp. 295-315.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 20 de julio de 2001 sobre las consecuencias jurídicas que tiene en el Ordenamiento italiano la sentencia canónica definitiva de nulidad del matrimonio celebrado entre ciudadanos italianos. (*Alma R. G.*)

DJEMNI-WAGNER, S.: «L'evolution du droit communautaire de la responsabilité parentale», *GP*, 2004, núms. 247-248, pp. 18-26.

Estudio a propósito de las disposiciones del Reglamento comunitario «Bruselas II bis» de 27 de noviembre de 2003. (*R. A. R.*)

ERAMO, F.: «La legge n. 154 del 2001: nuove misure contro la violenza familiare», *DFP*, 2004, núm. 1, pp. 230-241.

Estudio de la Ley n. 154, de 4 de abril de 2001, cuyo objeto es la regulación de instrumentos rápidos de tutela frente a la violencia, tanto física como psicológica, en el ámbito familiar. (*Alma R. G.*)

FESTA, R.: «Lo *status filiationis* come tratto distintivo dell'identità personale», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 879-904.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 20-28 de noviembre 2002 acerca del reconocimiento de los hijos incestuosos. (*Alma R. G.*)

FRULLANO, G.: «Sul godimento dei beni di arredamento fuori dalla casa coniugale», *DFP*, 2004, núms. 3-4, pp. 764-773.

Artículo sobre los problemas que suscita la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en caso de separación conyugal. (*Alma R. G.*)

GALLANIS, T. P.: «Inheritance Rights for Domestic Partners», *Tul. L. Rev.*, 2004, vol. 79, núm. 4, pp. 56-83.

Informe redactado a petición de la *American Bar Association* sobre los derechos sucesorios abintestato del conviviente del causante. El autor propone la extensión de los atribuidos al cónyuge viudo al conviviente del causante del mismo sexo o de distinto sexo y formula una propuesta de ley modelo a adoptar por los Estados. Justifica ambas cosas en la institucionalización de la pareja homosexual, así como en la aproximación del régimen jurídico de las parejas casadas y las no casadas en los *ALI Principles*. (*J. R. I.*)

GENTILI, A.: «La adozione del maggiorenne fra tutela del figlio naturale e salvaguardia della unità della famiglia», *NLCC*, 2004, núm. 5, pp. 1139-1147.

Comentario de la sentencia de la *Corte cost.*, 20 luglio 2004, n. 245, sobre adopción de mayores de edad. (*M. R. D. R.*)

GRECO, V.: «Separazione: la mancata istaurazione di un'effettiva convivenza fra i coniugi non rientra tra i requisiti che l'art. 156 c.c. pone tra le condizioni per il sorgere del diritto al mantenimento», *DFP*, 2004, núm. 2, pp. 425-436.

Requisitos y condiciones para la atribución de la pensión a uno de los cónyuges en caso de separación conyugal. (*Alma R. G.*)

GUÉVEL, D.: «La famille incestueuse», *GP*, 2004, núms. 289-290, pp. 2-11.

La actualidad del tema del incesto. Estudio a propósito de una comunicación del autor en Havre el 13 de mayo de 2004 en un coloquio a propósito del bicentenario del Código civil francés. (*I. S. P.*)

JUSTON, M.: «La médiation familiale: une impérieuse nécessité dans les tribunaux», *GP*, 2004, núms. 270-272, pp. 2-4.

Modificación del artículo 225 del Código civil permitiendo la mediación familiar en caso de conflictos familiares. Efectos en los procedimientos de familia. El mediador familiar frente al juez y frente al abogado. (*R. A. R.*)

KAGANAS, F./DIDUCK, A.: «Incomplete Citizens: Changing Images of Post-Separation Children», *Modern. L. Rev.*, 2004, vol. 67, núm. 6, pp. 959-981.

Ensayo que rastrea la influencia en el debate político-jurídico y en la práctica judicial de las nuevas tendencias de la psicología evolutiva, que conceden gran importancia a la autonomía del menor y a su capacidad para tomar parte activa en las decisiones que le afectan con ocasión de la separación de sus padres. Entre otras cosas, esta tendencia refuerza el carácter vinculante de la opinión expresada por los menores en los procesos de familia y plantea si estos no deberían poder comparecer en juicio por sí solos en aquellos asuntos que les afecten o, en general, intervenir mediante un representante especialmente designado por el juez. (*J. R. I.*)

KRIEKEN, R.: «The 'Best Interests of the Child' and Parental Separation: on the 'Civilizing of Parents'», *Modern. L. Rev.*, 2005, vol. 68, núm. 1, pp. 25-48.

Explicación sociológica y antropológica del principio del interés superior del menor en el contexto de la separación de sus padres. El autor defiende la

validez de este concepto en el momento actual y ante las críticas que se le han dirigido. (*J. R. I.*)

LENTI, L.: «Adozione e segreti», *NGCC*, 2004, núm. 2, pp. 229-253.

Consecuencias jurídicas que posee el deber de secreto en materia de adopción: secreto para el adoptado sobre su origen adoptivo, secreto frente a terceros acerca del origen adoptivo de una persona, secreto relativo a la familia de origen, diferencias en cuanto al deber de secreto en virtud de la edad del adoptado... (*Alma R. G.*)

MAHINGA, J.-G.: «Les libéralités entre époux après la loi n.º 2004-439 du 26 mai 2004 réformant le divorce», *SJ*, 2005, núm. 4, I-104.

La validez de las donaciones y la irrevocabilidad de las donaciones de bienes presentes entre esposos. Las causas legales de revocación. Reglas especiales en casos de divorcio y superveniencia de hijos. (*I. S. P.*)

MANERA, G.: «La mediazione familiare», *DFP*, 2004, núms. 3-4, pp. 813-839.

Artículo relativo a los problemas y perspectivas de la mediación familiar: relaciones entre el sistema judicial en los casos de conflictividad familiar y la mediación. (*Alma R. G.*)

MERCOLINO, G.: «I rapporti patrimoniali nella famiglia di fatto», *DFP*, 2004, núms. 3-4, pp. 917-960.

Relevancia jurídica de la familia de hecho: tutela constitucional, prestaciones patrimoniales otorgadas en el curso de la convivencia, uso de la casa familiar tras la ruptura de la relación, resarcimiento del daño por la muerte del conviviente... (*Alma R. G.*)

MORANI, G.: «Sui presupposti dello stato di abbandono di minori e sulle condizioni per la declaratoria di adottabilità: un'ardita decisione di merito in contrasto con gli univoci contributi dottrinali e giurisprudenziali in subiecta materia», *DFP*, 2004, núms. 3-4, pp. 745-759.

Presupuestos y condiciones para la declaración de estado de abandono del menor de cara a la adopción de este último: madre sujeta a frecuentes problemas psíquicos y repetidos tratamientos sanitarios de carácter obligatorio. (*Alma R. G.*)

— «Il calcolo del divario massimo di età tra adottanti e adottato, nella prima ipotesi di deroga al divario superato solo da uno dei coniugi in misura non maggiore di dieci anni», *DFP*, 2004, núm. 1, pp. 130-135.

Consecuencias jurídicas de la gran diferencia de edad existente entre los cónyuges adoptantes (en concreto, veintidós años) respecto al cálculo de la diferencia máxima de edad que según la Ley de adopción italiana ha de existir entre adoptante y adoptado. (*Alma R. G.*)

— «La nuova, duplice tutela giurisdizionale in favore del familiare più debole e bisognoso di protezione, contro la condotta pregiudizievole, la violenza e gli abusi nelle relazioni domestiche», *DFP*, 2004, núm. 1, pp. 220-229.

Estudio de la Ley de 4 de abril de 2001, n. 154, reguladora de la violencia en las relaciones domésticas y de la Ley de 28 de marzo de 2001, n. 149, dedicada a la pérdida de la patria potestad. (*Alma R. G.*)

MURY, P.: «Le “notaire” judiciairement commis en matière de divorce est-il un expert?», *RDS*, 2005, núm. 5, pp. 305 y ss.

Algunos aspectos profesionales de la notaría. (*R. A. R.*)

PIRILLI, D.: «Sul riconoscimento del minore infrasedicenne già riconosciuto da uno dei genitori», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 949-956.

Conflicto generado cuando el progenitor, que ha procedido previamente al reconocimiento de un hijo, se opone al reconocimiento posterior del otro progenitor. (*Alma R. G.*)

RUBELLIN-DEVICHI, J.: «Droit de la famille», *SJ*, 2005, núms. 8-9, I-116.

Exposición de la jurisprudencia última en materia de Derecho de familia. (*R. A. R.*)

RUSO, E.: «Gli effetti inderogabili del matrimonio (Contributo allo studio dell'art. 160 c.c.)», *RDC*, 2004, núm. 4, parte prima, pp. 569-605.

Estudio de los efectos del contrato de matrimonio: significado de efectos del contrato en materia matrimonial civil y canónica; obligaciones legales personales y patrimoniales. (*M. R. D. R.*)

SAREHANE, F.: «Le nouveau code marocain de la famille», *GP*, 2004, núms. 247-248, pp. 2-17.

Análisis del nuevo Código de familia de Marruecos de 5 de febrero de 2004 y sus novedades: definición del matrimonio, requisitos de los cónyuges y el matrimonio del menor; formalidades administrativas, y sus relaciones como esposos. Disolución del matrimonio: repudiación y divorcio. (*I. S. P.*)

SESTA, M.: «Verso nuovi sviluppi del principio di eguaglianza tra coniugi», *NGCC*, 2004, núm. 3, pp. 385-400.

Artículo dedicado al principio de igualdad entre cónyuges: las relaciones hombre-mujer en los siglos XIX y XX, la reforma de 1975 dirigida a la plena igualdad, las desigualdades de hecho persistentes en el momento actual en la familia matrimonial y en las parejas de hecho... (*Alma R. G.*)

VIRGA, W.: «Figli incestuosi: categoria realmente superata?», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 888-892.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 20-28 de noviembre 2002 acerca de la constitucionalidad de la prohibición del reconocimiento de hijos incestuosos. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

ABATANGELO, C.: «Le inerzie del rappresentante legale dell'erede incapace accettante con beneficio d'inventario e la tutela dei creditori ereditari», *RDC*, 2004, núm. 1, parte seconda, pp. 1-25.

Observaciones acerca de la posibilidad de aceptación de la herencia a beneficio de inventario en casos de procedimientos concursales: vías de

actuación de los acreedores, responsabilidad del curador por los actos de administración y liquidación de la masa hereditaria. (*M. R. D. R.*)

KREBBER, S.: «Die Sicherung erbrechtlicher Erwerbbaussichten im Lichte erbrechtlicher Prinzipien», *AcP*, 2004, núm. 2, pp. 149-176.

El aseguramiento de las perspectivas hereditarias a la luz de los principios del Derecho sucesorio *mortis causa*. El causante y el gratificado pueden tener un interés en asegurar los efectos de la planificación de la herencia. Esto se produce especialmente en el caso de que se quiera nombrar a alguien heredero o legatario para que satisfaga ciertas prestaciones, o cuando la herencia o partes de ella se quieren conservar para un posterior heredero sin que se ordene propiamente una sustitución fideicomisaria. El autor estudia las posibilidades que brinda el Derecho de obligaciones para, de alguna manera, asegurar el resultado buscado. (*M. G.-R.*)

LE GUIDEC, R.: «Successions et libéralités», *SJ*, 2004, núms. 31-35, I-155.

Diversos aspectos sobre sucesiones y liberalidades según la jurisprudencia. (*R. A. R.*)

LISI, P.: «Sulla nullità della divisione fatta dal testatore che si converte in criterio divisionale - osservazione a Cass. 12 marzo 2003 n. 3694», *GC*, 2004, núm. 2, pp. 474-476. (*M. R. D. R.*)

MORELATO, E.: «Fondazione testamentaria ed accettazione beneficiata dell'eredità: due figure non compatibili», *CI*, 2004, núm. 3, pp. 988-1025.

Análisis de la cuestión de si la fundación testamentaria debe aceptar o no la herencia a beneficio de inventario. (*Alma R. G.*)

QUARGNOLO, M.: «Pluralità di testamenti, revoca per incompatibilità e interpretazione», *RDC*, 2004, núm. 6, parte prima, pp. 913-936.

Análisis del artículo 680 CC, sobre revocación de testamentos y la posibilidad de revocación tácita por incompatibilidad con testamentos posteriores: problemas de interpretación. (*M. R. D. R.*)

TEDESCO, G.: «In tema di azione di simulazione proposta dal legittimario contro persone non chiamate come coered coeredi - nota a Cass. 27 giugno 2003 n. 10262», *GC*, 2004, núm. 6, pp. 1570-1574. (*M. R. D. R.*)

VIDIRI, G.: «L'accettazione con beneficio d'inventario: atto unico o fattispecie a formazione progressiva - nota a Cass. 15 luglio 2003, n. 11030», *GC*, 2004, núm. 2, pp. 363-366. (*M. R. D. R.*)

VISALLI, N.: «Tipicità o atipicità del testamento?», *GC*, 2004, núm. 6, pp. 305-322.

Breves notas sobre la cualificación tipológica del testamento y sus efectos jurídicos: ¿negocio típico o atípico?: análisis de opiniones doctrinales y del derecho positivo. (*M. R. D. R.*)

VARIA

BECKER, U.: «Die alternde Gesellschaft - Recht im Wandel», *JZ*, 19/2004, pp. 929-938.

El autor analiza las tareas y los problemas que plantea una sociedad envejecida como la alemana, partiendo de la transformación social y la reacción del derecho ante el progresivo envejecimiento de la población. (*B. T. G.*)

BULTMANN, P. F.: «Rechtsfortbildung von EG-Richtlinienrecht», *JZ*, 22/2004, pp. 1100-1106.

El artículo muestra, a partir de supuestos concretos, las hipótesis de perfeccionamiento de las Directivas comunitarias y analiza críticamente su implementación en el derecho nacional de los Estados miembros. (*B. T. G.*)

CIPRIANI, F.: «Diritti fondamentali dell'Unione europea e diritto d'impugnare», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 4, pp. 979-999.

El autor defiende el reconocimiento, a nivel europeo, del derecho a impugnar las resoluciones judiciales como un derecho fundamental. En el artículo se analizan los diversos pasos que se han dado para conseguir dicho objetivo. (*B. F. G.*)

GUÉVEL, D.: «Le “médecin traitant” en droit civil et en droit de la sécurité sociale», *GP*, 2005, núms. 19-20, pp. 10-11.

Estudio a propósito del seguro de enfermedad mediante la Ley 2004-810, de 13 de agosto de 2004. Influencia sobre el artículo 909 del Código civil francés. (*R. A. R.*)

KLEINE-COSACK, M.: «Verschärfte Voraussetzungen beim Widerruf freiberuflicher Zulassungen (Zuverlässigkeitsprüfung und Gefahrenprognose)», *NJW*, 35/2004, pp. 2473-2480.

El artículo aboga por una estandarización a nivel estatal respecto de la revocación de autorización para el ejercicio de profesiones liberales, en especial, respecto del criterio específico de la indignidad. (*B. T. G.*)

KOCHER, E.: «Instrumente einer Europäisierung des Prozessrechts. Zu den Anforderungen an den kollektiven Rechtsschutz im Antidiskriminierungsrecht», *ZEuP*, 2004, núm. 2, pp. 260- 275.

Comentario sobre la Directriz comunitaria referida a la legitimación en juicio de asociaciones y grupos cuando los afectados son una pluralidad indeterminada de personas. (*M. G.-R.*)

LECHNER, H.: «Die Rechtsprechung des BGH zum neuen Berufsrecht im Lichte der Intentionen des Gesetzgebers», *NJW*, 50/2004, pp. 3593-3599.

La contribución pretende, ante todo, aclarar si los perfiles que el Tribunal Federal Supremo ha otorgado hasta ahora al nuevo derecho de apelación se corresponden con las previsiones del legislador al modificarlo. (*B. T. G.*)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Secondo Quadrimestre 2003», *RDC*, 2004, núm. 1, parte seconda, pp. 135-151.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (*M. R. D. R.*)

— «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Terzo Quadrimestre 2003», *RDC*, 2004, núm. 3, parte seconda, pp. 451-466.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (*M. R. D. R.*)

PELLETIER, Ph: «Après 50 ans de codification, quel avenir pour le code de la construction et de l'habitation?», *RDImm*, 2004, nov.-dec., pp. 515-516.

Retrospectiva sobre el Código de la construcción y de la vivienda. (*R. A. R.*)

PERLINGIERI, P.: «Equità e ordinamento giuridico», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 4, pp. 1149-1154.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional, de 6 de julio de 2004, n. 206, en el que se resuelve una cuestión de constitucionalidad sobre el artículo 113.2 CC italiano, que regula el juicio de equidad realizado por un juez de paz. (*B. F. G.*)

SFORZA, M.R.: «“Quis custodiet custodes”? Le Sezioni unite non accettano il giudicato della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di occupazione acquisitiva», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 3, pp. 825-861.

Comentario de la sentencia de la *Corte di Cassazione, Sez. Un.*, de 6 de mayo de 2003, n. 6853, sobre «ocupación adquisitiva». Con esta expresión se hace referencia a aquellos casos en los que se construye una obra pública sobre un terreno de propiedad privada, sin haber existido un previo procedimiento de expropiación.

En la sentencia que se comenta, la Corte de casación se opone a lo expuesto por la Corte europea en el caso *Belvedere alberghiere S.r.l. contra Italia*, en la que el tribunal europeo mostró sus dudas acerca de las garantías que se ofrece a un particular en Italia en este tipo de supuestos. (*B. F. G.*)

STAMPRE, E.: «Procedimento di individuazione del diritto mediante confronto d'interessi [trad. It. A cura di Rocco Favale]», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 2, pp. 597-603.

Investigación relativa a los métodos que deben seguirse para construir un Derecho que tenga en cuenta factores de carácter social. (*B. F. G.*)

STRUYCKEN, A. V. M.: «Das Internationale Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft im Verhältnis zu Drittstaaten und zur Haager Konferenz», *ZEuP*, 2004, núm. 2, pp. 276-295.

El autor plantea la necesidad de un Derecho internacional privado común a todos los Estados de la Unión Europea, y los problemas que ello plantearía en relación con la Conferencia de la Haya. (*M. G.-R.*)

VV. AA.: «La profession d'avocat après la loi du 11 février 2004», *GP*, 2004, núms. 189-190.

Análisis de la nueva ley sobre la abogacía en Francia. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «La Chine et le droit en 2004: vers une légalité renforcée», *GP*, 2004, núms. 196-199.

Número especial sobre la evolución jurídica de China hasta el momento actual. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Droit des technologies avancées», *GP*, 2004, núms. 200-202.

Número especial sobre la influencia de las nuevas tecnologías informáticas en el Derecho. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Droit des technologies avancées», *GP*, 2004, núms. 284-286.

Número especial sobre la influencia de las tecnologías en el Derecho. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Droit des technologies avancées», *GP*, 2005, núms. 23-25.

Número especial donde se debate la influencia de las nuevas tecnologías en el mundo jurídico. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «La publicité», *GP*, 2004 núms. 326-328.

Número especial sobre la publicidad y su incidencia en diversas ramas del derecho. (*I. S. P.*)

WEBER, J.-F.: «Après cinquante ans de codification, quel avenir pour le code de la construction et de l'habitation?», *RDImm*, 2004, nov.-dec., pp. 479-481.

Reflexiones sobre los cincuenta años del Código de la construcción y de la vivienda. (*I. S. P.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BOY, L.: «Le droit de la concurrence: régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence», *SJ*, 2004, núm. 41, I-166.

El Derecho de la regulación de marcas y el Derecho de la competencia. Los controles de restricción de la competencia. (*R. A. R.*)

CIAN, G.: «Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni», *RDC*, 2004, núm. 6, parte prima, pp. 849-863.

Reflexión sobre la necesidad de una nueva sistematización de los contratos en función de los sujetos y la materia: civiles, mercantiles, de empresas, con consumidores, etc. (*M. R. D. R.*)

KÖHLER, H.: «Das neue UWG», *NJW*, 30/2004, pp. 2121-2127.

La presente contribución examina el contenido esencial de la nueva Ley contra la competencia desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) y las diferencias respecto del derecho anterior; al tiempo que da una visión de las reglas comunitarias proyectadas en la materia. (*B. T. G.*)

MEFFRE, J.-M./GUEST, C.: «Modernisation du droit communautaire de la concurrence», *RDS*, 2005, núm. 5, c. aff., pp. 361-369.

Acuerdos interempresariales controlados por la CEE quedan fuera de la valoración a priori de esta, tras la entrada en vigor del Reglamento comunitario 1/2003 de 1 de mayo de 2004. El competente en caso de litigio es el juez nacional. (*R. A. R.*)

MONDINO, J.: «Les normes comptables et la rédaction d'actes juridiques», *GP*, 2004, núms. 170-171, pp. 2-3.

Estudio sobre la opinión de la CNC, de 25 de marzo de 2004, sobre fusiones y operaciones asimiladas. (*R. A. R.*)

MONTERAN, Th.: «Projet de loi de sauvegarde des entreprises: le point de vue du praticien», *GP*, 2005, núms. 56-57, pp. 2-15.

Análisis sobre nuevas medidas para empresas en dificultad a través del Proyecto de ley presentado el 12 de mayo de 2004 a la Asamblea Nacional. Extensión de procedimientos colectivos a profesionales liberales, dificultades y conciliación. (*I. S. P.*)

OHLY, A.: «Die Europäisierung des Designrechts», *ZEuP*, 2004, núm. 2, pp. 296-318.

Hasta ahora la propiedad industrial ha sido objeto de escasa atención por el legislador comunitario. El autor se centra en los pasos que se van dando para conseguir una unificación del Derecho de diseño. (*M. G.-R.*)

OPPO, G.: «I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale», *RDC*, 2004, núm. 6, parte prima, pp. 841-848.

Análisis del régimen jurídico de la empresa en el Código civil y en la legislación especial mercantil: actividad, tutela, intereses tutelados, etcétera (*M. R. D. R.*)

RINCAZAUX, Ph./DIENY, E.: «Actualité du droit communautaire de la concurrence», *GP*, 2004, núms. 212-213, pp. 2-15; núms. 214-215, pp. 2-11, y núms. 217-218, pp. 2-14.

Evolución del Derecho de la competencia en la comunidad europea durante el año 2003. (*I. S. P.*)

SANTARONI, M.: «L'amministrazione straordinaria della impresa grandissima», *NLCC*, 2004, núm. 4, pp. 769-784.

Análisis del *d.-l. 23 dicembre 2003, n. 347, conv. in l. 18 febbraio 2004, n. 39*: finalidad y objetivo de la ley, ámbito de aplicación y referencia a diferentes aspectos del procedimiento de sometimiento a administración extraordinaria en las situaciones de crisis de las grandes empresas. (*M. R. D. R.*)

VIDIRI, G.: «Art. 2598 c.c. e soggetti (attivi e passivi) degli atti di concorrenza sleale - nota a Cass. 8 settembre 2003, n. 13071», *GC*, 2004, núm. 5, pp. 1333-1338. (*M. R. D. R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

BARTOLACELLI, A.: «Profili del recesso ad nutum nelle società per azioni», *CI*, 2004, núm. 3, pp. 1125-1167.

¿Admisión del desistimiento *ad nutum* del socio en las sociedades con fecha de duración determinada? (*Alma R. G.*)

BLANDINI, A.: «Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni», *RDC*, 2004, núm. 3, parte seconda, pp. 405-428.

Reflexiones sobre el régimen de la sociedad por acciones: intereses de los socios y conflicto de intereses respecto al cargo de administrador. (*M. R. D. R.*)

BRESCIA, S.: «Il deposito per via telematica dei bilanci societari», *NLCC*, 2004, núm. 4, pp. 763-767.

Breve crítica al artículo 2.54, de la *l. 24 dicembre 2003, n. 350*, sobre formación del balance anual y plurianual de las sociedades. (*M. R. D. R.*)

CAMELI, S.: «Liquidazione convenzionale di società personali e divisione della cosa comune - nota a Cass. 29 maggio 2003 n. 8599», *GC*, 2004, núm. 5, pp. 1345-1351. (*M. R. D. R.*)

CARANO, C.: «Responsabilità per direzione e coordinamento di società», *RDC*, 2004, núm. 3, parte seconda, pp. 429-438.

Notas sobre la responsabilidad en la dirección y coordinación de la sociedad de capital: naturaleza jurídica, intereses tutelados y perjuicios, sujeto pasivo afectado. (*M. R. D. R.*)

CAUSSAIN, J.-J./DEBOISSY, F./WICKER, G.: «Droit des sociétés», *SJ*, 2005, núms. 8-9, I-117.

Jurisprudencia más actual en materia de sociedades en Francia. (*I. S. P.*)

CECCHERINI, A.: «La società cooperativa europea», *NLCC*, 2003, núm. 6, pp. 1295-1301.

Comentario del Reglamento CE núm. 1435/03 del Consejo, sobre la sociedad cooperativa en el ordenamiento comunitario: objeto social, noción de mutualidad, determinación y requisitos de los socios, el capital, los estatutos y los métodos de vigilancia y control. (*M. R. D. R.*)

D'ANGELO, A.: «Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede», *CI*, 2004, núm. 2, pp. 769-779.

Operatividad en el nuevo Derecho de sociedades del principio de la buena fe ante el silencio de la reforma de esta rama del ordenamiento. (*Alma R. G.*)

DE LUCA, N.: «Partecipazione azionaria e tipicità delle società di capitali», *RDC*, 2004, núm. 6, parte seconda, pp. 867-909.

Extenso estudio de la sociedad de capital, en torno a la participación por acciones y régimen de responsabilidad, a propósito de la reforma del Dere-

cho societario, introducida por la *l. 3 ottobre 2001, n. 366*, y el *d. legisl. 17 gennaio 2003, n. 6*. (M. R. D. R.)

FACCHIN, N.: «Il controllo nella società per azioni: concorrenza tra modelli», *CI*, 2004, núm. 1, pp. 357-390.

Ante los recientes episodios en Italia de una mala administración societaria, con consiguientes fraudes a la población, este artículo estudia el problema del control existente sobre la administración en las sociedades colectivas: análisis y propuesta de varios modelos al respecto. (*Alma R. G.*)

FLEISCHER, H.: «Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts», *AcP*, 2004, núms. 3-4, pp. 502-543.

El autor trata la influencia del Derecho europeo de sociedades sobre la dogmática del Derecho alemán, sin entrar en la discusión de si esto es positivo o negativo. El artículo se centra en dos puntos: desde el punto de vista europeo, en qué medida las normas comunitarias contribuyen a una europeización del Derecho de sociedades. Desde el punto de vista nacional alemán, si es recomendable incorporar el modelo de la sociedad europea; por ejemplo, la libertad de elección entre la creación de un *board* o un consejo de control (*Aufsichtsrat*). (*M. G.-R.*)

FUSARO, A.: «Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul “terzo settore”», *CI*, 2004, núm. 1, pp. 294-313.

Reflejos civiles directos e indirectos de la reforma del Derecho de sociedades en los entes colectivos que llevan a cabo iniciativas de interés social; por ejemplo, en los ámbitos asistencial o sanitario. (*Alma R. G.*)

GALGANO, F.: «Cessioni di partecipazioni sociali e superamento della alterità soggettiva fra socio e società», *CI*, 2004, núm. 2, pp. 537-544.

Artículo dedicado a la superación de la alteridad subjetiva entre socio y sociedad: los bienes sociales son bienes que pertenecen al socio, aunque en modo distinto a cómo le pertenecen sus bienes personales. (*Alma R. G.*)

IBBA, C.: «Riforma delle società: problemi di diritto transitorio», *RDC*, 2004, núm. 3, parte seconda, pp. 395-404.

Comentario al nuevo texto del artículo 223 bis., en relación con la reforma del Derecho societario. (*M. R. D. R.*)

KESSLER, G.: «Société créée de fait: les leçons du droit comparé», *RDS*, 2005, núm. 1, c. aff., pp. 86-91.

Tipo de sociedad conocida por todos los estados extranjeros. Distinción entre sociedad de hecho y sociedad de participación. Criterios de existencia de sociedad de hecho. Cualificación internacional. (*R. A. R.*)

MAURY, F.: «La consécration pratique des sociétés holdings dans le domaine juridique et judiciaire», *RDS*, 2005, núm. 9, c. aff., pp. 645-652.

Estudio a propósito de los decretos número 2044-852, de 23 de agosto de 2004, sobre los SPFPL de abogados, comisarios y notarios, entre otros. Sociedades de participación financiera de profesiones liberales. (*R. A. R.*)

MAZZAMUTO, S.: «I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa», *CI*, 2004, núm. 3, pp. 1086-1103.

Artículo sobre los pactos parasociales: relación entre lo social y lo parasocial, la duración de tales pactos, pactos parasociales y desistimiento del socio. (*Alma R. G.*)

MONTALENTI, P.: «Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario», *RDC*, 2004, núm. 2, parte seconda, pp. 243-255.

Reflexión sobre la reforma de la administración de la sociedad por acciones: problemas generales y conflictos de intereses. (*M. R. D. R.*)

OLIVIERI, G.: «Capitale e patrimonio nella riforma delle società», *RDC*, 2004, núm. 2, parte seconda, pp. 257-275.

La reforma del Derecho societario: autonomía de la voluntad, función de garantía de la sociedad de responsabilidad limitada. (*M. R. D. R.*)

OPPO, G.: «In tema di libertà e responsabilità nelle società di capitali riformate», *RDC*, 2004, núm. 6, parte seconda, pp. 861-865.

De nuevo sobre la sociedad de capital: libertad y responsabilidad del socio, del administrador y otros órganos sociales. Medios de control. (*M. R. D. R.*)

— «Patto sociale, patti collaterali e qualità di socio nella società per azioni riformata», *RDC*, 2004, núm. 1, parte seconda, pp. 57-67.

Análisis de la reforma del Derecho de sociedades introducida por el *d. legisl. n 6 del 2003*, sobre formas y títulos de participación en la sociedad por acciones. (*M. R. D. R.*)

RICCI, A.: «Sulla figura del liquidatore sociale (ed in particolare, sulla natura del credito del suo compenso)», *CI*, 2004, núm. 2, pp. 671-698.

La figura del liquidador social en el nuevo Derecho de sociedades italiano. (*Alma R. G.*)

RICCIO, A.: «La società di capitali può, dunque, essere socia e amministratore di una società di persone», *CI*, 2004, núm. 1, pp. 314-322.

Artículo dedicado a la novedad introducida por el artículo 2361, párrafo 2.º, CC italiano en el que se admite que una sociedad personalista esté formada por sociedades de capital. (*Alma R. G.*)

RICHTER, M. S.: «Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata», *GC*, 2004, núm. 1, pp. 11-20.

Breve análisis de la figura de la sociedad de responsabilidad limitada en Italia, y de las consecuencias de la reforma sobre el régimen transitorio de la sociedad en garantía limitada: posibles lagunas en su régimen jurídico, hipótesis de soluciones. (*M. R. D. R.*)

SBISÁ, G.: «La disciplina dei patti parasociali nella riforma del diritto societario», *NGCC*, 2004, núm. 4, pp. 481-497.

Los pactos parasociales en la nueva disciplina de las sociedades de acciones. (*Alma R. G.*)

SCIUTO, M.: «L'interpretazione dell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata», *RDC*, 2004, núm. 2, parte seconda, pp. 277-302.

Notas sobre la reforma del Derecho societario, y en especial sobre el acto constitutivo y el texto estatutario de la sociedad de responsabilidad limitada. (*M. R. D. R.*)

UETTWILLER, J.-J.: «L'absorption d'une SA par une SAS est-elle une transformation?», *GP*, 2005, núms. 19-20, pp. 12-14.

Debate en torno a la posibilidad de que una sociedad por acciones simplificadas puede absorber a una sociedad anónima tras la Ley 94, de 3 de enero de 1994, así como sus consecuencias en torno a la transformación o no de la primera. (*I. S. P.*)

VV.AA.: «Sette voci sulla trasmissione della ricchezza familiare», *CI*, 2004, núm. 1, pp. 227-293.

Varios artículos sobre los instrumentos existentes en el nuevo Derecho de sociedades italiano para la transmisión de la riqueza familiar: la legítima función protectora de los trust internos, el trust como instrumento de gestión de la hacienda familiar en el tránsito generacional, las nuevas perspectivas en materia de fundaciones, los pactos parasociales... (*Alma R. G.*)

VIDIRI, G.: «Art. 2598 c.c. e soggetti (attivi e passivi) degli atti di concorrenza sleale— nota a Cass. 8 settembre 2003, n. 13071», *GC*, 2004, núm. 5, pp. 1333-1338. (*M. R. D. R.*)

ZANELLI, P.: «Il diritto societario fra controlli e autonomia: un gigante dai piedi d'argilla», *CI*, 2004, núm. 2, pp. 780-795.

Artículo que aborda dos clases de problemas: el primero relativo a la necesidad de control preventivo en el ámbito de las sociedades (el control notarial *versus* la autonomía societaria). El segundo sobre la interpretación que tanto notarios como la doctrina hacen acerca de la amplitud del nuevo control notarial sobre los actos societarios. (*Alma R. G.*)

ZOPPINI, A.: «Il nuovo diritto delle società cooperative: un'analisi economica», *RDC*, 2004, núm. 3, parte seconda, pp. 439-450.

Análisis económico de la reforma del Derecho societario respecto de la sociedad cooperativa: función y utilidad. (*M. R. D. R.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

SPINDLER, G.: «Kapitalmarktreform in Permanenz – Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz», *NJW*, 48/2004, pp. 3449-3455.

La legislación sobre el mercado de capitales ha experimentado en los últimos años profundas reformas. El artículo se ocupa de las novedades introducidas por la Ley de mejora de la protección del inversor de 28 de octubre de 2004. (*B. T. G.*)

VV.AA.: «Droit bancaire», *GP*, 2004, núms. 179-181, 182-183.

Números especiales sobre el secreto bancario y su incidencia en el proceso judicial. (R. A. R.)

CONTRATOS MERCANTILES

CREA, C.: «Concessione di vendita e dinamiche concorrenziali», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 3, pp. 862-884.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma, ord. de 27 de octubre de 2003, sobre contrato de concesión mercantil. El litigio tiene su origen en el desistimiento del contrato, por parte del concedente, que la empresa concesionaria considera abusivo e ilegítimo a la luz del artículo 9 de la Ley 192/1998. (B. F. G.)

FARINA, V.: «Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria», *CI*, 2004, núm. 2, pp. 842-869.

Nuevas formas y contenido de los contratos bancarios. Las comunicaciones a la clientela: la información precontractual y contractual. (Alma R. G.)

MÜLLER, J.: «Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf», *NJW*, 31/2004, pp. 2196-2199.

Influencia de la diligencia debida en el derecho de garantía del comprador en la compraventa de una empresa.

Ante la compra de una empresa, el comprador, como regla general, procede a un examen completo del objeto comprado. Es una manifestación de la «diligencia debida» que tiene su raíz en el ámbito del Derecho angloamericano, exactamente en la antigua regla «caveat emptor» (deber de cuidado del comprador). En consecuencia, es cosa del comprador supervisar el objeto comprado a fin de detectar sus posibles defectos. Ello no significa que el riesgo de cualquier defecto corra a cargo del comprador, ni le otorga al vendedor garantía alguna que le libere de su responsabilidad por defectos. El Derecho alemán de garantías es, en principio, extraño a este estado de cosas. Pero cabe preguntar si la diligencia debida es hasta tal punto extensa que conduce en este sistema a una renuncia de derechos por parte del comprador, o bien únicamente remite a un caso de cumplimiento no conforme. Además cabe preguntar si la omisión de la diligencia debida en el sentido mencionado podría significar una negligencia grave en el sentido del § 442.1 BGB. El autor parece opinar que no. (M. P. G. R.)

SABBATELLI, I.: «Informazioni e rischio assicurato», *NGCC*, 2004, núm. 4, pp. 404-408.

Consecuencias jurídicas que posee la reticencia del asegurado en el contrato de seguro en relación con la información precontractual que aporta. (Alma R. G.)

SCHMIDT-BENDUN, R./STAUDINGER, A.: «Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste», *NJW*, 27/2004, pp. 1897-1901.

Nuevas normas sobre compensación y asistencia a los pasajeros.

El artículo trata de aclarar el ámbito de aplicación del nuevo reglamento comunitario que, en caso de denegación de embarque, anulación o retraso importante de un vuelo, establece un derecho de los viajeros frente a las empresas aéreas, incluyendo también algunos comentarios críticos. (M. P. G. R.)

DERECHO CAMBIARIO

PUCCIARELLI, F.: «Irregolare pagamento di assegno bancario e forme di responsabilità della banca trattaria e negoziatrice— nota a Cass., sez. I, 21 marzo 2003 n. 4143», *GC*, 2004, núms. 7-8, pp. 1802-1804. (M. R. D. R.)

DERECHO CONCURSAL

CABRILLAC, M./PETEL, Ph.: «Redressement et liquidation judiciaires des entreprises», *SJ*, 2004, núm. 42, I-169.

Repertorio de sentencias más recientes sobre quiebra y liquidación judicial de empresas en Francia. (R. A. R.)

CUNHA, V.: «Le fondement discuté des dépens et des frais dans les procédures collectives (analyse critique d'une jurisprudence indécise)», *GP*, 2004, núms. 177-178, pp. 8-11. (I. S. P.)

LE CORRE-BROLY, E.: «La vente par le liquidateur du véhicule dont les documents d'immatriculation sont retenus», *GP*, 2004, núms. 270-272, pp. 5-9.

Estudio a propósito de la sentencia de Casación comercial de 8 de julio de 2003. (I. S. P.)

LE CORRE, P.-M.: «Procédures collectives: nouvel aperçu sur la durée des fonctions du commissaire à l'exécution du plan de cession», *GP*, 2004, núms. 364-365, pp. 2-4.

Aspectos de la función del comisario, como la fijación de la duración máxima de la misión de ejecución del plan; la ausencia de la fijación de este plazo o su prórroga. (R. A. R.)

LIENHARD, A.: «Sauvegarde des entreprises: fin du premier round parlementaire», *RDS*, núm. 11, c. aff., pp. 775-778.

Estudio sobre la reforma de los procedimientos sobre insolvencia empresarial aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 9 de marzo de 2005. Procedimiento de conciliación, salvaguarda y planes de cesión. (R. A. R.)

TEBOUL, G.: «Procédures collectives et sanctions pécuniaires: peut-on transiger sur une action en comblement de passif?», *GP*, 2004, núms. 249-251, pp. 9-12. (I. S. P.)

— «Procédures collectives et sanctions pécuniaires: peut-on transiger sur une action en comblement de passif?», *GP*, 2004, núms. 249-251, pp. 9-13.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación mercantil de 5 de noviembre de 2003, que impide la transacción en caso de condena al pago de deudas sociales, según el artículo 624-3 del Código de comercio. Ventajas de la transacción y el problema del orden público. (*I. S. P.*)

VALLENS, J.-L.: «L'affaire Youkos ou l'instrumentalisation du droit de la faillite», *RDS*, núm. 11, c. aff., pp. 778-781.

Análisis de la sentencia del Tribunal americano de quiebras de Houston rechazando una demanda voluntaria de bancarrota presentada por la empresa energética rusa Yukos. (*I. S. P.*)

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 SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Eva CANO VILÀ, María del Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sonia María JORDÁN ALMEIDAN, Andrea MACÍA MORILLO, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Alfons SURROCA COSTA, Montserrat VERGÈS VALLLOVERA.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*. III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. La ejecución de laudo arbitral dictado en Suiza ha de solicitarse mediante «exequator» ante el Tribunal Supremo.—A los efectos del recurso, y como expone el recurrente, hay que tener en cuenta que se han dictado dos resoluciones:

La primera, el laudo arbitral dictado en Ginebra el 28 de febrero de 1997 por un Tribunal designado por la Corte de Arbitraje en la Cámara Internacional de Comercio, por el que se condena a la recurrente a pagar a *Bisba Comercial Inc.* una determinada cantidad de dinero.

La segunda, dictada con fecha 16 de octubre de 1997, por la Sala de lo Civil del Tribunal federal de Suiza, por la que se desestimaron los dos recursos de anulación interpuestos por las partes contra el laudo arbitral en cuestión [...].

La ejecución de las sentencias o fallos definitivos en materia civil o comercial dictados en España o en Suiza por Tribunales ordinarios ya no está regulada por el Tratado entre España y Suiza, a raíz de la derogación expresa al efecto contenida en el artículo 55, párrafo 2.º, del Convenio de Lugano, el cual establece lo siguiente: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 54, párrafo 2.º, y en el artículo 56, el presente Convenio sustituirá entre los Estados que son parte del mismo a los Convenios celebrados entre dos o más Estados, a saber: el Tratado entre la Confederación Suiza y España sobre ejecución recíproca de las sentencias definitivas o firmes en materia civil y mercantil, firmado en Madrid el 16 de diciembre de 1896».

Por el contrario, en lo que se refiere a la ejecución de laudos arbitrales no procede esta disposición, por cuanto que el Convenio de Nueva York nada dice en este sentido.

Lo expuesto determina como adecuada la interpretación de la recurrente, en el sentido de que la ejecución del laudo arbitral aquí analizado podría haber seguido los cauces del Convenio de Nueva York o bien del tratado entre España y Suiza, pero en ningún caso los del Convenio de Lugano.

Es decir, el procedimiento de ejecución de la sentencia del Tribunal Federal Suizo vendría regulado por el Convenio de Lugano, pero el artículo 1.º de este Convenio establece lo siguiente: «El presente Convenio se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional... Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Convenio el arbitraje».

Es evidente que el interés real contenido en la pretensión deducida era la ejecución del laudo arbitral. Sin embargo, se ha solicitado la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal federal Suizo al amparo del Convenio de Lugano. Todo ello supone que a través de un procedimiento inadecuado se ha confirmado y aprobado por parte de la Audiencia Provincial de Madrid la ejecución de un laudo.

Lo expuesto implica la infracción del precepto citado del Convenio de Lugano y la infracción de los artículos siguientes del Convenio de Nueva York:

Artículo I. 1. La presente convención se aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias y que tenga su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

Artículo III. Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada...

El artículo I del Convenio de Nueva York ha sido infringido por cuanto que se ha procedido a la ejecución prescindiendo del procedimiento prevenido en el referido texto normativo, para el supuesto de que a mayor abundamiento éste se estimase aplicable al caso.

El artículo III ha sido también conculcado toda vez que, con base en la remisión de dicho precepto a «las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada», el procedimiento de ejecución debió haberse seguido de conformidad con los artículos 951 y ss. LEC; en particular, la solicitud de «exequatur» debió haberse formulado ante el Tribunal Supremo (art. 955 LEC) y la declaración por parte del Tribunal de dar cumplimiento o no a la ejecutoria debió haberse realizado después de oír, por término de nueve días, a la parte contra la que se dirigía, esto es la recurrente y al Fiscal (art. 956 LEC).

Los artículos I y III del Tratado entre España y Suiza también han sido infringidos, para la hipótesis descartada de que dicho texto fuera de aplicación preferente frente al Convenio de Nueva York. Su artículo I dispone que las sentencias o fallos definitivos en materias civil o comercial dictados en uno de los dos Estados contratantes, ya por Tribunales ordinarios, ya por árbitros o Tribunales comerciales... legalmente constituidos, serán ejecutorios en otro Estado bajo las condiciones siguientes... Éstas son las del artículo III que dispone que la autoridad competente determinará sobre la demanda de cumplimiento en la forma prevista por la Ley, después de oído el Ministerio Fiscal, si la ley lo prescribe. La misma concederá a la parte contra la cual se pide el cumplimiento el plazo legal o de costumbre para defender sus derechos, y señalará a las dos partes el día en que haya de resolverse sobre la demanda.

Nada de lo expuesto se ha tenido en cuenta cuando el Juzgado de Primera Instancia ordenó que se notificase el auto en cuestión en el mismo acto de requerimiento de pago o, en su caso, en el caso de embargo, lo que fue advertido por la propia resolución hoy impugnada de la Audiencia Provincial, y sin que se pueda dejar de advertir la contradicción en que esta resolución incurre al revocar la resolución de instancia en los fundamentos que se refieren a la aplicación del Convenio de Lugano y a ordenar su sustitución por el procedimiento prevenido en el Tratado entre España y Suiza.

Por todo lo expuesto el motivo tiene que ser acogido con la asunción por la Sala de la instancia para la desestimación de la pretensión deducida. (STS de 9 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Al amparo del Convenio de Lugano de ejecución de sentencias, la entidad panameña *Bisba Comercial Inc.* formuló solicitud de ejecución de resolución extranjera contra *Unión Naval de Levante*. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, se dictó auto por el que se acordaba la ejecución de la sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Federal de Suiza, lo que implicaba requerir a *Unión Naval de Levante* el pago de una importante cantidad y, en caso de impago, el embargo de bienes suficientes. En apelación promovida por *Unión Naval de Levante* el auto fue confirmado. La entidad española recurre posteriormente en casación denunciando la inadecuación del procedimiento de «exequatur». El Tribunal Supremo declara haber lugar. (R. G. S.)

2. Doctrina de los actos propios: pagar y cobrar la renta de un arrendamiento un largo período de tiempo.—Esta Sala tiene señalado en relación con los «actos propios», como destacó la S de 22 de enero de 1997 y repitieron las de 7 de mayo de 2001 y 15 de marzo de 2002, que las SS de 15

de febrero de 1988, 9 de octubre de 1981, 25 de enero de 1983 y 16 de junio de 1984, se pueden considerar esenciales en el tema de los actos propios, que se definen como expresión inequívoca del consentimiento que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y además causan estado frente a terceros. Asimismo, una pletórica jurisprudencia, constituida, entre otras muchas, por las SS de 5 de octubre de 1987; 16 de febrero y 10 de octubre de 1988; 10 de mayo y 15 de junio de 1989; 18 de enero de 1990; 5 de marzo de 1991; 4 de junio y 30 de diciembre de 1992; 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, mantiene que el principio general de Derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de la buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin duda alguna, una determinada situación jurídica afectante a su autor y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior. En este sentido, las SS de 17 de diciembre de 1994, 31 de enero, 30 de mayo y 30 de octubre de 1995, 21 de noviembre de 1996, 29 y 30 de abril, 12 de mayo, 15 de julio, 30 de septiembre y 30 de noviembre de 1998, 4 de enero, 13 de julio, 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999, 23 de mayo, 25 de julio y 25 de octubre de 2000, y 27 de febrero y 5 y 6 de abril de 2001.

Tan sólo quiebra tal doctrina de los actos propios cuando se utiliza para validar actos jurídicamente nulos o ineficaces –SS de 23 de enero y 23 de mayo de 1903 y las en ellas citadas– lo que aquí no acontece, pues se trata de dilucidar si existe o no simulación, lo cual ni está acreditado y tan sólo pretendido por la entidad recurrida para impedir los efectos del contrato.

A la vista de lo expuesto, ha de estimarse la vulneración de la doctrina de los actos propios por parte de la sentencia recurrida. No sólo existe la constante ocupación de los locales por la actora, única desde la escisión política a que se ha hecho mención, en base a un contrato firmado por todos los socios y ratificado después en una Junta de los mismos, al refrendar lo acordado por todos, sino, sobre todo, el constante abono de las rentas por un largo período, que sólo se rectifica de adverso en las proximidades de presentación de la demanda e incluso tienen lugar bajo la causa penal, luego sobreseída y confirmado por la Audiencia tal sobreseimiento.

La sentencia recurrida no tiene en cuenta la repetición de actos inequívocos de percepción de la renta, que pretenden ser ignorados.

Para interpretar un contrato hay que acudir a todos los actos posteriores de los contratantes sin que quepa limitarse a los verificados durante un período posterior arbitrariamente señalado.—Si surgen dudas sobre la intención de los contratantes, como en este caso, para estimar la simulación contractual hay que acudir a los actos coetáneos, anteriores y posteriores –SS de 4 de octubre de 1993 y 9 de julio de 1994– pero no puede limitarse a un período «post contractum», como hace la recurrida, sino a todos los actos posteriores. (STS de 28 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Doña L. A. demanda a la sociedad mercantil *Eretza-Zaramillo, S. A.* postulando la declaración de la validez del contrato celebrado entre ambas partes. En él, los socios de la entidad,

aún no inscrita, arrendaron a la actora determinados locales por un plazo de cuarenta años y renta de doce mil pesetas mensuales, confiriéndole también un derecho de opción de compra a ejercitar durante los primeros veinte años del arriendo por el precio de seis millones de pesetas. Se solicitaba asimismo –junto a otras peticiones aquí irrelevantes– que se tuviera por ejercitada la opción y se estimara perfeccionado tal contrato. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Aduciendo la simulación del arrendamiento, apela *Eretza-Zaramillo, S. A.* y la Audiencia estima el recurso absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Ha lugar al recurso de casación que interpone Doña L. A. (R. G. S.)

3. Aplicación de la doctrina de los propios actos a la consignación de cargas en escritura pública.—Conforme a una reiterada jurisprudencia (sirvan de ejemplo, desde la STS de 21 de marzo de 1911, hasta las SSTS de 16 de abril de 2001, 14 de febrero y 22 de octubre de 2002 y 20 de febrero de 2003), la expresión en los documentos públicos de las cargas reales a que vienen afectos los bienes inmuebles objeto de transmisión no implica ni el reconocimiento de su existencia por parte del adquirente de los inmuebles gravados ni la conclusión de que no hará valer sus derechos al respecto, pues son circunstancias que están obligados a consignar los Notarios. Por tanto, no se incumple el principio de que nadie puede ir contra los propios actos cuando, siendo clara la intención del comprador de mantener libre de trabas la vivienda (que en ese concepto resulta adquirida), interpone tercería de dominio frente al embargo trabado como consecuencia del gravamen consignado en la escritura pública de compraventa.

Doctrina de los propios actos. Contenido.—Según el Tribunal Supremo, este principio general de derecho significa que nadie puede hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta.

Indicación de la cuantía del pleito.—Afirma el Tribunal Supremo que la indicación de la cuantía del pleito, al objeto de establecer el procedimiento que ha de seguirse, solamente tiene efectos si la indicada es determinante del procedimiento a seguir. Sin embargo, cuando sea necesario fijar la cuantía real del objeto de procedimiento para otros efectos, como por ejemplo el acceso al recurso de casación, el Tribunal ha de atenerse al valor real del mismo. (STS de 29 de septiembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Mediante contrato privado de compraventa, don P. S. F. adquirió de *Patrimonios Valencianos, S. A.* una finca, de la que tomó posesión. Meses después, se trabó embargo sobre la finca enajenada, como resultado de un procedimiento promovido por el *Banco del Comercio, S. A.* contra la sociedad ya mencionada. Con posterioridad a esta fecha, se otorgó la escritura pública de la compraventa anteriormente celebrada, en cuyo apartado de cargas se hacía constar la existencia de una anotación preventiva de embargo a favor del banco indicado, así como el compromiso de la parte vendedora de obtener a la mayor brevedad posible los correspondientes mandamientos de cancelación de embargos.

Don P. S. F. interpuso tercería de dominio, solicitando, entre otros pedimentos, el levantamiento del embargo trabado sobre la

finca. La demanda fue estimada en primera instancia, contra lo que interpuso recurso de apelación el *Banco de Comercio, S. A.* La Audiencia Provincial estimó el recurso, entendiendo que don P. S. F. carecía de legitimación activa para interponer la tercera de dominio, en virtud de la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos. Recurrida esta sentencia en casación por el tercerista, el Tribunal Supremo estimó el recurso. (A. M. M.)

4. Negocio fiduciario.—El negocio fiduciario produce un desdoblamiento de titularidad: transmite sólo formalmente la propiedad al acreedor, pero existe una transmisión real respecto a los terceros de *buena fe*. En el presente caso, no se considera probado que la Agencia Tributaria (tercero) conociese el pacto fiduciario.

Prescripción adquisitiva.—En el negocio fiduciario, carece de sentido hablar de prescripción adquisitiva del fiduciante, pues éste es el verdadero propietario, no necesita el mecanismo de la prescripción para volver a adquirir la titularidad que enajenó, basta con que exija al fiduciario la retransmisión de aquélla. La prescripción defiende al propietario contra la actividad dominical de un tercero o del propio fiduciario que se arrojan la propiedad, hechos que no han sucedido en este caso. (STS de 17 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. T. R. D. y su esposo vendieron en escritura pública a F. S. P. un inmueble, con el objetivo de garantizar la devolución de un préstamo que éste les hizo (negocio fiduciario). En el mismo pacto se estipulaba que los cónyuges continuarían ocupando la vivienda, pudiendo disponer de ella de la forma que estimasen oportuna. Una vez cancelada la deuda, F. S. P. firmó un documento privado en que así lo reconocía, comprometiéndose al otorgamiento de escritura pública cuando fuese requerido para ello. La Agencia Tributaria siguió expediente ejecutivo contra F. S. P., en el cual fue embargado el bien litigioso. M. T. R. D. y S. M. R. —hijo del matrimonio— interpusieron demanda en la que aducían que ellos eran los verdaderos propietarios del inmueble tal y como quedaba acreditado por el documento privado otorgado por F. S. P. Asimismo, aducían la prescripción adquisitiva, pues habían estado poseyendo el inmueble con carácter de dueños, de buena fe y con justo título por más de diez años. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y declaró que el documento privado no podía producir efectos contra terceros (Agencia Tributaria), sino sólo *inter partes*. Tampoco acogió la demanda de prescripción adquisitiva porque no se daba el requisito del justo título, ni la extraordinaria, porque no había transcurrido el tiempo legal. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia y calificó el negocio de *fiducia cum creditore*, y entendió que el pacto fiduciario no podía ser opuesto a tercero que lo desconociese. Se promueve recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que es desestimado. (E. C. V.)

5. Negocio fiduciario. Definición.—La jurisprudencia lo ha definido como «aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos indepen-

dientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado».

En el negocio fiduciario, el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto de fiducia; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego de la apariencia jurídica, y ha de devolverlo al fiduciante, una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia.

Pacto fiduciario e inscripción registral.—La existencia del pacto fiduciario no se desvirtúa por la inscripción registral a nombre del fiduciario que, a tenor del artículo 38 LH, sólo tiene el valor de presunción *iuris tantum* y, por tanto, se neutraliza por prueba en contrario. A este propósito, no es necesario pedir la anulación de los asientos contrarios a lo pretendido.

Acción ejercitada.—Los herederos del fiduciante no están ejercitando una acción para exigir la entrega del bien, sino una acción declarativa del dominio a favor de los herederos del fallecido titular.

Caducidad de la acción.—Si se considerara que ha prescrito la facultad del fiduciante de exigir la restitución del bien, se llegaría a la infundada conclusión de que la cosa entraría sin otro título en el dominio del fiduciario, pues no ha adquirido el dominio ni el fiduciario, ni un tercero por alguno de los títulos a que se refiere el artículo 609 CC. (STS de 31 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El padre de los actores y hermano de la demandada compró mediante documento privado una finca. Por cuestiones familiares, consintió en escriturar esta compra a favor de su cuñado, casado con su hermana. El mismo día se suscribe un documento privado, haciéndose constar que el verdadero comprador es el padre de los actores y que el cuñado reconoce como de su propiedad tanto el solar como la obra que se edifique. Por ello, se obliga a otorgar escritura de venta del referido solar cuando sea requerido por el señor P., a favor del mismo o de la persona que éste designe, y, caso de que éste fallezca, faculta al cuñado y a su hermana para que dicha transmisión la hagan a favor del hijo.

Posteriormente, las mismas partes se vuelven a reunir y declaran en documento privado que se ha edificado una casa, todo sufragado por el verdadero propietario.

Los hijos del fiduciante demandan a su tía, solicitando la declaración de la propiedad de la vivienda y de que la demandada ha figurado como propietaria aparente. (B. F. G.)

6. Prescripción extintiva. La interrupción de la prescripción y la solidaridad: diferentes efectos según la solidaridad sea propia o impropia.—El párrafo primero del artículo 1974 CC únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente.

En efecto, a la solidaridad impropia no son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974 CC en su párrafo primero. (STS de 14 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor sufrió un grave accidente laboral cuando trabajaba en una obra en construcción, por lo que demandó a los titulares de la empresa para los que trabajaba, a la promotora y al arquitecto superior. Recayó sentencia firme, por la que se condenó a todos menos al arquitecto a indemnizar al actor. Al no haber percibido cantidad alguna este último por insolvencia de aquéllos, procedió, casi un año después de la sentencia firme, contra el aparejador y las dos aseguradoras de este técnico, reclamándoles la misma indemnización que había fijado la sentencia. En primera y en segunda instancia no prospera su petición por apreciarse prescripción. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación.

NOTA.—A esta sentencia se formuló un voto particular en el que se establece, básicamente, lo siguiente: debe mantenerse la jurisprudencia que declara, como dice el artículo 1974 CC, que la interrupción de la prescripción frente a un deudor solidario alcanza a los demás, sin distinguir (como no distingue dicha norma) la solidaridad impropia, porque:

1.º Es ésta la doctrina jurisprudencial que se mantiene reiteradamente de antiguo y que es concorde con el texto del artículo 1974, párrafo primero, CC.

2.º No se produce la solidaridad por la sentencia, sino que ésta, venga del contrato, de la ley o de la doctrina jurisprudencial, nace con la obligación y la obligación (de reparar el daño) ha nacido cuando el daño se ha producido.

3.º La doctrina jurisprudencial siempre ha considerado con criterio restrictivo la aplicación de la prescripción, por ser una figura intrínsecamente injusta, que se mantiene en aras de la seguridad jurídica. Además, la jurisprudencia siempre ha sido proclive a la protección de la víctima, es decir, la parte más débil de la relación.

Por todo esto, debe estimarse el recurso de casación. (I. D.-L.)

7. Prescripción de acciones. Eficacia interruptiva del acto de conciliación.—Sería ilógico conceder superior eficacia a la reclamación extrajudicial que a la dimanante de un acto de conciliación, cuyo proceder se haya avalado por reiterada jurisprudencia. Por consiguiente, la papeleta de conciliación ha de ser tenida en cuenta a los efectos prescriptivos de los artículos 1968 y 1973 C.C. (STS de 19 de junio de 1990). Con independencia de la consideración de la conciliación como procedimiento dirigido a evitar el planteamiento de un posterior juicio, puede tener, también, el carácter de requerimiento judicial que, lo mismo que el notarial o cualquier reclamación extrajudicial, produce efectos interruptivos de la prescripción en curso; efectos interruptivos que surgen con la presentación de la papeleta, siempre que le siga la admisión de la pretensión conciliatoria, en cuanto con tal presentación y posterior admisión se exterioriza la voluntad de conservar un derecho

en vía de extinción, terminando de esta forma con lo que se ha llamado silencio de la relación jurídica (STS de 14 de mayo de 1987).

Prescripción de acciones. Inicio del cómputo del plazo cuando se han seguido actuaciones penales por los hechos de los que se hace derivar la responsabilidad exigida. Ausencia de notificación al perjudicado del archivo de las actuaciones.—Subsistiendo la llamada acción civil derivada del delito por no haberse renunciado a la misma por el perjudicado, y no habiéndose éste personado en el proceso penal, los órganos judiciales han de proceder a la notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales; pues en otro caso la ausencia de esta notificación es susceptible de afectar negativamente al derecho constitucional de la perjudicada de acceder al proceso en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la preparación del daño sufrido (STS de 25 de marzo de 1996). De manera que debe constar el conocimiento del archivo definitivo o sobreseimiento de las actuaciones penales, por medio de la notificación correspondiente a los interesados que no fueron «parte» en el proceso penal para que a partir de esa fecha se compute el plazo (STS de 21 de septiembre de 1998), de suerte que el cómputo no comienza el día del Auto de archivo, sino el día en que se notifica éste (STS de 11 de abril de 2002).

Responsabilidad civil extracontractual. Necesidad de que exista nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño. Nexo causal como elemento determinante de la imputación de responsabilidad. En el nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo. Queda así expresado que la causalidad, como en el caso debatido, es más bien un problema de imputación, esto es, que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto y omisión de que se hacen dimanar.

Responsabilidad civil extracontractual. Prueba del nexo causal. Siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse (STS de 30 de octubre de 2002). Así pues, al no resultar debidamente probado el cómo y el porqué se produjo el accidente en que perdió la vida el esposo de la actora recurrente, no puede establecerse de forma indubitada la existencia de un nexo causal entre la conducta negligente que se atribuye a los codemandados, la falta de medidas de seguridad en la quinta planta, y el resultado dañoso acaecido. Falta así uno de los elementos esenciales para la exigencia de la responsabilidad que se postula por la actora recurrente y, en consecuencia, procede desestimar su demanda. (STS de 9 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Por el Juzgado de Instrucción de Arenys de Mar se siguieron diligencias penales en averiguación de las causas del fallecimiento del señor L. M., quien el 4 de enero de 1988 apareció muerto en el hueco de la escalera de un edificio en construcción en el que prestaba servicios como vigilante nocturno, produciéndose la muerte por contusión encefálica y posterior parálisis respiratoria. Las diligencias fueron archivadas en marzo del mismo año, sin que la resolución decretando el archivo fuese notificada a la esposa e hijo del fallecido. Por la demandante se tuvo conocimiento del

archivo de las actuaciones penales en enero de 1988 en que, a petición suya, se le entregó testimonio de lo actuado, no habiendo sido parte la actora en aquellas diligencias. En diciembre de 1988 la actora, viuda del fallecido, presentó papeleta de conciliación contra los demandados, celebrándose el acto sin avenencia en enero de 1989. La demanda principal fue presentada en el Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar en febrero de 1989. El Juzgado desestimó la demanda por entender que se había producido la prescripción de la acción. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación planteado por la actora. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la viuda, al considerar que no había tenido lugar la aludida prescripción extintiva y, entrando en el fondo del asunto, desestimó la acción planteada al considerar que no había quedado acreditada la existencia de nexo causal entre la conducta de los presuntamente responsables y el daño ocasionado. (*L. A. G. D.*)

DERECHO DE LA PERSONA

8. Sucesión *mortis causa* en los títulos nobiliarios: a favor del varón con preferencia a la mujer sin que ello contravenga los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Presunción de regularidad en la sucesión nobiliaria.—Para resolver los dos motivos del recurso, ha de partirse ante todo de lo que fue objeto de la controversia. La misma se suscita entre dos tesis contrapuestas: la del actor-recurrente, que sostiene su preferencia para suceder en el título nobiliario por aplicación del principio de preferencia de la masculinidad, tradicional en el Derecho histórico por el que se rigen las sucesiones en los títulos nobiliarios; la de su hermana, demandada-recurrída, que lo niega en base a los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo recogidos en el artículo 14 de la Constitución. No ha sido objeto de discusión si se reúnen por una u otra parte las demás condiciones legales para suceder en el título. Tampoco lo ha sido el orden de suceder en el propio título de acuerdo con las reglas establecidas en su concesión. En suma, toda la controversia ha versado sobre la vigencia o no de la preferencia del varón sobre la hembra, tradicional en la sucesión regular de los títulos nobiliarios, una vez vigente la Constitución de 1978.

Dicha controversia ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en la S 126/1997, de 3 de julio, declarando que la sucesión según el derecho tradicional en los títulos nobiliarios, que da preferencia al varón sobre la hembra, no es inconstitucional. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia aplicó correctamente la doctrina del Tribunal Constitucional, estimando la demanda.

La sentencia de la Audiencia no se ajusta a la doctrina del Tribunal Constitucional, el cual, en la S 126/1997, de 3 de julio, no examinó más que si el principio de la preferencia del varón sobre la hembra en las sucesiones a los títulos nobiliarios, era o no contraria a los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo formulados por la Constitución, estableciendo que no lo era por las razones que consignaba. En modo alguno declaró que el principio cuestionado se podía aplicar o no según las circunstancias, ni con-

sideró el carácter dispositivo o imperativo de las reglas por las que históricamente se ha regido la sucesión en los títulos nobiliarios.

Estas sucesiones, ha dicho esta Sala en su S de 13 de diciembre de 1997 recogiendo su doctrina pacífica, se rige por el orden regular que tradicionalmente se ha seguido en la materia, salvo que en el título de concesión se establezca otra cosa, en otras palabras, que toda sucesión nobiliaria se presume regular, debiendo ser expresa la cláusula de irregularidad. Ni se ha discutido siquiera en los escritos fundamentales del pleito que en la concesión del título discutido se fijase un orden de suceder diferente y propio del regular, por lo que huelgan todas disquisiciones de la Audiencia, a fin de revocar la sentencia apelada y fallar a favor de la hermana del actor, sobre la condición femenina de las poseedoras del título disputado con anterioridad a este pleito, deduciendo de ello una hipotética cláusula de irregularidad en la sucesión, que no se ha probado en absoluto, y yerra también en imponer al actor la carga de probar que la sucesión al título cuya titularidad aquí se discute era regular. Con arreglo al artículo 1214 CC sería la demandada la que hubiera debido probar la irregularidad, que permitiría la sucesión en su favor en lugar de su hermano. Nada de esto ha hecho, sólo cuestionar la vigencia del principio de la masculinidad en el orden de suceder regular.

Por todo ello, los motivos de casación se estiman. (STS de 15 de septiembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El actor acude al Juzgado para que declare la nulidad de la Real Carta de Sucesión en el título de Conde de Monte Negrón y la preferencia de su derecho frente al de su hermana para llevarlo, usarlo y poseerlo. El Juzgado accede a lo pedido. La Audiencia Provincial de Pamplona estima el recurso de la demandada y revocando la sentencia de instancia declara no haber lugar a la nulidad de la Carta de Sucesión concedida a favor de ésta, titular preferente. El demandante interpone recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo haber lugar. (R. G. S.)

9. Intromisión ilegítima en el derecho al honor: actitud peyorativa e innecesaria de un periódico que publica una relación de personas —a las que califica de «enchufadas»— ajenas a la conformación de la decisión política que critica.—Y en su página 5 [...] expone que el periódico ha conseguido hacerse con el listado de los trabajadores que el PSOE quería hacer fijos, que reseña con su identificación individual y clase de ocupación.

De no figurar en el reportaje la lista con la identidad de los empleados laborales, la legitimación sería de grupo; en este caso, es personal de cada uno de los que figuran en la relación publicada.

En general, según los Diccionarios de Uso de la Lengua Española, el vocablo «enchufado», que se utiliza en la citada información periodística, define a «la persona que tiene un cargo o desempeña una ocupación muy lucrativa y de poco o fácil trabajo, o que tiene influencia para conseguir algo que le interese»; la palabra «enchufar» significa «colocarse en un cargo o destino por influencia»; y «enchufe» significa «cargo o empleo favorable que se obtiene sin merecimiento merced a recomendaciones o influencias».

La situación predominante del derecho a la información requiere, de un lado, la veracidad de ésta y, de otro, la exigencia de no utilización de expresiones o valoraciones injustificadas, que carezcan de relación alguna con la

noticia comunicada o que resulten insultantes, insidiosas o vejatorias con respecto a personas concretas, sean cuales fueren los usos sociales del momento, y constituyen un ataque innecesario (entre otras SSTC 69/1989, de 20 de abril, 20/1990, de 15 de febrero, 105/1990, de 6 de junio, 123/1993, de 19 de abril, 336/1993, de 15 de noviembre, 76/1995, de 22 de mayo; y SSTS de 13 de julio y 5 de octubre de 1992 y 4 de diciembre de 1999).

La actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, y repercute en la imagen personal que de ella se tenga (STC 282/2000, de 27 de noviembre). En el caso de autos, sin perjuicio de la noticia veraz de la anulación por el Pleno de la Diputación de Granada del acuerdo relativo a la incorporación a su plantilla de funcionarios de determinados trabajadores laborales, la publicación de la lista de los mismos, a los que descalifica y moteja como «enchufados del PSOE en la Diputación», supone una actitud peyorativa e innecesaria por parte del periódico respecto de don J. A. T. y de doña I. R., ambos empleados del organismo en la categoría laboral de personal fijo con antelación a su gobierno por el PSOE, constitutiva de un mensaje vejatorio, pues era irrelevante la publicación de la lista para dar cumplimiento a la tarea periodística de noticia y crítica de una determinada decisión política ajena a la voluntad de los recurrentes.

En definitiva, esta Sala entiende que el reportaje de «La Crónica» que nos ocupa integra una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los recurrentes. **(STS de 30 de septiembre de 2003; ha lugar.)**

HECHOS.—Don J. A. T. y doña I. R. demandaron a la Sociedad editora del diario *La Crónica* de Granada y a su director, interesando se declarase la intromisión ilegítima en su derecho al honor más el abono de determinada cantidad en concepto de indemnización. La cuestión litigiosa se centraba en si el contenido de la noticia publicada por el periódico con el título «Los 288 enchufados del PSOE en la Diputación» constituía o no una lesión del derecho al honor de los actores. El Juzgado acogió en parte la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia. Los actores interpusieron recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar. (*R. G. S.*)

10. La noticia de conflictos entre las partes, en la que la demandada emite juicios de valor sobre la conducta del actor, no siendo aséptica no alcanza el carácter de afrentosa por lo que no cabe estimarla como intromisión ilegítima en el honor del demandante.—Hay que tener en cuenta dos circunstancias precisas y con trascendencia: la entidad demandada cumple su obligación de informar a los mutualistas de la causa del gasto de 5.000.000 de pesetas que abona al actor; y en esa información no se hace mención alguna sobre el comportamiento del actor en el ejercicio de su profesión médica.

Estas dos circunstancias, y en particular la referida al ejercicio de la profesión médica, descartan en principio, que se produzca desmerecimiento en

el honor, en la imagen del actor ni en sus compañeros de profesión, ni en la sociedad en la que el conflicto se ha producido.

Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional es insuficiente el criterio del *animus injuriandi* para juzgar los delitos contra el honor, por la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información que excede de lo personal como garantía de una opinión pública libre y dada la fuerza expansiva de todo derecho fundamental (S 20/1990, de 15 de febrero).

Bien es cierto que quedan al margen de la libertad de expresión los contenidos injuriosos o vejatorios desvinculados de las ideas que se pretenden transmitir a la opinión pública y por tanto innecesarios (STC 42/1995, de 13 de febrero). Pero también es cierto que la «asepsia u objetividad informativa» no puede implicar la comunicación escueta de hechos o noticias que no se da siempre en un «estado químicamente puro», con lo que sería un límite constitucionalmente inaceptable para la libertad de prensa el impedir conjeturas, opiniones y juicios de valor, por cuanto que la comunicación periodística supone no sólo el ejercicio del derecho de información, sino del derecho más amplio de expresión y de opinión a partir de unos datos fácticos veraces, siempre que los términos en que se exteriorice la actitud crítica no sean desmesurados o desproporcionados, incluyendo expresiones injuriosas, vejatorias o insultantes innecesarias (SSTC 171/1990 y 172/1990, de 2 de noviembre).

El criterio nuclear en materia de libertad y manifestación del pensamiento (que comprende la libertad de expresión de opiniones o juicios de valor y la libertad de información por el dato de hecho, según la distinción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lingens* y la S 6/1988, de 21 de enero) es la necesidad de ponderación de los derechos constitucionales en conflicto por el órgano judicial ordinario respetando su valoración y definición constitucional, revisable por el Tribunal Constitucional (S 143/1993, de 21 de julio).

Pues bien, la sentencia impugnada ha realizado la ponderación necesaria para la resolución de cuestiones como la aquí planteada, de forma razonable y correcta, que no merece revisión en casación. La información es veraz, es necesaria para el conocimiento de los demás mutualistas y no se aprecia intención alguna de difamar.

Otra cosa es que en el curso del conflicto existente entre el médico y la Mutualidad las relaciones fueran forzosamente difíciles e ingratas; pero la imputación al médico de que pretendía la obtención de un beneficio que la Mutualidad estimaba excesivo (al margen de que esta estimación fuera adecuada o inadecuada) y el final transaccional de este conflicto descartan el ataque al honor y a la imagen que el actor pretende producido en los términos que expone en la demanda; con la apreciación razonable de que la expresión «la Junta Directiva coaccionada» en el marco del conflicto no puede estimarse como imputación al médico actor del delito de coacciones, pues se trata de una expresión coloquialmente admitida, sin otra consecuencia, aunque pudiera estimarse que otra expresión utilizada para el mismo concepto fuera más acertada. Y conviene subrayar, como lo hace la sentencia impugnada, que el conflicto presentado obedecía a intereses económicos que presidían la actuación de las partes, degenerando luego en reproches de ingratitud.

Por lo expuesto, los motivos tienen que ser desechados. (STS de 16 de octubre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El doctor M. y la *Mutualidad Mahonesa* llegaron a un acuerdo en cuya virtud ésta cedía sus locales al doctor, quien atendía con sus propios aparatos a los mutualistas. Transcurridos unos años la Mutualidad traslada su sede y propone al doctor un nuevo convenio para el servicio del diagnóstico por imagen que éste no acepta, circunstancia que da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento de servicios. El doctor estimó que se había producido un desistimiento voluntario y unilateral que exigía ser indemnizado. La Mutualidad consideró que la ocupación del local era en concepto de precario por lo que requirió notarialmente al doctor antes de la resolución del contrato. Se produjo un acuerdo transaccional por el que la Mutualidad se obligaba a entregar la cantidad de cinco millones de pesetas al doctor contra la entrega de la posesión del local, que finalmente tuvo lugar. Al término de estas vicisitudes, el *Boletín Informativo de la Mutualidad* informó de lo ocurrido con expresiones que, a juicio del doctor, revestían el carácter de difamatorias por lo que interpuso demanda sobre intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la propia imagen. La sentencia dictada en primera instancia desestimó íntegramente la pretensión del actor. La sentencia de apelación confirmó en su integridad la resolución recurrida. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

11. Intromisión ilegítima en el derecho al honor: carta remitida a periodista —que la publica— en la que se imputa al recurrido el delito de malversación de caudales públicos.—Ha de tenerse en cuenta que se trata de información comunicada a la corresponsal del periódico *La Voz de Asturias*, mediante carta manuscrita por el recurrente, en la que se vino a atribuir «Posible malversación de fondos públicos por E. P.». El periódico publicó la noticia en su edición de 19 de octubre de 1993, recogiendo el contenido de la referida carta y destacándolo en letras negritas y entrecomillados los párrafos que transcribió literalmente.

Se trata por tanto no de correspondencia propiamente privada, sino de efectiva divulgación a un medio de comunicación, llevada a cabo por persona perfectamente identificada que resultó ser la autora de la carta, en la que no prohibió su difusión, por lo que ha de asumir las responsabilidades correspondientes en cuanto a las expresiones contenidas en el escrito y que alcanzaron publicidad al ser difundido por el periódico (SSTC de 13 de enero de 1997 y 336/1993).

La intromisión en el honor del demandante, en cuanto resultó desprestigiado ante sus conciudadanos en su condición de funcionario público, por consecuencia de la carta de referencia, se presenta como supuesto comprendido en el artículo 7.7.º de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, ya que se le hizo objeto de directa y grave difamación, ausente de toda prueba sobre su veracidad, rebasando de forma notoria y relevante lo que ha de entenderse por crítica constructiva y positiva de la actuación de los funcionarios públicos, a la que han de someterse, lo que no autoriza a llevar a cabo imputación de hechos delictivos aun como posibles y conductas vejatorias atribuidas a irregularidades en la gestión, carentes de fundamento y sin otra finalidad que la de causar perturbación y acoso a la persona ofendida y desprestigio ante la sociedad, que cabe enmarcar en una enemistad incontrolada y capaz de ser

utilizada para producir el mayor daño posible y, en una proyección finalista, para que abandonase el cargo que desempeñaba el demandante, satisfaciéndose así una venganza censurable totalmente y que ha de ser rechazada de modo enérgico y decidido.

Alcance de la rectificación del autor de las manifestaciones lesivas del derecho al honor.—Tampoco se ha producido efectiva rectificación, pues la nota de réplica que publicó el periódico en su edición de 10 de noviembre de 1993, tras la presentación por el actor de acto de conciliación, se limita a la protesta de la publicación de la carta sin su autorización, pero para nada rectifica las manifestaciones vertidas en la misma, por lo que no actúa como exculpatoria de la actuación llevada a cabo por el recurrente, atentatoria de la dignidad del actor del pleito, integrada básicamente por la imputación inveraz de un hecho delictivo, habiéndose producido efectivo vejamen o acción denigratoria que atenta a la reputación y prestigio profesional del ofendido, conforme la más reciente doctrina jurisprudencial (S de 16 de diciembre de 1996, que cita la del TC de 14 de diciembre de 1992). (**STS de 21 de octubre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—El director del *Parque Deportivo de la Felguera* demanda a don A. M. por intromisión ilegítima en su derecho al honor reclamando la correspondiente indemnización por los daños morales sufridos. En carta enviada a la corresponsal de un periódico de la zona, el señor M. había imputado al actor la comisión del delito de malversación de fondos públicos. La carta fue publicada sin que el señor M. se retractase posteriormente de las manifestaciones en ella vertidas. El Juzgado de Primera Instancia de Siero estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo confirmó en todos sus extremos la sentencia recurrida en apelación. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (*R. G. S.*)

12. Conexión entre la libertad ideológica *ad intra* y la libertad de expresión *ad extra*.—Es bien claro que cualesquiera que sean los soportes normativos de ambas «libertades», la ideológica y la de expresión: la primera, en su misma literalidad, inserta en el artículo 16.1 CE y la segunda, en su artículo 20.1 a), aducidos en ambos motivos, no tienen por qué conducir a sanciones distintas cuando la conducta respectiva invade los límites impuestos a ambas libertades como expresamente se proclama en el núm. 4 del citado artículo 20, y que como tal sirve luego para explicarse el elenco de ilícitos a que se refiere el artículo 7 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982; y es que no podía ser de otro modo, porque en una elemental teoría de propedéutica conceptual esa libertad ideológica o derecho a mantener o generar las ideas que se tengan, sin duda, luego se manifiestan al exterior a través de la libertad de expresión, o sea, las ideas se corporeizan *ad extra* por medios externos o «expresivos», ya que anidadas estas ideas en el acervo de la interioridad del individuo sólo adquiere relevancia jurídica cuando se vierten al exterior, por lo que es apodíctico que la libertad ideológica sólo es operativa o relevante cuando se canaliza mediante la libertad de expresión (de obvedad primaria, se entiende que para el Derecho el mundo de las ideas, si no trasciende, es irrelevante o inexistente).

Lesión del derecho al honor constituida por la atribución al actor de la cualidad de «nazi».—[...] cualquiera que sean tanto la personalidad de los contendientes y su respectiva actividad pública y los aludidos actos previos del actor, jamás justifican ni pueden tolerar ofensas tan rotundamente condenadas en la moderna y vigente sociedad, en donde cualquier atisbo de asunción o complicidad racista —y el calificativo de nazi lo ostenta en plenitud reprochable— conllevan un ineludible juicio condenatorio; sobre esa deletérea imputación —acogiendo su tesis *mutatis mutandi*—, ya se dijo en S de esta Sala de 21 de julio de 1993: ... la atribución al actor de una ideología o actitud racista tal «que, de haber vivido en la Alemania nazi hubiera desempeñado como mínimo el cargo de lugarteniente de Hitler», ha de considerarse como vejatoria y atentatoria del honor del ofendido, pues no otro sentido pueden tener tales expresiones, dado que el racismo nacional socialista basado en la pureza de sangre perseguía como objetivo el exterminio de todas las razas consideradas impuras, y el afirmar de una persona que está cualificada para ser lugarteniente de quien puso en práctica tales ideas, con los resultados que históricamente han sido comprobados, es claro que entraña una grave e ilegítima intromisión en el honor de la persona así calificada. (STS de 24 de octubre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don H. T., periodista del diario *El País*, demanda por lesión de su derecho al honor al entrenador del Atlético de Madrid, don R. A., a C. R., periodista del diario *El Mundo*, al director de la publicación y a la empresa editora. En entrevista realizada por C. R., A. había calificado a don H. T. de «nazi de toda la vida». El Juzgado de Primera Instancia acogió la reclamación condenando solidariamente a los demandados a indemnizar al actor en la cantidad de dos millones de pesetas. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó la apelación del señor A. y estimó el recurso interpuesto por los restantes codemandados, a los que absolvió de la demanda. Interpone el entrenador recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo. (R. G. S.)

13. Derecho fundamental a la intimidad: ámbito de la privacidad.— Los reportajes publicados en la revista *Diez Minutos* invaden ilegítimamente la intimidad personal y familiar de los actores al publicar datos que pertenecen al círculo exclusivamente privado de los mismos, sin que justifiquen tal publicación los usos sociales, ni haya base alguna para sostener que la demandante adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, le despojó del carácter privado o doméstico.

El derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado no sólo personal, sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información

relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada (SSTC 115/2000, de 10 de mayo, y 22 de abril de 2002, núm. 83/2002, Sala Primera y las que se citan).

Extensión del ámbito de privacidad según los actos de su titular y los usos sociales.—Las doctrinas generales que se exponen en el recurso acerca de la necesidad de evitar el automatismo en la aplicación de la protección de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE, y de proceder a un examen de las circunstancias y características singulares de cada caso, por cuanto la coyuntura temporal y las pautas de comportamiento personal pueden afectar, limitando o anulando dicha protección, no han sido desconocidas por las sentencias de instancia. Como ya se ha dicho, los usos sociales no justifican indagar —fisar— en los asuntos que pertenecen a la esfera exclusiva de otros y divulgar su resultado con el fin de satisfacer la curiosidad o el chismorreo de los consumidores de este tipo de revelaciones o comentarios. Por otra parte, el que una persona tenga una notoriedad pública, en buena medida debida a los medios de comunicación, no autoriza a éstos a invadir su vida íntima o privada, cuando no fue la interesada, con su conducta pública, quien dio pretexto para la intromisión.

La doctrina jurisprudencial que se indica en el motivo no es de aplicación. Las SS de 21 de octubre y 17 de diciembre de 1997 fueron anuladas por las SS de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 2001 (recurso de amparo 4824 de 1997) y 22 de abril de 2002 (recurso de amparo 182 de 1998), respectivamente, siendo precisamente la doctrina de esta última resolución la que se expone en esta sentencia. Y en cuanto a la de 24 de mayo de 1990, en lo que pueda tener de aplicación en la actualidad, en nada se desconoce por la resolución recurrida, pues no se niega la influencia en la materia «del ámbito que, con sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí mismo o su familia». Lo que sucede es que no consta que la señora Ch. haya sacado a la luz pública, o haya dado motivo para ello, los datos relativos a su intimidad, a diferencia de lo que ocurrió en el supuesto examinado en la sentencia aludida, en que fue la propia interesada la que suministró los datos de su propia intimidad personal y familiar.

Interés público de la información comunicada.—No supone un interés general o colectivo la curiosidad pública (aunque fuere muy amplia) por este tipo de informaciones o noticias, y, menos todavía, como dice la resolución de instancia, «el exclusivo destino a quienes, proclives tan sólo al chisme y al cotilleo, se procuran su lectura». El Tribunal Constitucional viene declarando (STC de 22 abril de 2002) que el interés público constitucionalmente prevalente concurre cuando la información que se comunica es relevante para la comunidad, lo cual justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia —SSTC 134/1999, 154/1999, 52/2002—; resultando decisivo determinar —STC 115/2000— si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo cual es sustancialmente distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento —134/1999— entre otras muchas. Y la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede

ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena –STC 29/1982–.

Notoriedad pública y derecho a la intimidad.—El hecho de que una persona tenga notoriedad pública no le priva del derecho fundamental a la intimidad, porque, como señala la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque dichas personas, por su carácter público, «ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad –STC 134/1999–; y de otro lado, no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea –STC 197/1991. (STS de 6 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. C. y M. C. demandan a dos periodistas, el director y la empresa editora de la revista *Diez Minutos*. El semanario había publicado en sucesivos reportajes las transcripciones de las cintas magnetofónicas que contenían las entrevistas hechas a don J. M., empleado en una de las fincas de los actores, quien anteriormente había trabajado al servicio del matrimonio C.-K. El Juzgado declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los demandantes y condenó a los demandados a abonar conjunta y solidariamente a los actores determinada cantidad. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de instancia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación que interpuso la empresa editora. (R. G. S.)

14. Derecho a la propia imagen y derecho al honor: inadecuación de los titulares que ilustran las fotografías publicadas a la efectiva situación jurídica de quien se ve envuelto en causa criminal.—Los motivos cuyo contenido acaba de resumirse aun cuando el primero se centra en la lesión inferida al honor del recurrente y el tercero en la vulneración del derecho del mismo a su propia imagen, guardan estrecha relación —lo que aconseja su consideración conjunta—, pues en ambos se alude a la intromisión ilegítima que supone la publicación de la fotografía tomada en el momento de la detención del señor S., especialmente si se tiene en cuenta que al mismo tiempo y en titulares se le aplica el calificativo de asesino.

Para decidir acerca del posible acogimiento de dichos motivos, debe recordarse, ante todo, que el Tribunal Constitucional ha definido el derecho a la propia imagen como un derecho derivado de la dignidad humana, que protege la dimensión moral de las personas y que atribuye a su titular la facultad de determinar si puede tener difusión pública la información gráfica acerca de sus rasgos físicos, así como la de impedir la obtención, reproducción o publicación de su imagen por un tercero no autorizado, sea cual fuere la finalidad por éste perseguida.

Debe añadirse, sin embargo, que este derecho, como cualquier otro, no puede considerarse que sea absoluto, hallándose delimitado su contenido por el de los demás derechos y bienes constitucionales. Así, en determinadas ocasiones puede admitirse la existencia de un interés público en la captación o difusión de la imagen que llegue a ser calificado de prevalente al de evitar tales actuaciones que pudiera ser invocado por el sujeto afectado.

En el caso que nos ocupa, adquiere especial relevancia la consideración de un dato [...] estamos aludiendo, en concreto, a la manifestación que se hace en el FD 5.º de la sentencia del Juzgado, respecto a que la fotografía del actor «corresponde al momento de su reseña policial tras la detención y que, por tanto, racionalmente cabe pensar que fue suministrada a los medios de comunicación por la propia Policía [...] y ello antes de que se remitiera a la autoridad judicial, lo que se verificó el 13 de diciembre de 1995».

Esta presunción que establece el Juzgador de Instancia ha de considerarse totalmente fundada, a la vista de los datos obrantes en autos en los que se apoya, por lo que –y con independencia de la calificación que pueda merecer una actuación policial, que en este proceso no ha sido cuestionada– quizá en principio podría pensarse que la entidad demandada tenía suficientes motivos para creer no sólo que la fotografía podía ser publicada, sino incluso que debería procederse a la inmediata inserción de la misma, al objeto de satisfacer un importante interés público según cabía deducir de la naturaleza de la fuente que había tomado la decisión de llevar a cabo con especial premura la difusión de dicho documento a través de los medios de comunicación.

Sin embargo, concurren en el presente supuesto otros matices que no pueden echarse en olvido y, muy especialmente, el de que la fotografía policial guarda estrecha relación con el contenido de los titulares que asimismo insertaba *El Norte de Castilla* en el número de 27 de febrero de 1994, en los que se calificaba al recurrente como uno de los tres autores del crimen perpetrado y como «asesino de Raúl».

Si bien no puede negarse que los resultados que lleguen a alcanzar las Fuerzas de Seguridad, especialmente con ocasión de la investigación de delitos graves, adquieren indiscutible relevancia social, tal circunstancia no puede exonerar al informador de un atento examen de los factores que concurran en el hecho de que ha tenido conocimiento y que pretende transmitir, al objeto de no lesionar el honor de las personas que con el evento pudieran hallarse relacionadas.

En tal contexto, no cabe admitir que pueda confundirse la detención policial e incluso la prisión provisional de que haya sido objeto un ciudadano con su condena por sentencia, pues esta última constituye una mera posibilidad que no puede predecirse que llegue a tener realidad en un momento futuro y que, en cualquier caso, no va a estar predeterminada por aquella provisional privación de libertad que los agentes de la autoridad consideraron llevar a cabo en los momentos inmediatos a la perpetración de un grave delito y que el Juez de instrucción ratificó, elevando a prisión la detención practicada.

Si, como antes se ha dicho, la Policía facilitó a los medios de comunicación la fotografía de dos personas que habían sido detenidas en el curso de la investigación, el diario de la entidad demandada solamente habría actuado en el legítimo ejercicio del derecho constitucional que le corresponde si en sus titulares hubiera hecho constar la privación provisional de libertad de dichas personas en relación con el crimen perpetrado, absteniéndose totalmente tanto de afirmar que las mismas eran autoras del hecho, como de calificarles de asesinos.

No fue esta la conducta observada por *El Norte de Castilla*, pues utilizó términos para referirse al recurrente que no eran en absoluto veraces y que además poseían una significación altamente peyorativa que sin duda habría de hacerle desmerecer en el concepto público.

A partir de cuanto queda expuesto necesariamente tiene que llegarse a la conclusión de que ni la inserción de los titulares mencionados y de la fotografía del señor S. guarda relación con la función de formación de la opinión pública que acertadamente se asigna en la sentencia recurrida a la libertad de información que consagra el artículo 20.1.d) de la Constitución, ni el acto de comunicación a que nos referimos puede ser considerado neutral, ya que las afirmaciones que contenía respecto al recurrente carecían de veracidad, respondiendo a una evidente finalidad sensacionalista destinada a atraer la atención del público con absoluta falta de respeto a los derechos de aquél a su honor, intimidad y propia imagen, que son los límites que el apartado 4 del precepto mencionado fija al derecho en que el diario demandado pretende ampararse y que en ningún caso deben ser rebasados. (STS de 4 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don M. S. interpuso demanda contra *El Norte de Castilla*, S. A., entidad propietaria y editora del periódico del mismo nombre reclamando la indemnización de determinada cantidad por la intromisión ilegítima en sus derechos al honor, intimidad y propia imagen. Intromisión que estimaba verificada a través de la publicación, en seis ocasiones, de una de las fotografías tomadas por funcionarios policiales al detenerlo por su relación con el fallecimiento de don R. F., así como por haberlo calificado en los titulares y en un artículo de «asesino» de la persona citada. El demandante fue declarado inocente de la muerte que se le imputaba por sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión del actor. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. (R. G. S.)

15. Doctrina sobre el «levantamiento del velo» de la persona jurídica.—El motivo tercero acusa infracción de la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en relación —se dice— a sociedades interpuestas, o sociedades cuya apariencia formal no puede ocultar la realidad de una única pertenencia, contenida en las sentencias que cita, aplicándose aquélla doctrina en relación con el artículo 2 CC. En el supuesto litigioso, dice la fundamentación del motivo, la voluntad de la sociedad controlada *Teperca, S. L.* es la voluntad de la sociedad dominante *Manipulados García, S. L.* y estará dirigida a satisfacer intereses ajenos a ella, los de su sociedad dominante. A continuación de estas declaraciones se resaltan los aspectos relevantes de orden fáctico para estimar aplicable la doctrina del levantamiento del velo al caso de sociedades interpuestas, que son con las que más directamente se identifica esta controversia, que conduce a la conclusión de que en la realidad la actuación es de una sola identidad y unidad económica.

La respuesta casacional que ha de darse a este confuso motivo, en el que desordenadamente se mezclan citas doctrinales y jurisprudenciales sobre el «levantamiento del velo» de las personas jurídicas y los efectos frente a terce-

ros de grupos de empresas, ha de ser la de que, efectivamente, en el caso de autos existen dos sociedades de responsabilidad limitada independientes jurídicamente, pero una de ellas no es autónoma frente a la otra *Teperca, S. L.* frente a *Manipulados García, S. L.*, ya que esta otra es la que dirige y controla, además de ser titular de 400 participaciones de las quinientas que componen su capital social. *Manipulados García, S. L.* no puede escudarse en el hermetismo y aislamiento de la personalidad jurídica de sus elementos componentes para obviar toda responsabilidad por la actuación frente a terceros de la sociedad controlada *Teperca*, es decir, por su propia actuación, dado su control, y por ello debe responder ante la insolvencia de ésta frente a los acreedores cuando la ley la imponga al administrador de *Teperca, S. L.*, al cual no se puede absolver, sin embargo, por no haber recurrido la sentencia de la Audiencia, y pronunciar su absolución infringiría el principio prohibitivo de la *reformatio in peius*, con el consiguiente perjuicio a la recurrente.

Por todo ello, el motivo se estima parcialmente. (STS de 19 de noviembre de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—*Granzaplast, S. A.* demanda a *Teperca, S. L.*, don Á. G., don E. P. y a *Manipulados García, S. L.* solicitando su condena solidaria al abono de determinada cantidad que le adeudaba *Teperca, S. L.* en razón de varios suministros de mercancías. Fueron fundadores de *Teperca, S. L.*, *Manipulados García, S. L.* y don E. P. Fue nombrado administrador único don Á. G. *Manipulados García, S. L.* fue constituida por don Á. G., sus padres y doña P. M. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda condenando sólo a *Teperca, S. L.* y a su administrador, don Á. G., mientras que absolvía a los restantes codemandados. La condena se basó en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable por remisión a él del artículo 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La absolución en que no había pruebas de que *Teperca, S. L.* fuese una sociedad que careciese de realidad y consistencia actuando como testaferro de otra. La Audiencia desestimó el recurso de apelación de *Granzaplast, S. A.* El recurso de casación que la actora interpone es estimado en parte. (R. G. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

16. Perfección del contrato.—La existencia del consentimiento y del mismo contrato es una cuestión fáctica que escapa al control de la casación. Es reiterada doctrina de esta Sala, la de que la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo es cuestión de mero hecho y, en cuanto tal, su constatación es facultad privativa de los juzgadores de instancia, cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida y respetada en casación, en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, mediante la denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba.

Interpretación de los contratos.—La doctrina jurisprudencial reconoce un gran margen al órgano judicial de instancia, de manera que sus determinaciones sobre interpretación contractual deben considerarse inmunes al con-

trol casacional, salvo en casos extremos, en los que la manifiesta ilógica del resultado interpretativo, o la arbitrariedad del juicio de hecho, o las consecuencias a que se llegue en la interpretación conduzcan a una situación contraria a derecho, que reclame una revisión en sede casacional. (STS de 14 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1984, *Sauter, S. A.*, *Automóviles Terrasa y Garaje Rubí, S. L.*, firmaron un contrato de taller de servicio autorizado de un año de duración. El contrato se fue prorrogando anualmente hasta 1988, a partir de esta fecha la prórroga se hizo de forma tácita. El 18 de mayo de 1992, *Sauter, S. A.* remitió un escrito a *Garaje Rubí, S. L.* (cuyo contenido fue ratificado en otra notificación posterior de 2 de junio) en el que se recogía su compromiso de prorrogar el convenio hasta el 31 de diciembre de 1996, pero por el que se variaban algunas de las condiciones del convenio inicial. *Garaje Rubí, S. L.* formuló una contraoferta que no fue aceptada por *Sauter, S. A.* Finalmente, el 12 de junio de 1992 se hace llegar a *Garaje Rubí, S. L.*, un nuevo escrito en el que se le comunica que se da por resuelto el convenio con efectos a partir de 14 de septiembre del mismo año. *Garaje Rubí, S. L.* interpuso una demanda contra *Sauter, S. A.*, solicitando la declaración de validez del convenio concluido en mayo de 1992 y la condena por daños y perjuicios derivados de la resolución unilateral del contrato. A su vez, *Sauter, S. A.* formuló demanda en la que solicitaba que se declarase extinguido dicho convenio. Una vez acumulados ambos procesos, el Juzgado de Primera instancia estimó parcialmente la demanda de *Sauter, S. A.* y declaró resuelto el contrato celebrado; y estimó también parcialmente la demanda formulada por *Garaje Rubí, S. L.*, concediéndole la indemnización que solicitaba. Este último interpuso recurso de apelación que fue desestimado íntegramente. Finalmente interpone recurso de casación que funda en los siguientes motivos: infracción de los artículos 1254, 1258, 1261 y 1262 en relación a la perfección de los contratos, pues sostiene que la sentencia de apelación ha incurrido en un error al no dar validez a la existencia, según ella, de pactos de prórroga del contrato inicial. Invoca también la infracción de los artículos 1281 y 1282 CC, pues sostiene que la sentencia de instancia y de apelación incurrieron en un error en el juicio lógico cuando apreciaron que nunca se llegó a perfeccionar el acuerdo de prórroga de mayo de 1992. El recurso es desestimado. (E. C. V.)

17. Enriquecimiento injusto.—El enriquecimiento injusto es la adquisición de una ventaja patrimonial con empobrecimiento de otra parte, con relación de causalidad entre el enriquecimiento y con falta de causa en tal desplazamiento patrimonial. En el presente caso, la atribución de propiedad de la nave no tiene causa alguna y el enriquecimiento injusto se ha producido; sin que se pueda alegar en su contra el consentimiento de la entidad demandada, toda vez que la nave en cuestión no está embargada con la parcela, ni tasada a objeto de la subasta. La teoría del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o acción culpable de ningún género, ni conducta ilícita por parte del enriquecido, sino simple-

mente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, es decir, sin causa y sin derecho, lo cual es compatible con la buena fe (SSTS 12 de abril de 1955 y 27 de marzo de 1958). (STS de 17 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—*Granja Avícola El Romera, S. L.* (demandante) era propietaria de una finca, sobre la cual edificó una nave e instaló en ella una clasificadora y un transformador de corriente. En trámite de ejecución de sentencia por despido nulo se procedió a la tasación y subasta de la finca, y se adjudicó a don A. A. M., quien, por el mismo precio, cedió el remate a la demandada (*Sat Lagata*). La nave, la clasificadora y el transformador no habían sido embargados, ni tasados, ni incluidos en la subasta, adquiriendo la demandada los mismos en virtud de la cesión de remate. *Granja Avícola El Romera, S. L.* interpuso demanda contra *Sat Lagata*, sobre acción de accesión invertida como principal y con carácter subsidiario fundó su demanda en la acción de enriquecimiento injusto. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por *Granja Avícola El Romera, S. L.*, y condenó a la demandada al pago de una cantidad en concepto de enriquecimiento injusto. La demandante interpuso recurso de apelación, que fue estimado, revocando la sentencia de instancia. Posteriormente interpone recurso de casación que es estimado. (E. C. V.)

18. La acción de repetición y la presunción de cosa juzgada.—Para que la presunción de cosa juzgada tenga eficacia, el artículo 1252 CC exige que las personas litigantes sean idénticas, así como que concurren en la misma calidad que en el anterior proceso. Así, si el demandante en un proceso era demandado en el anterior, no existe esta identidad subjetiva que permitiría el ejercicio de la excepción de cosa juzgada.

El artículo 1137 CC y la solidaridad impropia.—Si bien es cierto que el artículo 1137 CC dispone que una obligación será solidaria sólo cuando expresamente así se determine, la doctrina del Tribunal Supremo considera que existe solidaridad, aunque no se utilice ese término, siempre que exista la voluntad de los contratantes de poder exigir y prestar íntegramente la prestación. Además, el Tribunal Supremo ha admitido la figura de la solidaridad impropia o por salvaguarda del interés social, tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual, en aquellos casos en que no sea posible discernir el grado de responsabilidad de cada uno de los demandados, así como en los supuestos de irresponsabilidad. La apreciación de solidaridad impropia no impide el ejercicio de las acciones de repetición entre los distintos condenados. En el supuesto enjuiciado, los demandados son responsables ex artículo 1902 CC, por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, falta de diligencia que desencadenó la responsabilidad del actor ex artículo 1591 CC. Dado que no se ha podido determinar la exacta proporción en que cada uno de los demandados incidió en los daños, debe reputarse la solidaridad de todos ellos en virtud del artículo 1902 CC.

Acuerdo transaccional y acción de repetición entre deudores solidarios.—El hecho de que el actor, junto con los otros agentes de la construcción, suscribiera un acuerdo transaccional con la Comunidad de propietarios, en virtud de la cual debía pagar un 25 por 100 de los daños, no impide que pueda dirigirse contra los otros condenados en el proceso anterior y les reclame el

pago de las cantidades por él satisfechas. (STS de 24 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. V. M. celebró un contrato con la constructora *Construcciones Moncas, S. A.* en virtud del cual se obligaba a entregar un solar a cambio de una participación de un 25 por 100 en el negocio de construcción de un inmueble en esa finca. La Comunidad de propietarios de la finca construida ejerció la acción decenal del artículo 1591 CC contra *Construcciones Moncas, S. A.*, don J. V. M., don M. C. C. y don F. E. S., ya que existían unos defectos en el edificio construido. Este proceso finalizó con la condena solidaria de los demandados a realizar las obras necesarias. Los demandados llegaron a un acuerdo con la parte actora en virtud del cual cada uno de ellos pagaría un 25 por 100 de los daños. Don J. V. M. interpuso demanda contra la sociedad *Construcciones Moncas, S. A.* don M. C. C. y don F. E. S. en la que solicitaba que el tribunal declarase que la condena solidaria recaída en el anterior proceso correspondía exclusivamente a los demandados, de manera que cualquier pago que hubiese de realizar le debería ser reintegrado solidariamente por los demandados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación contra esta resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona lo estimó y condenó a los demandados a pagar, con carácter solidario, al actor la cantidad establecida. Los demandados don M. C. C. y don F. E. S. interpusieron sendos recursos de casación contra esta sentencia. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar el recurso.

NOTA.—Esta sentencia trae causa del proceso resuelto por la STS de 28 de enero de 1994 (RJ 1994, 575), la cual estimaba el recurso interpuesto por la parte actora —la Comunidad de propietarios— y condenaba a don V. M. —quien había sido absuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona— a que realizase de forma solidaria con los otros demandados las obras necesarias para la subsanación de los defectos existentes en el edificio. Esta Sentencia del Tribunal Supremo consideró que, dado que el señor V. M. era partícipe en el negocio constructivo, actuaba junto con la constructora demandada como promotor del edificio, de modo que debía responder de los defectos en virtud del artículo 1591 CC.

Actualmente, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999, dispone, en su artículo 17.3, que el promotor responde solidariamente con los demás agentes de los daños materiales en el edificio causados por vicios de la construcción. Sin embargo, el promotor es sólo un garante incondicional provisional, ya que puede reclamar todas las cantidades satisfechas por él a los otros agentes, incluso en aquellos casos en que no se conozca cuál fue la causa de los defectos. Véase Ángel CARRASCO PERERA/Encarna CORDERO LOBATO/Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, Dilex, 2005. (M. V. V.)

19. Reconocimiento de deuda. Asunción como propias de deudas de naturaleza social.—Parece hallarse fuera de toda duda que, cualquiera que

haya sido la precisión jurídica conseguida por el redactor del documento, nos hallamos ante una explícita admisión no sólo del incumplimiento de las obligaciones asumidas por los ahora recurrentes en nombre de la entidad cuya representación ostentaba, sino de una ilícita actuación personal de los mismos de naturaleza claramente dolosa y potencialmente generadora de perjuicios para la demandante, cuya buena fe manifiestan haber sorprendido. Los recurrentes han reconocido también como propia una deuda de carácter social, estrechamente ligada a la gestión societaria que les incumbía, que sin dificultad puede ser calificada como ajena a los buenos usos mercantiles. Tal responsabilización personal de los administradores de la entidad codemandada ha de considerarse exigencia normal y práctica frecuente en aquellos supuestos en que una sociedad de tipo capitalista con falta de la necesaria liquidez pretende obtener de otros empresarios ya sea un nuevo crédito, ya el aplazamiento de la extinción de otro que ha vencido.

Obligaciones solidarias. Admisibilidad de la solidaridad tácita.—Del hecho de que en la cláusula segunda del documento aportado con la demanda los recurrentes se hayan obligado en nombre propio además de en representación de la entidad codemandada, cabe deducir que la voluntad de aquéllos tiene la específica finalidad de que se les atribuya carácter solidario, pues en otro caso hubieran manifestado expresamente que se obligaban únicamente en su calidad de administradores. Es doctrina de esta Sala la de que, si bien la solidaridad no se presume, cabe no obstante entender existente la misma sin que haya sido literalmente expresada en el documento contractual. Puede, así, admitirse una solidaridad tácita cuando aparece de modo evidente la intención de los contratantes de obligarse *in solidum* o se desprende dicha voluntad de la propia naturaleza de lo pactado, por entenderse, de acuerdo con las pautas de la *bona fides*, que los interesados habían querido y se habían comprometido a prestar un resultado conjunto, por existir entre ellos una comunidad jurídica de objetivos (SSTS de 19 de abril de 2001 y de 17 de mayo y 18 de diciembre de 2000). (STS de 23 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora y los demandados suscribieron un documento en el que estos últimos, compareciendo en nombre propio y como representantes de la sociedad constructora que gestionaban, reconocieron adeudar a la demandante determinada cantidad de dinero que ésta se comprometía a condonar parcialmente a condición de que los deudores procedieran al pronto pago de la obligación y a la retirada del tráfico de determinadas cambiales, libradas por ellos y aceptadas por la actora, que igualmente reconocían haber sido emitidas «con tergiversación de hechos» y «con maquinación y suplantación de la verdad». El Juzgado de Primera Instancia de Vilagarcía de Arousa estimó la demanda solamente frente a la mercantil demandada, absolviendo a los también demandados don R. S. y don P. R., al entender que habían intervenido meramente como administradores de la sociedad. La Audiencia Provincial de Pontevedra estimó el recurso de apelación de la actora y condenó solidariamente tanto a la sociedad constructora como a los administradores firmantes. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los administradores demandados. (L.A.G.D.)

20. Incumplimiento de contrato. Requisitos para su apreciación.—En relación a la exigida rebeldía del incumplidor, la jurisprudencia ha estimado que ha de tratarse de 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, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (S de 4 de octubre de 1983). El incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte (SS de 11 de octubre de 1982 y 7 de marzo de 1983). No lo constituye el simple retraso (SS de 23 de enero y 10 de junio de 1996). La voluntad rebelde que se ha exigido en el incumplidor puede revelarse por su prolongada inactividad o pasividad frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte (SS de 10 de marzo de 1983 y 4 de marzo de 1986). Pero para resolver el contrato no se necesita una actividad dolosa del incumplidor, basta que se frustre el contrato para la contraparte, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas expectativas contrarias, siempre que no se limite a prestaciones accesorias (S de 5 de julio de 1989). La voluntad «deliberadamente rebelde» no puede erigirse en un pronunciamiento exclusivo, en cuanto no aparece ni de la letra ni del espíritu del artículo 1124 del Código civil, sino que ha de ser cohonestada con los actos y conductas del deudor denotadores de incumplimiento (S de 1 de diciembre de 1989). En el mismo sentido SS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985 y 21 de enero de 1999. **(STS de 25 de septiembre de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—La sociedad mercantil *Devosur, S. L.* celebró dos contratos privados con la entidad *Ocisa* de fecha 19 de julio y 24 de agosto de 1990, respectivamente. En virtud de estos contratos, *Devosur, S. L.* se comprometía a la realización de determinadas obras en la autovía de Almería. La ejecución de dichas obras debía terminarse en febrero de 1991, cuando lo cierto fue que en agosto del mismo año «no sólo no se habían terminado, sino que aún estaban sin ejecutar un 50 por 100, aproximadamente». Sin embargo, fue *Devosur, S. L.* la que interpuso demanda en la que reclamaba a *Ocisa* determinadas cantidades que ésta le adeudaba por los trabajos realizados. Asimismo, *Ocisa* formuló demanda reconventional en la cual solicitaba la resolución de los contratos por incumplimiento y la condena a la actora a los pagos correspondientes a las certificaciones de obra presentadas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y la reconvenición. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia estimó en parte los dos recursos. Se declaró la resolución de los contratos de obra que ligaban a ambas partes y, después de compensar las cantidades que se debían una sociedad y otra, se condenó a *Devosur, S. L.* a satisfacer a *Ocisa* la cantidad de 42.684.437 pesetas. Interpuesto recurso de casación por *Devosur, S. L.*, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

21. Imposibilidad sobrevenida de la prestación y resolución de contrato.—Si bien la imposibilidad sobrevenida de la prestación determina, conforme al artículo 1184 CC, la extinción de la obligación, esto no implica que

el deudor quede totalmente liberado si ya había ingresado en su patrimonio la contraprestación correspondiente. Es decir, no se puede obligar al deudor a cumplir aquello que es imposible, pero sí que, en virtud de la buena fe y la equidad, ha de devolver las prestaciones que hubiese recibido de la otra parte. Además, se debe tener presente que el artículo 1124 CC no exige, para la resolución del contrato, que el incumplimiento del deudor haya obedecido a una voluntad deliberadamente rebelde, sino que es suficiente que se haya frustrado el contrato para la otra parte. Y, finalmente, se debe atender a la equivalencia de las prestaciones, atendiendo a las exigencias de la buena fe. (STS de 11 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1988, la sociedad *Edificaciones Lanzarote, Apartamentos y Bungalows, S. A.* celebró un contrato de promesa bilateral de compraventa con la entidad *Hermanos Santana Cazorla, S. A.*, en virtud del cual la primera adquiriría unos terrenos para construir allí una urbanización, por los cuales hizo un primer pago. En 1992, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias declaró nulo el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento que permitía urbanizar aquellas fincas. Dado que *Hermanos Santana Cazorla, S. A.* no cumplió con el contrato, la otra sociedad interpuso demanda contra ella en la que solicitaba la resolución del contrato o la condena a su cumplimiento. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Esta resolución fue recurrida por la actora y la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria estimó el recurso, declaró resuelto el contrato de promesa de venta y condenó a la demandada a la restitución de la cantidad recibida de *Edificaciones Lanzarote, Apartamentos y Bungalows, S. A.* La demandada interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que lo desestima al considerar que, a pesar de existir una imposibilidad sobrevenida de la prestación, se debe restituir el precio recibido. (M. V. V.)

22. Contrato de tracto continuado. Prestación de servicios telefónicos de comunicaciones eróticas y de multiconferencia. Falta de justificación de la resolución unilateral cuando no existe incumplimiento de la otra parte, ni un uso del servicio contrario a su finalidad social.—El núcleo de la cuestión está en si *Telefónica de España, S. A.* pudo resolver unilateralmente el contrato, pues en el mismo se prevé la responsabilidad del contratante cuyo grave incumplimiento da lugar a la extinción de contrato, así como el mal uso del servicio o el ser contrario a su finalidad social. Pero el servicio consistente en comunicaciones eróticas o de multiconferencia no puede ser considerado grave incumplimiento, ni mal uso ni contrario a la finalidad social, por cuanto ello no consta, sino unas genéricas protestas que dieron lugar a que no se suprimieran tales servicios, sino que se regularan por la Administración Pública, manteniéndose en la actualidad tales servicios. No hay, pues, incumplimiento, mal uso o uso contrario a la finalidad social en la actuación de la actora (SSTS de 22 de marzo y de 11 y 12 de julio de 2001; con la particularidad de que en todas ellas se resolvieron asuntos idénticos al que ahora ocupa al Alto Tribunal, y en las que se decidieron litigios sostenidos contra *Telefónica de España, S. A.* por resolución unilateral de esta clase de contratos).

Abuso del derecho: exclusión.—No debe plantearse aquí la cuestión del abuso del derecho, cuyo concepto en nada coincide con el caso de autos, en que la cuestión es la resolución unilateral del contrato de tracto continuo. Por tanto, el cumplimiento del mismo: por la parte demandante, pagar el precio y utilizar el servicio y por Telefónica prestar este servicio. Aquélla no ha ejercitado un derecho en forma abusiva, y ésta ha incumplido su obligación de proporcionar continuadamente el servicio al resolver unilateralmente el contrato.

Incumplimiento contractual como cuestión de hecho. Sólo afecta a los hechos que la fundamentan, no a la calificación jurídica de los mismos.—Si bien es cierto que diversas sentencias de esta Sala se refieren al incumplimiento contractual como una cuestión de hecho, y como consecuencia sólo verificable en casación por la vía del error en la valoración de la prueba, sin embargo tal doctrina alude a los hechos que sirven de base a tal apreciación, pero no a la significación jurídica de los mismos como incumplimiento contractual, el cual, en esta perspectiva, constituye un concepto jurídico indeterminado que, como *questio iuris*, es plenamente revisable en el recurso extraordinario. (STS de 14 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *L., S. A.*, en concepto de abonada, y *Telefónica de España, S. A.*, como prestadora del servicio, suscribieron en agosto de 1992 un contrato de tarificación adicional, también conocido como de «línea 903». Dicho contrato fue interrumpido unilateralmente por la compañía Telefónica en diciembre del mismo año con fundamento en la alarma social creada por el servicio prestado por la abonada a los usuarios. La abonada interpuso demanda solicitando la indemnización de los daños ocasionados por la injustificada suspensión del servicio y por estimar improcedente la resolución unilateral del contrato. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y condenó a la demandada a indemnizar el lucro cesante. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación planteado por la condenada y, con desestimación de la demanda, absolvió a la apelante. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (*L. A. G. D.*)

23. Pago por tercero.—Aunque la demandante no sea la titular de la cuenta desde la que se hizo el pago, es cierto y probado que se hizo efectivo a la promotora inicial, y no cabe duda de que ese pago se hizo en interés de la demandante. Que la cuenta pertenezca o no a una tercera persona en nada obsta a estimar que tal pago se realizó en nombre de la demandante, habida cuenta que los pagos pueden ser realizados por un tercero como señala el artículo 1158 CC.

Intereses moratorios.—Tal y como ha recogido la doctrina de esta Sala, si el abono de intereses se postula en la demanda y no se fija por la valoración probatoria, ha de computarse desde la fecha de la interpelación judicial y no desde la firmeza de la sentencia. Sólo se precisa que la cantidad sea exigible y líquida. La función de los intereses de demora es la indemnización de daños y perjuicios, imputable a la demora en el cumplimiento de la obligación. La S de 18 de febrero de 1998 establecía que «para que se cumpla la tutela judicial se exige no sólo que se cumpla el fallo condenatorio, sino que el ganador consiga el restablecimiento pleno de su derecho hasta la *restitutio in integrum*, actuando en tal sentido el interés de demora».

Intereses procesales.—Al margen de la existencia de la mora, rige también lo dispuesto en el artículo 921 LEC: «cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará a favor del acreedor, desde que aquélla fuere dictada en primera instancia hasta que sea totalmente ejecutada, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto legal de las partes, o disposición especial, salvo que interpuesto recurso, la resolución fuere totalmente revocada». Los intereses del artículo 921 LEC, que nacen desde la sentencia, fluyen *ope legis* de toda condena al pago de una cantidad líquida, y no es preciso que el juzgador las acuerde, pues ya está determinada en la Ley. La STS de 17 de febrero de 1994 ha añadido que los intereses moratorios y los procesales no pueden confundirse.

Incumplimiento contractual.—Cuando la recurrente se subrogó en los derechos y obligaciones de *TGUSA*, ya se había producido por esta entidad el incumplimiento que permitiría la resolución contractual y, pese a ello, la hoy recurrente en casación se subrogó. Consecuentemente, no puede aceptarse que ahora pretenda imponer a los compradores el pago del precio, ya que se había producido con anterioridad el incumplimiento por *TGUSA*, que se trasladó por subrogación a *Construcciones Marchante Jiménez, S. L.* (STS de 5 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *TGUSA* construía unas viviendas en el término municipal de Ciudad Real y vendió las mismas a diversos compradores, entre los que se encontraban los demandantes. La cláusula séptima del contrato de compraventa establecía que la vivienda se entregaría terminada en el plazo de doce meses a contar desde el otorgamiento de la licencia de construcción, incurriendo *TGUSA* en responsabilidad, por cada día de retraso en la entrega, siempre que no fuera debido a causas ajenas a dicha sociedad. Por otra parte, en caso de impago del precio, en todo o en parte, *TGUSA* podría dar por resuelto el contrato, con pérdida por el comprador del 30 por 100 de las cantidades abonadas. El Ayuntamiento concedió licencia de obras en octubre de 1993, pero debido a problemas económicos no fueron terminadas. Ante tal dificultad, en abril de 1995, *TGUSA* contrató a *Construcciones Marchante Jiménez, S. L.*, a la que transmitió las fincas urbanas en el estado en que se encontraban. En el mencionado contrato, la adquirente se subrogaba en los contratos de compraventa que la promotora hubiese realizado. En junio de 1995 se suscribieron documentos en los que *Construcciones Marchante Jiménez, S. L.* mostraba su conformidad para resolver el contrato de adquisición de vivienda, debiendo devolver las cantidades entregadas hasta ese momento por los adquirentes. Algunos de los adquirentes tomaron tal alternativa, pero no así los actores. En octubre de 1995 se certificó la finalización de la obra y se hizo entrega de las llaves a diversos propietarios, pero no a los demandantes. Los demandantes interpusieron demanda, en la que solicitaban la condena a la demandada a abonar y pagar a los actores los intereses legales de las cantidades entregadas por éstos como parte del precio, computados desde la fecha en la que originariamente deberían haber sido entregadas las viviendas, y la condena al pago de una cantidad por cada día de retraso en la entrega de la vivienda. El Juzgado de Primera Instancia desestimó sus pretensiones. Posteriormente, la Audiencia Provincial esti-

mó parcialmente el recurso interpuesto por los actores. *Construcciones Marchante Jiménez, S. L.* formula recurso de casación, que funda en la infracción del artículo 1253 CC, pues considera que el tribunal ha utilizado la prueba por presunciones, cuando ésta sólo debe utilizarse cuando no exista otra demostración eficaz; asimismo, estima que la extensión de la condena al pago de intereses legales desde la interpelación judicial implica infracción del artículo 1100 CC. Finalmente, denuncia la inaplicación del artículo 1124.II CC. (E. C. V.)

24. Contrato de compraventa. Necesidad de que el precio sea cierto, bien ya esté perfectamente determinado o sea meramente determinable.—No puede existir un contrato de compraventa si no hay un precio cierto, de conformidad con los artículos 1445 y 1450 CC. Cabe la posibilidad de que el precio no esté determinado, siempre que sea determinable (arts. 1447 y 1448 CC), sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, pero en modo alguno puede dejarse el señalamiento al arbitrio de uno solo de ellos (art. 1449 CC), o entender que cabe fijarlo en un proceso, salvo cuando las partes hayan convenido que la determinación se efectúe judicialmente.

Acción reivindicatoria. Legitimación *ad causam*. Requisito del dominio del actor. Concorre aun cuando se haya vendido el bien litigioso, si la demanda es anterior a la transmisión. *Perpetuatio legitimacionis*.—Habiéndose presentado la demanda el mismo día de la venta de la finca a terceros ajenos a este proceso, resulta incuestionable que el acto procesal es anterior al contrato porque así se deduce de sus propias estipulaciones, donde se contiene un pacto especial en el que la actora manifiesta conocer la situación jurídica en que se halla el sótano objeto de venta en relación al pleito que la entidad vendedora mantiene con los recurrentes; obligándose la parte vendedora a concluir el pleito iniciado con total indemnidad para los compradores. Estipulación que, en definitiva, determina una prioridad en el tiempo, sin que quepa valorar las consecuencias de la misma por ser ajenas a la parte recurrente y al proceso. Siendo por lo demás uno de los efectos de la litispendencia, que se producen desde la presentación de la demanda, y una vez que ésta es admitida, la denominada *perpetuatio legitimacionis*. (STS de 24 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora y los demandados suscribieron un contrato de compraventa en el que la primera vendía a la segunda un sótano a cambio de una cantidad de dinero, parte de la cual fue entregada en el acto de celebrarse el contrato y otra parte se estipuló que fuese abonada por compensación por imputación de facturas de consumos de electricidad que la vendedora había hecho mediante la utilización del contador de la compradora, importe que nunca llegó a determinarse. La vendedora ejercita acción reivindicatoria solicitando la devolución del bien vendido al estimar que la compraventa no llegó a consumarse por falta de determinación del precio de la misma. Los demandados adujeron la existencia del contrato y la falta de legitimación *ad causam* de la actora por haber vendido el bien a otras personas. El Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación de la actora y condenó

a los demandados a devolver la posesión de la finca a la demandante y a indemnizar los daños ocasionados. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (L. A. G. D.)

25. Compraventa. La ausencia de otorgamiento de escritura pública no obstaculiza la plena eficacia del contrato.—Como acertadamente declara la sentencia recurrida ninguna condición resolutoria se pactó. No estamos ante una obligación condicionada a un suceso pretérito futuro o incierto, pues al pacto de otorgar escritura futura no se le dio carácter de condición resolutoria expresamente acordada, y ante su ausencia la compraventa celebrada seguiría surtiendo en esta línea todos sus efectos, por lo que el negocio permanecía subsistente en su contenido obligacional, ya que al suscribirse el documento privado se constituyó ya el contrato. La elevación a escritura pública aquí no tiene condición de documentación constitutiva, y actúa en las funciones principales que atribuyen los artículos 1280 y 1464 CC garantiza los derechos de las partes y facilita, en su caso, el acceso al Registro de la Propiedad. La ausencia de otorgamiento no obstaculiza la eficacia del contrato ni actúa como impedimento de exigibilidad de lo convenido.

Compraventa. Aplicación del artículo 1124 CC.—Como queda dicho, al pacto de otorgamiento de escritura pública no se le dio condición resolutoria expresamente pactada, sucede que los hechos probados ponen de manifiesto pasividad acreditada del comprador y del vendedor, ya que dejaron transcurrir el plazo de sesenta días fijado para escriturar públicamente la compraventa y que terminaba el 10 de diciembre de 1994 (*sic*) sin que hubieran realizado actividad alguna ni gestión al efecto, lo que entra en el ámbito de una situación de incumplimiento mutuo, pues, por una parte, el local recibido no fue entregado al adquirente y, por otra, se convino que el resto del precio aplazado, es decir, 85.000.000 de pesetas, se haría efectivo a la firma de la escritura (cláusula primera), teniendo indudable condición de arras penitenciarías la cantidad que fue anticipada, pues así se hizo constar expresamente en la cláusula tercera, que dice: «todo ello conforme al artículo 1504 CC». Se da por tanto obligación mutua y simultánea de pagar el precio adeudado y otorgar escritura y ni lo uno ni lo otro tuvo lugar, por lo que habrá de actuarse según el artículo 1124 CC y como declara la S de 1 de febrero de 1997, se ha producido incumplimiento recíproco que equivale a un mutuo desistimiento o apartamiento del contrato, lo que fue previsto en la cláusula tercera que autorizaba hasta la firma de la escritura, y, por tanto, dentro del plazo imperativo de los sesenta días establecido para su otorgamiento (cláusula segunda), a desistir tanto al vendedor como al comprador. Se trata de un desistimiento válidamente negociado que excepciona la fuerza obligatoria y faculta la liquidación de la relación conforme autoriza el artículo 1255 y como sigue enseñando la sentencia citada, se da convergencia de conductas incumplidoras que se neutralizan con un efecto compensador de responsabilidades, lo que conduce a decidir que procede la devolución de las arras, al acogerse el motivo y confirmar la sentencia del Juez de Primera Instancia. (STS de 5 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 10 de octubre de 1995, *Gestiones y Desarrollos Patrimoniales, S. A.* vendió a don L. B. M. un local por un precio de noventa y cinco millones de pesetas. El comprador

entregó la cantidad de nueve millones y medio de pesetas en concepto de arras, habiéndose estipulado en el contrato privado que «la escritura de compraventa habrá de celebrarse necesariamente dentro del plazo de sesenta días a contar desde la fecha de hoy». Asimismo, se pactó que el resto del precio se haría efectivo a la firma de la escritura. Dicha escritura no se otorgó en el plazo convenido ni en ningún otro momento. Don L. B. M. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pamplona en la cual solicitaba la extinción del contrato y la devolución de las arras por transcurso del plazo fijado como condición. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia por la sociedad vendedora, la Audiencia de Navarra la revocó, desestimando las pretensiones del actor. Interpuesto recurso de casación por éste, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, al considerar que se había producido un incumplimiento recíproco del contrato equivalente a un mutuo desistimiento. (A. S. C.)

26. Pacto de reserva de dominio. Alcance y efectos.—El pacto de reserva de dominio, cuya validez ha sido reconocida por jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTS de 19 de mayo de 1989, 16 de julio de 1993 y 7 de octubre de 1995), constituye una garantía de cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada. Durante el período de pendencia de la expresada condición, si bien el comprador ostenta la posesión y el goce de la cosa, carece en absoluto de poder de disposición o facultad transmisiva de la misma, por lo que si antes de haber completado el pago dispone de ella, podrá el vendedor ejercitar las acciones procedentes —reivindicatoria o tercería de dominio— para obtener la recuperación del bien de que se trate.

Eficacia de los contratos frente a terceros.—Aunque es incuestionable que un contrato no puede crear obligaciones para quien no ha sido parte en el mismo, ni es heredero de alguno de los otorgantes, ello no significa que los terceros nunca puedan verse afectados por un contrato anterior. Ello sucederá si el contrato ha creado una situación jurídica que deba ser respetada por aquéllos. El Tribunal Supremo ha admitido reiteradamente (SSTS de 1 de abril de 1977, 20 de febrero y 2 de noviembre de 1981, 27 de mayo de 1989, 26 de mayo de 1995 y 1 de junio de 1999), que los derechos y obligaciones que emanan de un concreto negocio jurídico pueden trascender —más allá del círculo de sus otorgantes y herederos— a quien, por ser causahabiente a título particular por actos *inter vivos* de uno de los contratantes, se haya introducido en la relación jurídica preexistente mediante el nuevo contrato que con aquel ha celebrado. Este efecto reflejo de los contratos, reconocido por la jurisprudencia, viene a mitigar la rigidez del principio de relatividad de los mismos consagrado en el artículo 1257 CC. (STS de 14 de octubre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los cónyuges don J. J. L. y doña M. C. M., titulares registrales de una vivienda y de una plaza de garaje sitos en Móstoles, celebran contrato de compraventa en documento privado con el señor L. y su esposa. En tal documento se pacta expresamente reserva de dominio a favor de los vendedores, a quienes se faculta

para instar la resolución contractual si los compradores faltan al abono de alguno de los plazos de los pagos previstos. A su vez, estos últimos se someten a la prohibición de disponer de los bienes hasta el total cumplimiento de las obligaciones asumidas por ellos.

Al no haber sido atendidas por los compradores algunas de las letras de cambio que habían aceptado y tras varios requerimientos notariales de pago sin resultado, los vendedores formulan demanda sobre resolución de contrato de compraventa. Este procedimiento termina con sentencia que estima la pretensión de los actores y que condena al señor L. y esposa a desalojar el piso y la plaza de garaje objeto del contrato resuelto.

Sin embargo, el matrimonio B.-F. (que había comprado la vivienda y la plaza de garaje al señor L. y su esposa) ejercita demanda incidental de oposición a la ejecución de la misma. Ante tal solicitud, se suspende la ejecución de la sentencia dictada y se reserva a los demandantes el derecho a ejercitar su pretensión en el juicio correspondiente. Por ello, los cónyuges vendedores ejercitan acción reivindicatoria respecto a la vivienda y plaza de garaje contra el matrimonio B.-F. y solicitan que los mismos sean condenados al abono de los daños y perjuicios irrogados por su actitud dolosa.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y ordena el lanzamiento de los demandados del piso y plaza de garaje que ocupan. Recurrida la sentencia, ésta es confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el matrimonio B.-F. (*M. C. C. M.*)

27. Doble venta. Preferencia del título de fecha más antigua ante la falta de buena fe del segundo adquirente.—Es evidente el conocimiento atribuido al señor D. O., que determina la falta de buena fe en la adquisición posesoria (SS 17 de diciembre de 1984, 24 de marzo y 11 de abril de 1992), y, por consiguiente, debe aplicarse la regla de la prioridad del título de fecha más antigua, con exclusión de la de toma de posesión, en orden a dirimir el conflicto de doble venta, de conformidad con lo establecido en el artículo 1473, párrafo tercero, CC.

Doble venta. Necesidad de título y modo para la transmisión del dominio del bien adquirido por compraventa.—Para adquirir el dominio es preciso un título idóneo (art. 609), el cual puede ser autosuficiente, o requerir, cuando se trata de un contrato como el de compraventa, el complemento de la tradición, de conformidad con la doctrina del título y el modo consagrada en los artículos 609 y 1095, inciso segundo, CC. La obligación de entregar la cosa nace con la perfección de la compraventa (art. 1461 CC), pero la transmisión del dominio sólo se produce mediante la entrega en alguna de las modalidades previstas en la Ley (arts. 1462 a 1464 CC). La obligación de entrega de la cosa por el demandante que se declara en el presente proceso es una consecuencia —sustantiva— de tener mejor derecho los primeros compradores, y —procesal— de la propia petición subsidiaria de la demanda. Pero no cabía atribuir el dominio. El precepto del artículo 1473 CC no resuelve cuestiones dominicales, sino solamente el estado anormal creado por la doble venta (S 23 de junio de 1951). (**STS de 3 de octubre de 2003**; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 1 de diciembre de 1984, don F. C. y don G. B., juntamente con sus respectivas esposas, vendieron una finca sita en Las Palmas a los señores J. T. y N. S. en documento privado. Posteriormente, en fecha 15 de marzo de 1986, volvieron a vender la misma finca a don J. D. también en documento privado. Ninguno de los referidos documentos se elevó a escritura pública. Sin embargo, cabe decir que J. D. tomó posesión de la referida finca. J. D. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Las Palmas para que se le declarase dueño en pleno dominio del inmueble, así como poseedor de buena fe del mismo. Don J. T. y doña N. S. formularon reconvencción en la que solicitaban que el actor fuera declarado poseedor de mala fe del inmueble litigioso y que, ante la colisión de derechos producida por la doble venta, se declarase su mejor derecho a la finca por ser su título más antiguo. El Juzgado estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia de Las Palmas, ésta revocó la sentencia de instancia, estimando, parcialmente, la reconvencción. La Audiencia consideró de mala fe la posesión de J. D. y, con base en el último criterio del artículo 1473 CC, antigüedad del título presentado, atribuyó el dominio pleno de la finca a J. T. y N. S. El Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por J. D., pero sólo en cuanto a suprimir de la sentencia de la Audiencia la mención de «atribuyendo el dominio pleno y exclusivo del inmueble litigioso a dichos apelantes». (A. S. C.)

28. *Dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción por vicios ocultos.—No cabe duda, que el invocado artículo 1490 establece el plazo preciso de seis meses, dentro del cual puede ejercitarse, entre otras, las acciones por vicios ocultos, plazo que tiene carácter de «disposición especial», conforme a lo que señala el artículo 1969 CC, con la advertencia, además, de que, según pacífica opinión doctrinal y reiterada jurisprudencia de la Sala, el tal plazo es de caducidad y no prescripción. El *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo se cuenta «desde la entrega de la cosa vendida». La simplicidad del precepto no se presta a complicadas interpretaciones, más allá de la literalidad del mismo en lo que concierne al plazo, su extinción y cómputo. La entrega real de las cosas vendidas (no la entrega *facta*, ni la simbólica, según razonable jurisprudencia por la dificultad de apreciar los vicios, STS de 6 de noviembre de 1995) determina el hecho que sirve de inicio al cómputo. En el caso consta acreditado que la última entrega de hormigón se produjo en el mes de noviembre de 1993. Obvio, en consecuencia, que la contestación a la demanda y reconvencción, producida el día 20 de septiembre de 1994, en relación con demanda que se presentó el día 4 de julio de 1994, se formuló fuera del plazo de caducidad otorgado para el ejercicio de la acción. (STS de 14 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Readymix Asland, S. A.* vendió a *Internacional Foundation Company Española, S. A.* determinadas partidas de hormigón. Ante la falta de pago del precio, *Readymix Asland, S. A.* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Barcelona reclamando el correspondiente pago.

La sociedad *Foundation Company Española, S. A.* formuló reconvencción alegando que las partidas de hormigón eran defectuosas. El Juzgado estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción. Apelada la sentencia, la Audiencia estimó en parte tanto la demanda como la reconvencción. Interpuesto recurso de casación por *Readymix Asland, S. A.*, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, al considerar que la acción por vicios ocultos ejercitada en la reconvencción había caducado. En consecuencia, se confirmó la sentencia del Juzgado. (A. S. C.)

29. Arrendamientos rústicos.—Legitimación pasiva del arrendador en los casos de ejercicio del derecho de tanteo. Legitimación pasiva del comprador para los supuestos de retracto y adquisición preferente.—Al haberse articulado en la demanda el ejercicio de una acción de tanteo, en consonancia con tal petición, es el demandado vendedor el que está legitimado pasivamente para mantener la carga del proceso; no así el comprador, que lo estaría si la acción ejercitada hubiera sido la de retracto o la de adquisición preferente.

Incongruencia por haber resuelto el Tribunal una excepción no formulada por la parte demandada. Posibilidad de examen de oficio por el Tribunal de la falta de legitimación pasiva *ad causam*.—La falta de legitimación pasiva *ad causam* puede ser examinada de oficio por el Tribunal por ser presupuesto de la relación jurídico-procesal y como cuestión ligada indisolublemente al interés que la parte demandada tiene a ejercitar su defensa y a la tutela efectiva de tal interés; sin que ninguna indefensión se le haya ocasionado a la parte actora, que se ha defendido y ha sido oída sobre la cuestión en el recurso de apelación.

Arrendamientos rústicos. Condición de profesional de la agricultura en los casos de personas jurídicas. Necesidad de que la actividad agrícola constituya su objeto exclusivo o, al menos, preferente.—En los casos de sociedades agrarias de transformación, u otras sociedades civiles, laborales o mercantiles, tanto en la redacción originaria de la LAR de 1980, como en la LMEA de 1995, tienen el carácter de profesional de la agricultura cuando tales sociedades tengan por objeto exclusivo el ejercicio de la actividad agraria. Y lo que diferencia al cultivador personal del profesional es que el cultivador personal lo es cuando las labores agrícolas las realiza personalmente o ayudado por los miembros de su familia, sin emplear asalariados, salvo en determinadas épocas del año, en que por necesidades laborales exijan temporalmente más mano de obra. La sociedad arrendataria tiene estatutariamente reconocida otras actividades de contenido netamente mercantil, que importan en el balance económico de la sociedad una cuantía superior a las que puede obtener por la actividad agrícola a la que también se dedica. Y si para la calificación de las personas físicas de «profesional de la agricultura» se entiende que las actividades agrícolas se pueden compaginar con actividades distintas, no obstante se exige que las preferentes sean las agrícolas, requisito éste que tampoco se cumple en la sociedad recurrente. (STS de 16 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora había arrendado al demandado una finca rústica por término de seis años. Un año después de celebrar el contrato conoció que el arrendador había vendido la finca a su her-

mano. La actora, consignando la cantidad que había sido satisfecha por el comprador y obligándose a realizar los demás pagos que resultaran legítimos, demandó al arrendador vendedor ejercitando la acción de tanteo, por entender que aunque el contrato de compra-venta se había perfeccionado, no se había consumado por no haber entrado en posesión de la cosa el comprador. El Juzgado de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera consideró que lo ejercitado no era una acción de tanteo, sino de adquisición preferente, a la que no dio lugar por no haber acreditado la entidad demandante su condición de profesional de la agricultura. La Audiencia Provincial de Córdoba desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante y acogiendo la adhesión a la apelación formulada por el demandado, estimó de oficio la falta de legitimación pasiva, con igual resultado desestimatorio de la demanda, sosteniendo, asimismo que la actora no era profesional de la agricultura a los efectos prevenidos en la LAR. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (L. A. G. D.)

30. Arrendamientos rústicos históricos. Derecho de acceso a la propiedad y determinación de la cuantía del pleito.—Cuando se trata de cuestiones sobre el ejercicio del derecho de acceso a la propiedad, al tratarse de derecho reconocido por la Ley especial, a lo que ha de atenderse es al valor de la finca sobre la que se ejercita dicho derecho (STS de 29 de octubre de 1999).

Arrendamientos excluidos. Fincas adquiridas por causa de utilidad pública o de interés social y existencia de una legislación especial que acuerde la exclusión de su arrendamiento (art. 6.6.º LAR).—En el presente caso no concurre ninguno de los requisitos establecidos en el precepto, pues, aun admitiendo que la aportación a la *Fundación A.* de la finca objeto del derecho de acceso a la propiedad se realizó con una finalidad de interés benéfico-social, ello no constituye la «causa de utilidad pública o interés social» referida en la Ley, que más bien es relacionable con situaciones expropiatorias o con las contempladas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973. Y en cuanto a la frase «en los términos que disponga la legislación especial», es claro que no se refiere al carácter benéfico-social de la adquisición sino a que exista legislación especial que excluya el arrendamiento de la LAR.

Profesional de la agricultura. Compatibilidad con situación de jubilación.—El hecho de que el actor se hallase jubilado y hubiera trabajado anteriormente para determinadas empresas no le priva de su cualidad de profesional de la agricultura, ni de cultivador personal, al no constar, ni haberse alegado, la utilización de asalariados para la llevanza de la explotación agraria (SSTS de 27 de julio de 1993 y de 27 de junio de 1997). (STS de 13 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El actor ejercitó acción sobre reconocimiento de su derecho de acceso a la propiedad de determinadas fincas rústicas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos, demandando a la Administración Autonómica Vasca y a la *Fundación Alday* como adjudicataria de las fincas litigiosas. El Juzgado de Primera Instancia entendió

que se trataba de un arrendamiento excluido de la LARH y, por tanto, sobre el que no existía derecho de acceso a la propiedad para el demandante. La Audiencia de Vitoria desestimó el recurso de apelación planteado por el actor. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante.

NOTA.—La LAR de 31 de diciembre de 1980, a cuyo artículo 6.6.º alude el presente caso, ha sido derogada por la *Disposición derogatoria única* de la vigente Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, cuyo artículo 6, apartado c), recoge la exclusión objeto de estudio en la sentencia. (L. A. G. D.)

31. Prescripción y solidaridad.—La prescripción es una institución fundada en los principios de seguridad jurídica y dejadez del ejercicio del propio derecho, de modo que su aplicación por los tribunales debe ser cautelosa y restrictiva. Además, en las obligaciones solidarias, la interrupción prescriptiva perjudica por igual a todos los demandados, de modo que si hay reclamaciones extrajudiciales dirigidas contra uno de los responsables, esta reclamación interrumpe el plazo prescriptivo respecto todos ellos.

La responsabilidad de los arquitectos por defectos en la construcción.—Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, los arquitectos comparten en iguales partes con el aparejador y el constructor la responsabilidad por defectos apreciados en la construcción y, en los casos que la ruina del edificio proceda de la mala calidad de los materiales usados en la construcción, se genera una responsabilidad solidaria que alcanza al arquitecto, ya que incumple su deber profesional de controlar la calidad de los materiales.

La responsabilidad de los aparejadores por defectos en la construcción.—La responsabilidad decenal de los aparejadores por incumplimiento de sus obligaciones profesionales no sólo se encuentra en el Decreto de 19 de febrero de 1971, sino también en el de 16 de julio de 1935, conforme a los cuales son deberes profesionales de tales técnicos, la ejecución y vigilancia de las órdenes dadas por la dirección de la obra, que incluye la comprobación del empleo de materiales adecuados. Asimismo participan como técnicos en la dirección de la obra y deben conocer las normas tecnológicas de la edificación y advertir al arquitecto de su incumplimiento, así como vigilar que la realidad constructiva se ajuste a su *lex artis*. Finalmente, les corresponde la inspección de los materiales empleados, así como la correcta ejecución de las actividades constructivas, respondiendo de los resultados dañosos que se ocasionen debido a errores, defectos o vicios de las edificaciones en que intervienen. (STS de 29 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Promotora Constructora Salmantina, S. A. (Proconsa)* impulsaba la construcción de unas viviendas, en las cuales se usaron como material de construcción unas bovedillas de cerámica fabricadas por la empresa *Cerámica Cuatro Palomas, S. A.* Estas bovedillas eran defectuosas ya que no resistían al calor. Por este motivo, la empresa promotora interpuso demanda contra don E. P. M., don M. B. M., don J. E. A. G., don L. D. P., don F. R. S., don G. C., la empresa *Proyectos de Ingeniería y Servicios, S. A.*, y contra *Cerámica Cuatro Palomas, S. A.*, en la que solicitaba que se les condenase, de forma solidaria, al pago

de los daños y perjuicios ocasionados en esas viviendas. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a *Proyectos de Ingeniería y Servicios, S. A.*, pero condenó al resto de los demandados al pago de una cantidad, que señalaba en la misma sentencia. Don L. D. P. y don J. A. G. (que eran el arquitecto y el aparejador) interpusieron recurso de apelación contra dicha sentencia, así como la sociedad *Cerámica Cuatro Palomas*. La Audiencia Provincial de Salamanca desestimó ambos recursos, resolución contra la cual los apelantes interpusieron sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar ninguno de los recursos, ya que entre las tareas del arquitecto y el aparejador se halla la comprobación del estado de los materiales. (*M. V. V.*)

32. Concepto de ruina funcional.—La declaración de existencia de ruina requiere, en primer lugar, la fijación de los hechos y circunstancias que integran el vicio o defecto constructivo. En segundo lugar, se deben calificar estos hechos como constitutivos de ruina física, potencial o funcional. Esta última apreciación es una función de carácter jurídico que incumbe a los órganos jurisdiccionales y, en principio, corresponde al juzgador de instancia, aunque se puede discutir en casación la calificación efectuada por éste cuando sea ilógica o irracional. La ruina en su modalidad funcional se configura en torno a la utilidad de la cosa construida. Este tipo de ruina tiene lugar cuando la construcción es inútil para la finalidad que le es propia, es decir, cuando no sea apta para la finalidad para la que es adquirida o se convierta su uso en gravemente irritante o molesto. En el caso de plazas de garaje, la doctrina jurisprudencial (SSTS de 3 de marzo de 1979, 24 de septiembre de 1986 y 15 de julio de 1987) declara «que es de considerar como esencial la adecuación que las plazas de garaje han de tener respecto al fin que le es propio, adecuación que alcanza tanto al tema de las dimensiones como al de los accesos, y la compraventa de las mismas comporta la obligación de entrega el objeto hábil y la plena satisfacción del comprador que le permite el uso de la plaza para su específico fin». Por tanto, en aquellos casos que la circulación por el garaje ofrezca dificultades en lo que se refiere a los giros o dificulten las maniobras, nos hallaremos ante un supuesto de ruina funcional.

Responsabilidad del ingeniero industrial y de la constructora por ruina funcional.—La ruina funcional constituye un defecto en la construcción imputable al proyecto y a su ejecución. El ingeniero industrial sería responsable por no vigilar la ejecución y dar su aprobación a un resultado incorrecto, mientras la empresa constructora y promotora lo sería por no efectuar la construcción adecuada, ya que no puede realizar una obra que no reúne los requisitos suficientes para destinarse a la finalidad prevista. Ambos sujetos son responsables de forma solidaria, ya que no se puede determinar en qué grado ha contribuido cada uno de ellos en la causación del daño.

Compatibilidad de la acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC con la resolución contractual o la acción de cumplimiento defectuoso o incumplimiento.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la compatibilidad de la acción por ruina funcional del artículo 1591 CC con las de cumplimiento o resolución contractual del artículo 1124 CC o incumplimiento o cumplimiento defectuoso del artículo 1101 CC. Por tanto, el perjudicado legitimado puede optar por la acción que considere más con-

veniente a sus intereses, ya que no hay ningún precepto que imponga la preferencia de alguna de estas acciones

Contenido resarcitorio del artículo 1591 CC.—Según el artículo 1591 CC, la declaración de ruina determina que se «responda de los daños y perjuicios» y lo que se pide es esta responsabilidad. La norma legal no exige que se solicite un cumplimiento en forma específica. Además, en aquellos casos en que sea imposible la reparación en forma específica, resulta incuestionable que se deberá satisfacer una indemnización dineraria. (STS de 2 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *IBARU, S. L.* y los señores J. A. M. L., M. I. G. F., J. B. G. y A. M. M. V. adquirieron de la promotora *Pro-moegara, S. L.* diversas plazas de garaje. A pesar que el edificio de parking tenía la licencia de obra definitiva del Ayuntamiento, la construcción se había realizado de tal modo que la circulación y maniobrabilidad por el interior del edificio era muy difícil. Los citados adquirentes de las plazas de aparcamiento interpusieron demanda contra la empresa promotora y el ingeniero industrial don E. P. D., en la que solicitaban que se declarase la ruina funcional del edificio de aparcamiento privado y se les condenase a la restitución de las cantidades satisfechas como pago de las plazas compradas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que no existían defectos en el edificio que provocasen su ruina funcional, decisión que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Los demandantes interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que declara que ha lugar, ya que la realización de la obra impide que las plazas adquiridas se puedan destinar fácilmente a su finalidad propia, que es el aparcamiento.

NOTA.—Esta sentencia del Tribunal Supremo presenta como peculiaridad que modifica, correctamente, la apreciación de los tribunales de instancia respecto de la inexistencia de ruina en el aparcamiento construido. Según doctrina reiterada de este Tribunal, se aprecia ruina funcional «cuando los defectos tienen una envergadura o gravedad que exceden de las imperfecciones corrientes haciendo inútil o impropia la cosa para su finalidad» (STS de 15 de octubre de 2003 [RJ 2003, 7013]). En el caso enjuiciado, a pesar que las mismas sentencias de instancia consideran probado que «las condiciones mínimas de maniobrabilidad por el interior del edificio no llegan a respetarse» o que «los vehículos, al circular por las rampas, sufren golpes en la parte delantera o trasera según el sentido de utilización de las mismas», no aprecian que estos defectos en la ejecución del proyecto técnico impidan destinar el edificio construido a su finalidad, que es la de aparcamiento. En cambio, el Tribunal Supremo estima, correctamente, que los defectos en la ejecución de la obra son de tal entidad que se pueden considerar vicios ruinosos.

Además, esta sentencia también tiene como particularidad que el Tribunal Supremo considera que el perjudicado por vicios constructivos de una edificación puede solicitar una indemnización por los daños padecidos sin que sea necesario reclamar, previamente, el cumplimiento en forma específica o *in natura*. La regla general en la doctrina jurisprudencial es que el cumplimiento por equiva-

lente es subsidiario de la reparación *in natura* (por ejemplo, STS de 12 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9999]). Sin embargo, excepcionalmente, el Tribunal Supremo también ha admitido el cumplimiento por equivalente sin carácter subsidiario en los casos en que los responsables de los vicios constructivos han sido requeridos a su reparación por los perjudicados y, ante su pasividad, estos últimos han debido realizar las obras necesarias para su conservación (por ejemplo, STS de 9 de octubre de 2001 [RJ 2001, 8789]) o cuando el cumplimiento en forma específica sería imposible o muy difícil, como sería el caso del supuesto enjuiciado.

Véase un comentario más desarrollado de esta sentencia en Jesús ESTRUCH ESTRUCH, «Comentario a la STS de 2 de octubre de 2003», en *CCJC*, núm. 65, mayo/septiembre 2004, pp. 711-731. (M. V. V.)

33. Derecho de representación de las asociaciones de consumidores y usuarios.—El artículo 20.1 LGDCU reconoce a las asociaciones legalmente constituidas la posibilidad de ejercer las acciones en defensa de sus asociados, posibilidad que ha sido reforzada por los artículos 6 y 11 LEC.

La responsabilidad por ruina y la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—Tal como ha manifestado esta Sala (STS de 13 de octubre de 1994), «la institución del litisconsorcio pasivo necesario no opera en las responsabilidades derivadas de la construcción de edificios», de modo que no es necesario que se llame al proceso a todos los intervinientes en el proceso constructivo. La responsabilidad solidaria de todos ellos en los casos en que no es posible individualizar las conductas causantes del daño faculta al perjudicado a dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables civiles. Además, esto no impedirá que posteriormente se puedan ejercer las correspondientes acciones de repetición. (STS de 7 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los señores J. E. G, E. B. B y otros adquirieron unas viviendas unifamiliares que habían sido promovidas y construidas por la empresa *Lerga, S. A.* En estas viviendas aparecieron defectos en las cubiertas y los alicatados, motivo por el cual la *Unión de Consumidores de Castilla la Mancha – Unión de Consumidores de España*, en sustitución procesal de los compradores, interpuso demanda contra la empresa constructora y el arquitecto autor del proyecto, en la que solicitaba la reparación de los defectos padecidos por las viviendas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a ambos demandados a realizar de forma solidaria las obras de reparación necesarias. *Lerga, S. A.*, interpuso recurso de apelación contra esta sentencia, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Guadalajara. Contra esta resolución interpuso recurso de casación, en el que alegaba que la asociación de consumidores no estaba legitimada para actuar en nombre de los compradores y que había habido una incorrecta constitución de la legitimación pasiva, ya que no se había demandado al aparejador. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

NOTA.—En esta sentencia, el Tribunal Supremo pone de manifiesto, una vez más, su línea jurisprudencial conforme a la cual, dado que los agentes de la edificación responden solidariamente

cuando no se haya podido establecer su grado de participación en los daños, no existe litisconsorcio pasivo necesario (véase, por ejemplo, las SSTs de 29 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 10399], de 24 de noviembre de 2003 [RJ 2003, 8088] o de 23 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9142]). Sin embargo, en alguna ocasión el Tribunal Supremo se ha apartado de esta línea al considerar que la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación es una solidaridad que nace de la sentencia, de modo que es necesario que intervengan en él todos los sujetos que se puedan ver afectados por ella (STS de 3 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 9043]. Véase su comentario en Encarna CORDERO LOBATO, «Comentario a la sentencia de 3 de noviembre de 1999», en *CCJC*, núm. 52, enero-marzo 2000, pp. 375-391). En el mismo sentido que esta última sentencia se manifiestan Ángel CARRASCO PERERA / Encarna CORDERO LOBATO / Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, Dilex, 2005.

En la actualidad, el artículo 17.3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999), dispone que en los casos en que no sea posible individualizar la causa de los daños, la responsabilidad de los agentes de la edificación sea solidaria. Y, en consecuencia, el agente de la edificación demandado no podrá oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo, este efecto de la solidaridad se podría mitigar con la solicitud de notificación de la demanda a los otros agentes, que está prevista en la DA 7.^a de esta Ley, o con el ejercicio de la intervención provocada prevista en el artículo 14 de la nueva LEC (Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 134 ss.). (M. V. V.)

34. Contrato de obra a precio alzado.—El contrato de obra por ajuste alzado supone que el constructor debe aplicar su experiencia para calcular el coste total de la obra y prever las posibles eventualidades que pueden suceder durante su realización y repercutir en su coste. El artículo 1593 CC recoge el principio de invariabilidad del precio en este tipo de contratos, aunque, a veces, este principio puede ser matizado cuando sea necesario realizar determinados trabajos y para evitar el enriquecimiento injusto. El hecho que en el contrato conste una cláusula según la cual sea necesario el acuerdo del comitente y el constructor para cualquier modificación en el proyecto técnico o la ejecución de la obra y que el comitente se niegue a prestarlo, no atribuye al dueño de la obra su incremento de coste. (STS de 10 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don E. A. H. celebró un contrato de obra con la entidad *Micasa Bioconstruct, S. A.*, los arquitectos don J. F. C. A. y don S. D. L. y el aparejador don R. L. M. Durante la construcción de la vivienda, se realizó la solera proyectada a un nivel más bajo del previsto en el proyecto, sin que existiese razón alguna para este cambio. Como consecuencia de este hecho, la constructora solicitó al comitente que prestase su consentimiento para cambiar la ubica-

ción de la rampa de acceso de la vivienda, ya que como la solera era más baja de lo previsto, la construcción de la rampa conforme al proyecto la haría impracticable. Sin embargo don E. A. H. se negó a aceptar una modificación de la obra a su costa, lo cual supuso la paralización de la obra. El comitente interpuso demanda contra los agentes de la construcción en la que solicitaba que se les condenase al cumplimiento del contrato conforme al proyecto, así como al pago de todos los incrementos y gastos adiciones que fueran consecuencia de la demora en la realización de la obra. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la empresa constructora y al aparejador a cumplir el contrato de obra y absolvió a los arquitectos demandados. *Micasa Bioconstruct, S. A.* y don R. L. M. interpusieron recurso de apelación contra esta sentencia, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Bilbao, que les condenó únicamente a la demolición de la solera construida. El demandante interpuso recurso de casación contra esta resolución, que fue estimado por el Tribunal Supremo al considerar que el comitente no era el culpable de la paralización de las obras, conforme a la cual no debía soportar un aumento de su precio. (*M. V. V.*)

35. Daños sufridos por pasajero al coger el tren. Responsabilidad contractual de la empresa ferroviaria. Aplicación del artículo 1964 CC.—Por otra parte, tampoco es aceptable el argumento de la primera instancia de que el luctuoso suceso cayó fuera de la órbita del contrato de transporte. No es así; en la consumación de éste, en el momento en que la viajera la comenzaba (*sic*) se produjo el hecho; el transporte, que comienza con la puesta a disposición del viajero del medio para producirlo, comprende el hecho del inicio o del intento del mismo, que no llegó a producirse precisamente por un hecho dañoso. En consecuencia, la posible responsabilidad deriva del cumplimiento del contrato de transporte, se trata de responsabilidad contractual, no de la extracontractual que es más bien una obligación de reparar el daño por quien lo ha producido por un acto ilícito, sin mediar una reclamación obligacional previa. Cuya responsabilidad contractual no está sometida al breve plazo de prescripción anual sino al de quince años, de las acciones personales que no tiene plazo especial de prescripción.

Responsabilidad contractual. Cumplimiento defectuoso del contrato de transporte.—No se considera la negligencia en el cumplimiento de la obligación de la entidad ferroviaria, como sujeto del contrato de transporte, consistente en una acción culposa de los empleados o dependientes, sino en una omisión. Tal como se destaca desde la demanda, la omisión consistió en no prever mecanismos que impidan que un viajero abra las puertas de un vagón cuando el tren ya ha emprendido la marcha; el razonamiento que hacen las demandadas de que en aquella fecha —1981— la técnica no permitía tal mecanismo, carece de toda prueba; es decir, las partes demandadas, pese al reconocimiento de tal omisión, no han probado, ni intentado siquiera, que en aquella fecha no era negligente. La parte actora ha probado tal negligencia —el abrir la puerta con el convoy en marcha— y la demandada no ha probado que la misma no tiene nexos causales —la técnica no permitía otra cosa en aquel tiempo— con la entidad ferroviaria.

Responsabilidad contractual. Concurrencia de causas.—Sin embargo, en el suceso se aprecia un nexo causal de la propia víctima que debe tenerse

en cuenta al fijar la cuantía de la indemnización; es lo que se ha dado en llamar «compensación de culpas» que, como dice la sentencia de 11 de julio de 1997, se trata de «una concurrencia de responsabilidad cuya principal consecuencia práctica es la de reducir la obligación de indemnizar del autor hasta donde alcance la responsabilidad del perjudicado», o, como dice la de 5 de noviembre de 1997, de «concurrencia de causas» y también la de 3 de abril de 1998 en un caso relativo a RENFE; en el mismo sentido, las de 22 de febrero y 20 de marzo de 2001; desarrolla la doctrina jurisprudencial la de 17 de octubre de 2001 al referirse a que «en el suceso concurren dos causas conjuntas»; por último, la de 28 de noviembre de 2002 se refiere específicamente «al nexa causal» que se concreta «en dos concausas». (STS de 6 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 19 de marzo de 1981, doña C. V. N. pretendía acceder a un vagón de un tren que ya había iniciado su marcha. Ante la salida del convoy y, encontrándose sus puertas ya cerradas, doña C. V. N. requirió a un viajero a fin de que le abriera la puerta. Dicho viajero accedió, pero cuando doña C. V. N. quiso subir cogiéndose a la barra de sujeción se cayó, siendo arrollada por el convoy y sufriendo graves lesiones. Interpuesta demanda por responsabilidad contractual contra *Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana y Ferrocarriles de Vía Estrecha*, ésta se desestimó por el Juzgado. Apelada la sentencia, ésta se confirmó por la Audiencia al considerar que la acción de responsabilidad era de naturaleza extracontractual y que, en consecuencia, había prescrito la acción. El Tribunal Supremo, al que doña C. V. N. acude en casación, estima el recurso y casa la sentencia de instancia. (A. S. C.)

36. Efectos de la sentencia penal absolutoria sobre el proceso civil ulterior.—Si la sentencia penal tiene por no probados los hechos básicos que serían constitutivos de delito, tampoco puede existir el hecho civil, ya que conforme al artículo 116 de la LECr, la inexistencia del hecho punible resulta vinculante para los órganos judiciales civiles.

Contrato de depósito que une al receptor de un boleto de lotería y al apostante.—Según la STS de 24 de noviembre de 1992, el contrato que une al jugador y la entidad oficial, por medio de quien celebra la apuesta, es un contrato aleatorio de juego, que sólo se perfecciona cuando el agente intermediario entrega los boletos al organismo. Hasta ese momento, existe un contrato de depósito que viene impuesto por las cláusulas del contrato de adhesión y que genera la obligación en el depositante de cumplir en tiempo y forma con la entrega de los boletos de apuesta para la perfección del contrato principal. El empresario receptor es el depositario del boleto, al cual debe dar el destino previsto contractualmente y responde de los daños y perjuicios causados por su negligencia (art. 1101 CC). El boleto que conserva el apostante justifica el contrato y de resultar premiado le convierte en un instrumento de crédito suficiente para reclamar la deuda. (STS de 15 de septiembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don T. M. L. adquirió un boleto de Lotería Primitiva en una Administración de Loterías de Granada. Sin embargo, este boleto, que había sido validado por la Administración de Lote-

rías, no entró en el sorteo, ya que la administradora no guardaba el cuerpo correspondiente del boleto. La combinación elegida por don T. M. L. fue premiada por el sorteo, motivo por el cual el jugador se personó en la citada Administración y reclamó el pago del premio. Don T. M. L. fue denunciado por un delito de falsedad y estafa, ya que la titular de la Administración de Loterías (doña A. M. R.) consideró que el actor había sustraído y manipulado el boleto premiado. La Audiencia Provincial de Granada absolvió a don T. M. L. al no considerar probados los hechos que se le imputaban. Don T. M. L. interpuso demanda contra doña A. M. R. en la que solicitaba el pago de la cantidad equivalente al importe del premio correspondiente a la combinación elegida por él mismo. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a devolver al actor el precio pagado por el boleto. Se interpuso recurso de apelación por la parte actora, que fue estimado en parte ya que se absolvió del pago de las costas al demandante. Don T. M. L. interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que estima el recurso al considerar que la titular de la Administración de Loterías había sido negligente en el cuidado del boleto, de modo que debía pagar al actor la cantidad premiada. (M. V. V.)

37. Efectos de la fianza.—El artículo 1843 CC contempla, entre los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor, una protección al primero, de los riesgos que se puedan dar en las situaciones que contempla; una de ellas, la del núm. 4.º es la de exigibilidad de la deuda; y el efecto es que el fiador tiene una doble acción: exigir la relevación de la fianza, que no ha sido el caso presente, o una garantía, una «contrafianza»; pero no el que le reembolse, si ha pagado, lo que haya pagado (lo cual sería otra acción) o se le declare una deuda (que todavía no ha nacido). En este sentido, la S de 17 de octubre de 1990 dice, refiriéndose a esta norma: «el referido precepto indica el otorgamiento de unos derechos para pedir la relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor, pero siempre que se den los requisitos del mencionado artículo 1843 CC y aun dándose las mismas nunca le fundamentarían el ejercicio de una acción de reembolso» (...). Sí es procedente la denuncia de la infracción del último párrafo del artículo 1843 CC pues, como se ha dicho en el fundamento anterior y ha resaltado la jurisprudencia, no permite esta norma, ni la declaración de una deuda, como se hace en el número primero del fallo de la sentencia del Juzgado confirmada íntegramente por la Audiencia Provincial, ni la condena al reembolso, como hace el último inciso del número segundo del mismo fallo. (STS de 21 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Rasid, S. L.* celebró un contrato bajo la denominación de «póliza de seguro de fianza a favor de la Administración» con la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, siendo entidad asegurada la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias. Dicha fianza, con un capital asegurado de diez millones de pesetas, tenía como finalidad responder de las obligaciones derivadas de la inscripción de *Rasid, S. L.*,

como operadora de máquinas recreativas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias. Asimismo, don R. N. M. y doña I. R. M. avalaron solidariamente con la sociedad tomadora del seguro, las responsabilidades derivadas de las obligaciones que la póliza productora. Con posterioridad a la celebración del contrato, el Gobierno canario exigió el pago o embargo por cuantía de 6.632.790 de pesetas a *Crédito y Caución, S. A.*, como fiador de *Rasid, S. L.*, en concepto de «actas de inspección de máquinas recreativas». Después de prestar aval bancario con la citada cantidad, *Crédito y Caución, S. A.* reclamó judicialmente a *Rasid, S. L.*, don R. N. M. y doña I. R. M. la cantidad de 6.632.790 pesetas, así como la obligación de los demandados de garantizar a la actora la mencionada cantidad. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife estimó íntegramente la demanda, siendo la sentencia confirmada por la Audiencia de Santa Cruz. Interpuesto recurso de casación por don R. N. M., el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y, asumiendo funciones de instancia, estimó parcialmente la demanda de *Crédito y Caución, S. A.* y condenó a los demandados sólo en cuanto a su obligación de garantizar la cantidad objeto de litigio. (A. S. C.)

38. Culpa extracontractual: muerte en accidente minero. Competencia de la jurisdicción civil. Compatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil. No hay enriquecimiento injusto.—La doctrina jurisprudencial reiterada estima compatibles la reclamación laboral con la civil, dados sus fundamentos jurídicos diversos y la dualidad de pretensiones que no son incompatibles entre sí, siendo de notar que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron competente a la jurisdicción civil, invocando el Auto de 23 de diciembre de 1993 y la resolución de la Sala de Conflictos de 4 de abril de 1994. Esta Sala ratifica tal doctrina, habida cuenta de que la demanda se apoya en los artículos 1902 y 1903 CC, sin que quepa plantear un posible enriquecimiento injusto porque aquélla se funda en causas indemnizatorias diversas.

Culpa de las empresas mineras: doctrina general.—La ya añeja STS de 26 de febrero de 1935 afirma que la responsabilidad extracontractual sólo puede enervarse demostrando la concurrencia del caso fortuito, culpa del perjudicado o diligencia de un buen padre de familia, y tal doctrina se reitera en SSTS de 20 de octubre de 1963, 23 de marzo de 1968, 11 de marzo de 1971, 9 de julio y 10 de octubre de 1975. En consecuencia, no es bastante el cumplimiento de los reglamentos y demás disposiciones legales sobre prevención de daños en las explotaciones mineras, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo, se revela y patentiza su insuficiencia y que falta algo que prevenir (así STS de 8 de octubre de 1884, en supuesto de trabajos en explotación minera); habiendo declarado la STS de 23 de abril de 1998 que la jurisprudencia ha evolucionado *hacia un sistema que sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero.* Doctrina recapitulada en STS de 13 de julio de 1999, dictada en un proceso contra la misma empresa demandada en este pleito.

Nexo causal.—Existe entre la conducta omisiva de la empresa recurrente que desempeñó una virtualidad determinante del luctuoso resultado, que se hubiera podido evitar con adecuadas medidas de seguridad. (STS de 1 de octubre de 2003; no ha lugar.) (G. G. C.)

39. Responsabilidad extracontractual: muerte por accidente laboral. Efectos en el proceso civil de una sentencia penal absolutoria: no produce excepción de cosa juzgada.—Las sentencias absolutorias dictadas en la jurisdicción penal no vinculan a la civil, salvo que se declare que no se produjeron los hechos enjuiciados (SSTS de 29 de mayo de 2001 y 17 de abril de 2002).

Compatibilidad de la responsabilidad civil con la laboral.—La responsabilidad civil es compatible con la laboral, no sólo porque así lo tiene declarado la jurisprudencia, sino por haberlo establecido el artículo 97.3 de la Ley General de la Seguridad Social. (STS de 3 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Un varón de dieciocho años falleció en accidente de trabajo cuando ejercía su oficio de fontanero, para una empresa de fontanería e instalaciones eléctricas, que había sido subcontratada, en la construcción de una obra. El trágico suceso se produjo al caerle en la cabeza (en la que no llevaba casco) un ladrillo, desde el elevador de la obra. Se dio la circunstancia de que la zona de elevación de materiales no estaba acordonada, ni tenía indicación de prohibición del paso por la misma. Los padres y hermanos, con los que la víctima vivía, demandaron a las distintas empresas que intervenían en la construcción y a varios de sus encargados y empleados, reclamándoles diez millones de pesetas. Quedó probada la tolerancia de los encargados a la realización por parte de los trabajadores de sus labores incumpliendo las medidas de seguridad.

El juzgado condenó a la empresa contratista de toda la obra y al aparejador de la misma a abonar a los demandantes dos millones de pesetas. La audiencia revocó la sentencia de primera instancia al condenar, solidariamente, a la empresa de fontanería e instalaciones eléctricas, al aparejador y a otras dos personas, a indemnizar a la parte actora con 7,5 millones de pesetas. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

40. Ejercicio de acción civil en juicio penal previo. Sentencia penal condenatoria. Efecto de cosa juzgada. Principio de *non bis in idem*. La sentencia condenatoria obtenida en el previo proceso penal impide un posterior conocimiento en la vía civil de las cuestiones debatidas y resueltas en la jurisdicción penal.—Cuando sobre unos hechos presuntamente delictivos se sigue el correspondiente juicio criminal en el que la parte perjudicada, además de ejercitar la acción penal, ejercita también la civil derivada del delito o falta enjuiciado, la sentencia condenatoria que recaiga en dicho juicio penal, en lo que además de la pena correspondiente al delito o falta cometidos, condena también al acusado y a los responsables civiles subsidiarios a la indemnización correspondiente, a virtud de la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal, impide que pueda volver a promoverse un juicio civil posterior sobre los mismos hechos (*non bis in idem*), al haber quedado ya agotada o consumida la acción civil correspondiente y producir por tanto la referida

sentencia penal condenatoria la excepción de cosa juzgada en el posterior proceso civil; sin que, por otro lado, a los tribunales de la jurisdicción civil les sea dable suplir las deficiencias, ni rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en los procesos sometidos a los juzgadores de otra jurisdicción y orden, con facultades que les son privativas (STS de 12 de julio de 1993). La sentencia penal, que resultó condenatoria, al contener pronunciamientos civiles de índole indemnizatoria, impide que pueda promoverse juicio civil posterior sobre los mismos hechos (STS de 11 de mayo de 1995).

Contratos. Interpretación. Cláusula oscura. Inexistencia cuando la voluntad de los contratantes resulta con absoluta claridad del contenido del contrato y de la propia conducta de las partes.—No existe oscuridad en la cláusula que excluye de la cobertura del seguro voluntario, los daños sufridos por los ocupantes del vehículo cuando éstos sean empleados de la asegurada y el siniestro constituya accidente de trabajo, pues se trata de una cláusula que se concreta a delimitar el riesgo asumido en el contrato, contenido y ámbito, pero no limita los derechos de la tomadora del seguro. De otra parte, además del seguro obligatorio y del voluntario, se concertó precisamente una tercera póliza, «de ocupantes», que revela que era sobradamente conocida y sabida tal exclusión y aceptada por la tomadora del seguro. (STS de 20 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En octubre de 1986, el vehículo de la actora C., S. C. L., conducido por uno de sus empleados y con permiso de aquélla, sufrió un accidente por imprudencia del conductor, sufriendo lesiones éste y otros acompañantes que, a su vez, también eran empleados de la propietaria del vehículo. Seguido juicio de faltas, fue condenado el conductor a indemnizar a los acompañantes y también se condenó a la compañía aseguradora en cuanto al seguro obligatorio; siendo absuelta esta última respecto al seguro voluntario existente porque, al ser los ocupantes trabajadores de la tomadora del seguro, producirse el accidente *in itinere* y existir una cláusula en el contrato de seguro voluntario que excluía de la consideración de terceros a los empleados o asalariados de la asegurada en los siniestros que constituyesen accidentes de trabajo. Con posterioridad, la asegurada ejercita acción civil contra la aseguradora reclamándole el importe de las indemnizaciones en virtud del seguro voluntario suscrito y, subsidiariamente, el pago de la reparación correspondiente al seguro de ocupantes. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación planteado por la demandante, y condenó al pago de la indemnización correspondiente al seguro de ocupantes. Contra dicha sentencia la actora interpuso igualmente recurso de casación y el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (I.D.-L.)

41. Intangibilidad de lo decidido en sentencia firme: opera en aquellos procesos en los que se examinan cuestiones que guardan una relación de estricta dependencia con lo resuelto en un proceso anterior aunque no concurren las identidades de la cosa juzgada.—Es doctrina del Tribunal Constitucional el que los órganos jurisdiccionales han de ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando hayan de

decidir sobre una relación o situación respecto de la cual la sentencia recaída se encuentra en estrecha conexión. Este efecto no sólo se produce en aquellos supuestos en los que concurren las circunstancias del artículo 1252 CC, sino también en el marco de procesos que resuelven cuestiones de estricta dependencia aunque no sea posible apreciar las identidades de la cosa juzgada (SSTC de 16 y 18 de septiembre de 2000 y de 2 de julio de 2001).

Responsabilidad civil extracontractual: existencia de actuaciones penales. Comienzo del *dies a quo* del plazo prescriptivo.—Cuando los hechos dan lugar a actuaciones penales, éstas paralizan la posibilidad de actuar en vía civil hasta que recaiga sentencia firme, auto de sobreseimiento libre o provisional, o el archivo de las diligencias (STS de 20 de octubre de 1993). El *dies a quo* del plazo prescriptivo de la acción de responsabilidad civil extracontractual ha de situarse en el día en que el perjudicado tuvo conocimiento de la resolución que puso fin a la vía penal.

Cuantificación de la indemnización por lucro cesante.—El principio básico de la determinación del lucro cesante es la que se determina en un juicio de probabilidad. De esta forma las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurren similitud suficiente para ser reputadas como muy probables siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico.

Solidaridad: conductas concurrentes en la causación del perjuicio. Distribución en porcentajes de la indemnización reclamada entre los distintos agentes que causaron el daño. Efectos: produce efectos en la relación interna entre los condenados al pago, pero no afecta a los terceros perjudicados.—La distribución en tantos por ciento de la cuota de la que han de responder los demandados en relación al pago de la indemnización produce efectos en la relación interna entre los causantes del daño, pero no frente a la persona perjudicada ante la cual la responsabilidad que se imputa a los demandados tiene carácter de solidaria. (STS de 2 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora reclama una indemnización por los daños y perjuicios causados a su vivienda como consecuencia de la explosión de gas ocurrida en la finca colindante. En particular reclama el valor de su edificio destruido, los gastos de derribo y desescombro, el importe de los alquileres dejados de percibir, así como los intereses legales y la condena en costas. Los demandados son los propietarios de la finca vecina y la entidad *Repsol Butano, S. A.*. Con anterioridad a la presentación de la demanda existió otro proceso que terminó con sentencia del Tribunal Supremo, que declaró responsable de la explosión a la compañía *Repsol*, pero se moduló su responsabilidad al imputar a los propietarios de la casa una conducta negligente. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona estima parcialmente el recurso y condena a los demandados al pago de 11.417.600 pesetas en concepto de daño emergente y 5.371.866 pesetas por lucro cesante. Establece, además, que el pago de estas sumas corresponderá, en la proporción del 60 por 100, a los propietarios de la casa, y el 40 por 100 restante, a *Repsol Butano, S. A.* Presentado recurso de casación por todas las partes el Tribunal Supremo sólo estima parcialmente el presentado por la parte actora. (C. O. M.)

42. Culpa extracontractual: muerte por disparos: extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento del autor: acción civil ejercitada por familiares de la víctima contra la hija del autor: legitimación de la demandada: incongruencia.—No hay incongruencia cuando la absolución de la demandada se fundamenta en la ausencia de responsabilidad de la misma en virtud del régimen jurídico establecido en los artículos 1902 y 1903 CC; la lectura de la demanda no aclara si la acción ejercitada se dirige por actos de la demandada, o por la simple concurrencia en la misma de la condición posible de heredera del autor de los disparos, no constando su aceptación de la herencia; el artículo 1903 CC está manifestando, de forma implícita y con enumeración de casos que en él se contienen, qué personas pueden dar lugar, con sus actos dañosos, a la responsabilidad de otra u otras; en el presente caso, la demandada, aunque hija del autor de los hechos dañosos, hacía muchos años que no convivía con el mismo, lo que de forma inexcusable aleja toda posibilidad de exigencia a la misma de *culpa in vigilando*, y no se encuentra modo lógico alguno de atribuir a su persona la posible responsabilidad por hecho ajeno que prevé el artículo 1903, siendo casi unánime la doctrina al afirmar que los supuestos que menciona este artículo son taxativos y no admiten ningún tipo de ampliación, supuesto que inspiró la STS de 30 de abril de 1969; tampoco puede invocarse la responsabilidad extracontractual del artículo 1902, ya que la demandada ha negado su condición de heredera, sin que conste acto alguno de aceptación de la herencia.

Responsabilidad del Estado.—La impugnación se fundamenta en disposiciones administrativas y con mezcla de elementos heterogéneos que infringen las reglas exigibles para la articulación del recurso de casación, que debe desestimarse. No cabe declarar la responsabilidad del Estado, pues la posesión del arma y su utilización por parte del autor de los disparos constituyen circunstancias de todo punto ajenas a su antigua profesión de funcionario de prisiones, jubilado en el año 1980, sin que se haya acreditado que utilizase el arma en cuestión en ningún momento durante su condición de funcionario ni en su situación administrativa de jubilado, dentro del ejercicio de sus funciones.

Costas.—Dado que en primera instancia se condena a la hija del autor de los disparos, mientras que se establece la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia para declarar la responsabilidad civil del Estado, y en apelación se revoca la sentencia, absolviendo a ambos codemandados, es procedente la imposición a la parte actora de las costas causadas en ambas instancias. (STS de 16 de octubre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Buen ejemplo de defectuosa dirección letrada que ha ejercitado inadecuadamente una acción de culpa extracontractual, por lo demás, claramente fundada. Los hechos resultan concluyentes: el 21 de julio de 1991 don B. G. G., hallándose en el portal de su casa efectuó varios disparos a su convecino con una pistola que poseía sin licencia ni guía de pertenencia, causándole la muerte; el autor de los disparos estaba en la situación de jubilado del Cuerpo de Funcionarios de Prisiones; abierto sumario contra el mismo, hubo de sobreseerse por muerte del encausado. La viuda y los tres hijos de la víctima ejercitan una acción contra una hija de este último, y subsidiariamente contra el Estado. El Juzgado de Primera Instancia otorga una indemnización global de veinte millones de pesetas, declarándose incompetente respecto de la acción dirigida

contra el Estado. La Audiencia Provincial revoca el fallo y absuelve a ambos demandados. El recurso interpuesto por la viuda e hijos es desestimado por las razones extractadas.

Declarada la extinción de la responsabilidad penal por muerte del autor del –en este caso, presunto– delito de homicidio o, eventualmente, de asesinato, subsiste la civil conforme a los artículos 115 y 116 LECr cuyo régimen, probablemente, se someterá al contenido en el Código civil. El problema ha radicado en una defectuosa determinación de la parte pasivamente legitimada. La responsabilidad penal no es heredable, pero la responsabilidad civil por los mismos hechos sí se transmite como elemento pasivo a los herederos del que aparece como autor de un delito contra la vida. Ello significa que si éste no ha dejado bienes, los herederos de la víctima no cobrarán. Era necesario haber hecho una investigación previa sobre la situación de la *hereditas yacens*. Y, asimismo, sobre la conducta respecto a esta última adoptada por la hija, al parecer la única heredera que ha aparecido en autos. La aceptación es acto voluntario (art. 988 CC), disponiendo el llamado del largo plazo de prescripción de la *actio petitio hereditatis* para aceptar o repudiar, o hacerlo puramente o a beneficio de inventario. Los plazos se acortan drásticamente acudiendo a la *interrogatio in iure* del artículo 1005 CC. Por su resultado, la acción hubiera podido dirigirse, o contra la hija aceptante pura y simplemente, o a beneficio, o, en su caso, contra la herencia yacente. El resto de argumentaciones que emplea el Tribunal Supremo es algo superfluo. Resulta novedoso imputar a la hija no conviviente una posible *culpa in vigilando* de su padre, del que no consta que estuviera sujeto a tutela o curatela, ni que le correspondiera el cargo de tutora o curadora, ni siquiera de hecho. Ciertamente la llamada Tercera Edad se ha prolongado hasta las fronteras poco claras de la denominada Cuarta Edad, o situación del mayor dependiente, que, sin embargo, no parece corresponder a la del autor de los disparos. La legitimación pasiva del Estado hubiera podido plantearse, bajo otra perspectiva, si la herencia se le hubiera adjudicado a aquél por falta de herederos, aunque no se olvide que la misma se entiende aceptada, en todo caso, a beneficio de inventario (art. 957). En conclusión: una demanda justa y fundada en derecho que fracasa por estar, a todas luces, mal planteada. Un hecho luctuoso cuyas últimas motivaciones resultan, por lo demás, poco claras en los autos. (G. G. C.)

43. Responsabilidad civil extracontractual de la Administración. Competencia de la jurisdicción civil. Vinculación del codemandado (persona física) con la Administración.—La vinculación del codemandado con el Ayuntamiento no elude su responsabilidad, ni esquiva la competencia del orden jurisdiccional civil, pues la Sala 1.^a del Tribunal Supremo sólo a partir de las reformas legislativas de lo contencioso-administrativo de 1998 y 1999, fue cuando cedió, finalmente, su competencia.

Doctrina del peregrinaje jurisdiccional.—Esta doctrina está vigente, pues subraya el adecuado sentido del valor *justicia*, contenido en nuestra Constitución, según una hermenéutica del ordenamiento jurídico de naturaleza sistemática, que ha de apurar las vías interpretativas de las leyes, para

encontrar soluciones que hagan prevalecer los preceptos constitucionales, especialmente el derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24 CE) (STS de 18 de febrero de 1997, entre otras muchas). **(STS de 23 de junio de 2003;** ha lugar.)

HECHOS.—La actora, a consecuencia de un accidente mortal sufrido por su compañero sentimental, reclamó veinticinco millones de pesetas por daños irrogados, al Ayuntamiento de R., al apañador de este organismo y a dos personas más. El Juzgado estimó parcialmente la demanda al condenar a los dos primeros demandados a pagar solidariamente un millón de pesetas. La Audiencia declara la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer el asunto y el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante y confirma la sentencia de primera instancia. *(I. D.-L.)*

44. Culpa extracontractual: muerte de obrero por electrocución: responsabilidad de la Junta de Andalucía y de la propietaria de la instalación de alta tensión: competencia de la jurisdicción civil: derecho transitorio.—El evento dañoso ocurrió el 24 de noviembre de 1986, y la demanda se formalizó en julio de 1988, por lo tanto ambos acontecimientos son anteriores a la entrada en vigor de la Ley y el Reglamento del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicables en materia de responsabilidad patrimonial. La jurisprudencia de la Sala 1.^a Tribunal Supremo, además de una interpretación expansiva de la normativa anterior, aplicable en este caso en concepto de Derecho transitorio, especialmente en lo relativo a lo que debía entenderse por *actuación de derecho privado*, entendió que la competencia correspondía al orden civil cuando en la producción del evento dañoso había concurrido la actuación de un particular y la demanda se dirigía contra ambos. Todo ello resulta plenamente aplicable en este caso, sin que quepa especular sobre la posible existencia de fraude ya que el hecho determinante de la responsabilidad es único y común, consistente en la irregularidad de una instalación eléctrica de alta tensión que no cumplía la reglamentación de la distancia mínima entre postes, ni en la altura mínima de los cables de la línea, sin que obste que los deberes desatendidos tengan distintas fuentes, pues en ambos agentes hubo un comportamiento omisivo —de control, uno, y de instalación, otro—, que generó la situación propicia al accidente lesivo.

Falta de reclamación previa en vía administrativa.—No resulta razonable plantear en casación no haberse dado cumplimiento al requisito de la reclamación previa en la vía administrativa cuando la Administración se opuso por motivos de fondo a la pretensión actora, existiendo dos resoluciones judiciales condenatorias coincidentes. La finalidad esencial de la reclamación previa es evitar que la Administración entre en un proceso sin haber tenido oportunidad de evitarlo, por lo cual la oposición de fondo la hace inútil (STS de 11 de diciembre de 1997), revelándose en este momento procesal de la casación, la subsanación improcedente y su omisión irrelevante (STS de 3 de julio de 1995), aparte de que la falta no puede dar lugar a nulidad de actuaciones (STS de 24 de junio de 1996).

Interrupción de la prescripción extintiva por promoverse juicio criminal.—En ningún caso llegó a transcurrir el plazo de prescripción extintiva

del artículo 1968.2 CC porque en el interregno hubo una causa penal por el mismo hecho, siendo indiferente que la misma fuera o no conocida por la Junta de Andalucía, y que en tal proceso se formulare o no reclamación alguna contra dicho organismo, o contra quien por relación con el mismo debiera responder, porque el planteamiento de una causa penal impide el ejercicio de la acción civil en un proceso de esta naturaleza según el artículo 114 LECr; sólo cabe ejercitar acción civil una vez que recaiga resolución firme en el proceso penal, siendo a partir de entonces cuando comienza a discurrir el cómputo del año.

Línea de alta tensión situada a menor altura de la reglamentaria.—Resulta difícil de entender que por parte de la Administración autonómica se argumente diciendo que si la línea de alta tensión se hallaba a 4,7 metros de altura en lugar de a seis metros, tal hecho debió ser denunciado por la propietaria. En efecto, que la Administración encargada de un servicio público de vigilancia pueda controlar o no todas las instalaciones, puede ser un problema de medios, pero resulta incuestionable su deber de vigilancia e inspección —sin perjuicio de las responsabilidades de los propietarios—, así como el de responder de las consecuencias lesivas cuando no se ejerció adecuadamente y con la debida diligencia; permitir el establecimiento de una instalación como la de autos, con graves irregularidades reglamentarias, y que durante largo tiempo no se haya detectado la situación constituye una grave imprudencia; no nos hallamos en el campo de una imputación objetiva, sino en el de la culpa plena.

Concurrencia causal.—La situación creadora del riesgo del accidente —antirreglamentaria y gravemente imprudente— existía porque la propietaria hizo la instalación de forma indebida y la mantuvo sin las correcciones adecuadas, perpetuando en el tiempo dicha situación, y la Administración no ejerció la función de vigilancia que le corresponde, no sólo permitiendo el establecimiento irregular de la instalación, sino además no exigiendo su rectificación, ora por no inspeccionar, ora por no efectuar el control en debida forma. Por consiguiente, ambos demandados (Junta de Andalucía y propietaria de la línea) han contribuido con sus conductas —concausas— a que se haya ocasionado el daño.

Inexistencia de culpa de la víctima: no ha lugar a reducir la indemnización. Justicia del caso.—Puede hablar de normalidad en relación con las circunstancias de la actividad que desplegó la víctima antes de producirse el evento fatal; por ello es razonable el rechazo en la resolución recurrida de la aplicación de la denominada compensación de culpas, pues no sólo no hay una conducta de la víctima con una virtualidad jurídica parangonable a la imputable a los condenados, sino ni siquiera cabe apreciar una actividad culpable valorable a los efectos pretendidos. Además la indemnización solicitada y concedida de doce millones de pesetas es tan moderada, máxime tratándose de cuatro perjudicados (viuda y tres hijos), a lo que cabría añadir el tiempo transcurrido desde que el accidente tuvo lugar (casi diecisiete años), que repugna a la justicia del caso y a la finalidad pretendida por la propia doctrina cuya aplicación se postula de evitar la desproporción entre las circunstancias del hecho y su compensación o resarcimiento, cualquier intento de reducir el contenido económico del daño.

Legitimación procesal de la madre viuda en nombre de sus hijos: procurador designado de oficio.—La actuación procesal de la madre a nombre de sus hijos se fundamenta en la integración de la falta de capacidad de éstos por ser menores de edad y consiguiente ejercicio de la patria potestad,

en cuyo caso es suficiente que el apoderamiento del procurador o la designación de oficio en su caso, se haga sólo para el representante legal, y así lo ha entendido la jurisprudencia en SSTS de 11 de abril de 1990 y 7 de abril de 1997, añadiéndose en la última que el poder otorgado por la madre no se extingue con la mayoría de edad de la hija, salvo revocación de ésta.

Indemnización fijada globalmente: irrelevancia del eventual conflicto de intereses.—Si bien el juzgador de instancia pudo distribuir entre la viuda e hijos la cantidad postulada de la indemnización, en las cuantías respectivas que considerase más adecuado a las correspondientes situaciones, lo que desvanece cualquier idea o apariencia de conflicto, nada obsta, sin embargo, a que establezca una suma global para todos, que, en cualquier caso, no afecta a los condenados, ni adolece de indeterminación jurídica.

Responsabilidad del propietario de la finca ex artículo 1908 CC.—La sentencia del Juzgado de Primera Instancia no aplica el artículo 1902 CC sino el artículo 1908 CC sobre responsabilidad del propietario, y la sentencia de la Audiencia Provincial, que es la recurrida, asume los fundamentos de derecho de aquélla en este punto; y aun cuando es cierto que el supuesto de autos no encaja literalmente en los descritos en dicho precepto, sin embargo la enumeración legal no es cerrada y permite abarcar supuestos semejantes como el aquí enjuiciado. En todo caso, aparte la importante impronta objetiva de la responsabilidad ex artículo 1908 CC, la responsabilidad del caso resulta de una imprudencia omisiva clara, pues el propietario debe tener las cosas que le pertenecen en un estado que no cree peligro de daño para los demás, y la diligencia exigible se acentúa cuando la cosa es generadora de un alto riesgo.

Titularidad de la finca beneficiada con la línea eléctrica, elemento anexo de aquélla.—Es cierto que la demandada repudió la herencia de su marido, pero le fue adjudicada la finca *La Blanca Paloma*, posiblemente en virtud de liquidación de gananciales, y la línea eléctrica de alta tensión está adscrita al servicio de dicha finca y por lo tanto le pertenece, haciéndose constar en la escritura de adjudicación *sin exclusión de sus elementos anexos, entre los que se encuentra la línea eléctrica precitada*. Por tanto, resulta obvio que, al no excluirse, la instalación pertenece al dueño de la finca porque se halla unida artificialmente a ésta y para satisfacer necesidades de la misma (arts. 334-5.º y 353 CC). Si una instalación está al servicio exclusivo de una industria o explotación, hay que presumir que pertenece al dueño de ésta, y quien sostenga lo contrario debe probarlo, lo que no se ha hecho en este caso. (STS de 23 de octubre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—La muerte se produce como consecuencia de electrocución al sufrir la víctima una descarga eléctrica producida por el contacto de una escalera mecánica que portaba con los cables de alta tensión que sobrevuelan la finca en que aquélla trabajaba. La demanda dirigida conjuntamente contra la Junta de Andalucía y la propietaria de la línea es estimada en ambas instancias, condenadas ambas a la suma solicitada por los actores. Hay que destacar el minucioso análisis de los diversos motivos de los recursos de casación interpuestos (Ponente: Sr. Corbal Fernández) que convence plenamente de la razón de su desestimación. Es de notar que la línea eléctrica puede calificarse de *pertenencia*, según la doctrina moderna, pero la sentencia prefiere la de *anexo* o *accesorio* más apegado al lenguaje codicial. Convencen, incluso, las razones de

peso invocadas en aras de la justicia del caso para no reducir el *quantum* indemnizatorio, incluidas en el extracto. Si al cabo de diecisiete años de producido el accidente, han de recibir globalmente doce millones de las antiguas pesetas la viuda y tres hijos de la víctima es evidente que *repugna a la justicia del caso* que su cuantía sea reducida en casación; nada dice la sentencia, pero es patente que, además, tan tardía justicia (los hijos han alcanzado la mayoría de edad antes de cobrar la indemnización, pero ¿cómo han sobrevivido con su madre durante estos años?) apenas si puede calificarse de tal. (G. G. C.)

45. Responsabilidad extracontractual: indemnización por causa de muerte. Legitimación de los herederos del perjudicado para ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual.—Es doctrina jurisprudencial constante que en los supuestos de daños causados por la muerte de una persona corresponde, por derecho propio, la legitimación activa a las personas, herederos o no de la víctima, que resulten personalmente perjudicadas por su muerte, bien porque dependían económicamente del fallecido, o porque mantenían lazos afectivos con él. Fallecida la persona perjudicada sin haber ejercitado la acción de responsabilidad civil extracontractual, sus hijos adquieren *iure hereditatis* el derecho para instar la reclamación de la indemnización. (STS de 19 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El 14 de diciembre de 1995, don M. M. G., hermano de los demandantes, resultó muerto como consecuencia de las labores de talas de árboles que la empresa *H., S. L.* estaba realizando en unos terrenos propiedad del fallecido, de su madre y de sus hermanos (ahora demandantes). Don M. M. G. tenía sesenta y un años y vivía con su madre, doña D. G. F., la cual muere posteriormente, el 18 de mayo de 1996, sin haber ejercitado la acción de responsabilidad civil extracontractual. El 11 de octubre de 1996, los hermanos de don M. M. G., demandan a la empresa *H., S. L.*, a los trabajadores de la misma que causaron el accidente, y a la sociedad aseguradora, reclamándoles una indemnización de 12.100.000 pesetas. Fundamentan su pretensión en su doble condición de herederos de su madre fallecida y de hermanos perjudicados por la muerte de la víctima. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de legitimación. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Oviedo lo desestimó. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por los actores y condena a los demandados al pago de 6.000.000 de pesetas (C. O. M.)

46. Responsabilidad extracontractual. La atenuación jurisprudencial del principio de responsabilidad por culpa no implica la eliminación del elemento culpabilístico.—Aunque es cierto que la doctrina jurisprudencial ha introducido paliativos al principio de responsabilidad por culpa, consagrado en el artículo 1902 CC, entre las que se encuentran los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, también lo es que la misma jurisprudencia ha puntualizado que no por ello queda excluido de nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil el elemento culpabilísti-

co, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de dicha responsabilidad, y si parece acreditado que en la producción del resultado dañoso no aparece ninguna culpa por parte de los demandados, ha de excluirse la responsabilidad de los mismos (SSTS de 28 de noviembre de 1998 y de 8 de marzo de 1999).

Responsabilidad extracontractual. Lesiones sufridas con ocasión de participar en un encierro de vaquillas. Culpa exclusiva de la víctima.—La conducta de quien sufrió el daño hay que tenerla en cuenta, de tal modo que cuando ésta sea determinante de la producción del resultado, resulta indudable por aplicación de los principios de la justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica, que no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se puede reprochar a un tercero. (STS de 14 de abril de 2003; no a lugar.)

HECHOS.—La *Peña Taurina Barbastrense* organizó una suelta de vaquillas en la plaza de toros de Barbastro, contando con informes sobre la idoneidad de las instalaciones y los servicios médicos adecuados, además de tener suscrito un seguro de responsabilidad civil con la *Compañía de Seguros Zurich Internacional*. Al iniciarse el festejo y avisarlo por la megafonía de la plaza, don R. F. P. C., experto en este tipo de encierros, se colocó de rodillas y con los brazos en cruz ante la puerta de toriles. El encargado de la puerta de los toriles, dio salida a la primera vaquilla del festejo, que alcanzó a don R. F. P. C. y le produjo lesiones graves. Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Barbastro como la Audiencia Provincial de Huesca desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (S. M. J. A.)

47. Responsabilidad civil extracontractual ex artículo 1902 CC: principio de responsabilidad por culpa.—Según la doctrina jurisprudencial, el nacimiento de la obligación de indemnizar recogido en el artículo 1902 CC requiere la existencia de un reproche culpabilístico. Es exigible, por tanto, la imputación al causante del daño de un reproche culposo sobre su actuación u omisión.

Responsabilidad civil extracontractual: prueba del nexo causal y juicio de reprochabilidad.—La exigencia de responsabilidad civil extracontractual precisa que, en cada caso concreto, el acto que se presenta como antecedente o causa del resultado, tenga virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido. No es suficiente, para la prueba del nexo causal, la existencia de conjeturas o datos fácticos que, por mera coincidencia, induzcan a pensar en una simple interrelación de acontecimientos. Es necesario que quede demostrado el nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que el reproche culpabilístico sobre la conducta del causante del daño quede patente. Es doctrina jurisprudencial constante que el nexo causal debe ser probado siempre, aun en los supuestos de aplicación de la teoría del riesgo puesto que, como señalan las SSTS de 25 de febrero de 1992 y de 27 de octubre de 1990, el cómo y el porqué se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso. (STS de 10 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante sufrió determinadas lesiones como consecuencia de la utilización de la puerta giratoria principal de entrada y salida a un establecimiento hotelero. En concreto, su mano derecha quedó atrapada en dicha puerta originándole secuelas de tipo funcional con impotencia a la extensión del cuarto y quinto dedos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al apreciar que ni había quedado acreditada la causa del accidente, ni que el mismo fuera imputable a los demandados (el hotel y la empresa aseguradora) ya que, se cumplían las condiciones de seguridad exigidas, y además no constaba alguna avería que justificara el accidente. La Audiencia Provincial de Sevilla, revoca la sentencia y condena a los demandados al entender que la puerta giratoria era la única puerta de entrada y salida del hotel y que dicha puerta es un elemento susceptible de generar riesgos a los usuarios. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los demandados. (C. O. M.)

48. Responsabilidad civil extracontractual derivada de accidente de trabajo. Prescripción de la acción: determinación del comienzo del cómputo del plazo en caso de *daños continuados*.—No puede entenderse como fecha inicial del cómputo la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de estas, dado que hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas. Tratándose de reclamación por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto padecido (SSTS de 13 de julio de 2000 y 22 de enero de 2003, entre otras). Por tanto, el *dies a quo* para el cómputo del plazo anual comienza a partir de la fecha en que se tiene constancia del alta médica definitiva o, en su caso, a partir del momento de fijación de la incapacidad o defectos permanentes originados por el suceso lesivo (SSTS de 10 de octubre de 1995 y 24 de junio de 2000, entre otras).

Valoración de los daños por la Administración: comienzo del *dies a quo* para el cómputo del plazo.—El día inicial del plazo prescriptivo ha de fijarse en la notificación al interesado de la resolución de las secuelas derivadas del accidente laboral (STS de 13 de julio de 2000).

El requisito de la relación de causalidad es más bien un problema de imputación.—En el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo (SSTS de 30 de abril de 1998 y 2 de marzo de 2001)

Cada vez más la prueba de la culpa se subsume en la causa del daño.—El artículo 1902 CC ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante (art. 3.1 CC) que, aunque mantiene un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de culpa (STS de 9 de octubre de 2002).

Prueba de la relación de causalidad.—Corresponde la carga de esta prueba al perjudicado que ejercita la acción (SSTS de 6 de noviembre de 2001 y 23 de diciembre de 2002). (STS de 22 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Según el actor, cuando se encontraba retirando sarmientos de una viña, perteneciente a la empresa para la que trabajaba (demandada), y colocándolos en el extremo de la finca, como

era costumbre, se produjo un desplazamiento del firme que pisaba, lo que ocasionó su caída a un barranco contiguo. Dichas tierras habían sido aplanadas hacía poco tiempo por la empresa para la que trabajaba el perjudicado. No hubo testigos presenciales del accidente, ni prueba alguna sobre la realidad del desplazamiento.

La demanda, en la que se solicitaba dieciocho millones de pesetas de indemnización por días de baja, secuelas e invalidez permanente, no prosperó ni en primera ni en segunda instancia por prescripción de la acción. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación en cuanto a la prescripción, al entender que el día de comienzo del cómputo de la acción fue el de la notificación al actor de la resolución del *Instituto Nacional de la Seguridad Social* que lo declaraba en situación de invalidez permanente, pero desestima la demanda por falta de prueba del nexo causal. (I. D.-L.)

49. Responsabilidad civil extracontractual: requisitos.—La responsabilidad por culpa extracontractual requiere para su apreciación la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado.

Concepto de relación de causalidad.—Para que exista nexo causal se precisa que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión.

Prueba del nexo causal.—Para que nazca la responsabilidad civil extracontractual es indispensable la prueba del nexo causal. La existencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso es un requisito ineludible, de tal forma que si no se puede llegar a concretar dicho nexo la responsabilidad civil se desvanece (SSTS de 3 de mayo de 1995 y de 30 de octubre de 2002). Por otro lado, la necesidad de la prueba del nexo causal no puede quedar desvirtuada por la aplicación de la teoría del riesgo o por la inversión de la carga de la prueba, pues como señala la jurisprudencia (STS de 27 de diciembre de 2002), el cómo y el porqué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso.

La carga de la prueba del nexo causal.—Corresponde la carga de la prueba del nexo causal al perjudicado que ejercita la acción y, por tanto, es al demandante a quien afectan las consecuencias desfavorables de la falta de prueba (STS 6 de noviembre de 2001).

Condena en costas en los supuestos de absolución de uno de los demandados.—En los supuestos de pluralidad de demandados la absolución de uno de ellos conlleva desestimación total de la demanda respecto a la parte absuelta. En estos casos, y con carácter preceptivo (art. 523 LEC), debe imponerse a la parte actora las costas causadas a la parte absuelta, salvo que el juzgador, fundamentándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición. (STS de 9 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora reclama una indemnización por los daños sufridos a consecuencia de un incendio producido en un esta-

blecimiento contiguo al suyo, que posteriormente se extendió a su empresa. Dicho incendio fue intencionadamente provocado por un tercero. Los demandados son la empresa V., S. A., propietaria del establecimiento en el que se originó el incendio, y la empresa aseguradora que concertó con la primera una póliza de responsabilidad civil. La parte actora fundamenta la responsabilidad del demandado, la empresa V., S. A., en la falta de reparación por parte de ésta de la rotura de una ventana por la que pudieron penetrar los causantes del incendio. La demandada V., S. A. no compareció y fue declarada en rebeldía. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados al pago de las cantidades solicitadas en la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la compañía aseguradora, la Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso y absolvió a la parte apelante al apreciar que no existe una relación directa y necesaria entre la falta de reparación de la rotura de la ventana y el daño producido al actor. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestima. (C. O. M.)

50. Culpa extracontractual: caída con graves secuelas sufridas por menor que penetra sin permiso en edificio contiguo al que se realizan obras por cuenta del Ayuntamiento: no hay culpa o negligencia de los propietarios de aquél. Culpa exclusiva de la víctima.—El resultado dañoso se debió única y exclusivamente a la actuación, no ya negligente o imprudente de los demandados, sino como consecuencia de una actividad inicialmente ilícita de la víctima y de sus compañeros al penetrar, no sólo en el lugar donde se realizaban obras de rehabilitación de carácter histórico y arqueológico, sino que se adentraron en el edificio limítrofe destinado a residencia y domicilio de los PP Carmelitas, sin autorización y licencia alguna, y cuando además habían sido reprimidos días atrás, en una incursión parecida; resulta ilógico hablar de nexo causal entre la acción u omisión de la Comunidad religiosa demandada y las lesiones y secuelas del menor, cuando el resultado sólo se puede predicar de su actuación ilegítima; por ello sólo puede imputarse al propio lesionado, o a las personas encargadas de su guarda y custodia, si la edad, educación, estudios y resultados académicos del menor, no pudieran deducir la aptitud psicológica del mismo para conocer la trascendencia de sus actos, o la falta de suficiente fortaleza de voluntad para frenar los impulsos, habida cuenta los quince años con los que contaba cuando ocurrieron los hechos, por lo que no es necesario tratar de la siempre difícil doctrina de la causalidad.

Inexistencia de culpa o negligencia por parte del Ayuntamiento.—No se puede apreciar la existencia de una actuación, en sentido amplio del término, bien por acción u omisión de los demandados, que pueda calificarse de negligente, en cuanto es evidente que los menores salvaron los obstáculos existentes (valla y puerta) para impedir la entrada al edificio en rehabilitación, sorteando intencionadamente esos filtros y trasteando por el complejo de patio, pasillos y estancias accedieron a un punto lejos del lugar donde estaban realizando las obras, y aprovechándose de la provisionalidad de la situación en que se encontraba el inmueble a causa de las obras, y de estar, para la facilitación de las mismas, derribado un muro de separación entre la parte del edificio perteneciente al Ayuntamiento y la correspondiente a la Comunidad religiosa, pasaron a la azotea de éstos y al cruzar una claraboya, después de estar apercebido por alguno de sus compañeros, se fracturó por el

peso del propio cuerpo de la víctima uno de los cristales del tragaluz, por lo cual hay que llegar a la misma conclusión de las sentencias de instancia de no apreciar omisiones culposas de los demandados. (STS de 24 de octubre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado Sr. De Asís Garrote, que confirma la sentencia absolutoria dictada en ambas instancias contra la empresa encargada de la rehabilitación histórica de un edificio, contra el Ayuntamiento por omisión de medidas de seguridad, y, asimismo, contra un convento colindante con las obras en el que penetraron sin permiso un grupo de adolescentes, uno de los cuales cayó a través de una claraboya sufriendo lesiones graves con importantes secuelas, reclamando una indemnización que supera los cien millones de las antiguas pesetas. La sentencia extractada realiza un minucioso análisis de los hechos cuyas conclusiones son plenamente de aprobar. Aquellos adolescentes se propusieron realizar una *exploración* de lo desconocido que con frecuencia realizan ante *situaciones especiales*, con desprecio olímpico de los riesgos a que, durante la misma, pueden exponerse. En el FD 3.º se hace una atinada reflexión sobre la eventual culpa de los guardadores del menor. (G. G. C.)

51. Responsabilidad extracontractual. Culpa del agente. Necesidad de probar que el daño sufrido tiene su origen en la conducta del agente. Ya se trate de responsabilidad culposa u objetiva, es inexcusable la concurrencia del elemento psicológico o culpabilístico.—La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino ninguna culpa por parte del demandado o demandados, ha de excluirse la responsabilidad de los mismos (STS de 28 de noviembre de 1998).

Responsabilidad extracontractual. No es imputable la producción del daño al agente cuando se prueba que éste observó todas las medidas exigibles para evitarlo.—En el caso de autos, e incluso manteniendo la inversión de la carga de la prueba de falta de negligencia a la empresa demandada, no resulta posibilidad alguna de atribuir algún grado de negligencia a quien la demanda se lo atribuye, es decir, al conductor del tren. La sentencia impugnada no contiene una apreciación razonable sobre la conducta del conductor dimanada de los hechos acreditados. Al tratarse de un paso a nivel con visibilidad y al haber practicado el conductor las señales acústicas y disminuido la velocidad, no puede estimarse que no agotara en su conducta todo lo exigible para poder evitar la colisión producida por la intromisión innecesaria del tractor en la vía, que produjo la colisión.

Responsabilidad extracontractual. Culpa de la víctima. Absolución del supuesto responsable cuando la culpa de la víctima es única.—El Tribunal Supremo viene a distinguir entre supuestos en que existe culpa exclusi-

va de la víctima y aquéllos en que hay concurrencia de su culpa con la de otro sujeto. Consecuencia de la primera hipótesis es la no responsabilidad del aparente agente; en la segunda hay lugar a una compensación de culpas, que se traduce en disminución del alcance o cuantía de la reparación: el agente responde en menor medida que si no hubiera mediado culpa de la víctima. Cuando la culpa del perjudicado es realmente única, la absolución del supuesto responsable (al menos en el régimen de atribución de responsabilidad «común», que es el basado en la culpa), tendrá que venir justificada, precisamente por la circunstancia de que este presunto responsable no ha incurrido en culpa alguna. (STS de 30 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El señor M. E., mientras conducía un tractor agrícola, cruzó un paso a nivel sin barreras, correctamente señalado y con visibilidad total en 700 metros de la vía por la que circulaba un tren, cuyo conductor, al advertir la presencia del tractor en la vía, hizo sonar repetidamente el silbato y redujo su velocidad desde 76 kilómetros por hora hasta 11 kilómetros por hora en el momento de la colisión. A consecuencia del impacto se produjeron daños en el vehículo y lesiones en el conductor que determinaron su fallecimiento. Su viuda e hijos interpusieron demanda contra RENFE por responsabilidad extracontractual, con solicitud de una indemnización de 24.730.983 pesetas. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia apreció concurrencia de culpas, imputando una conducta negligente al conductor del tren, y condenó a RENFE, por la negligencia de su dependiente, al pago de 12.000.000 de pesetas. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (I. D.-L.)

52. Carga de la prueba.—La empresa constructora y su aseguradora tienen la carga de probar que, efectivamente, solicitaron y obtuvieron de la actora los planos de las conducciones subterráneas y que las indicaciones contenidas en los mismos no se correspondían con la realidad. Se conculca el artículo 1214 CC cuando la resolución judicial declara que un hecho controvertido y básico para la decisión del asunto, no se ha probado, y atribuye las consecuencias desfavorables de tal falta de prueba a la parte a quien incumbía la carga.

Negligencia.—Acreditada la realidad del daño, y la forma en que se produjo, ha de apreciarse una conducta negligente en la codemandada, al no realizar las catas necesarias que hubieran permitido comprobar la existencia de las conducciones telefónicas.

Lucro cesante.—En el lucro cesante sólo cabe incluir los beneficios cubiertos, concretos y acreditados, y no los beneficios hipotéticos. Se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir, y la realidad de éste. En el presente caso no se aporta dato objetivo alguno que permita considerar probada la ganancia dejada de percibir, para cuya cuantificación tampoco se aporta base alguna. (STS de 29 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—*Telefónica de España, S. A.* interpuso una demanda contra *Contractor, S. A.* y contra *Catalana Occidente, S. A.*, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por

la rotura de una de sus conducciones subterráneas, al abrir los operarios de *Contractor* una zanja con una máquina excavadora. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a *Contractor* y *Catalana Occidente* a indemnizar a la demandante. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por *Catalana Occidente*, y revocó totalmente la sentencia de primera instancia. *Telefónica* ha formalizado recurso de casación que funda en la infracción del artículo 1902 CC; violación de los artículos 1242 y 1243 CC e infracción del artículo 1214 CC. La sentencia del Tribunal Supremo confirma la sentencia de primera instancia, pero la revoca parcialmente en el sentido de excluir del *quantum* indemnizatorio la cantidad solicitada en concepto de lucro cesante. (E. C. V.)

53. Interdicto de obra nueva: interposición culposa.—Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 6 de julio de 1990, 15 de diciembre de 1992, 4 de diciembre de 1996, 31 de octubre de 2002 y 15 de abril de 2003), para que proceda la indemnización por daños y perjuicios por la interposición de un interdicto de obra nueva, causante de la paralización de unas obras en ejecución, es necesaria la concurrencia de culpa o negligencia a la hora de entablar la acción interdictal (art. 1902 CC). Considera el Tribunal Supremo que la interposición de un interdicto de obra nueva para conseguir la suspensión de unas obras, es susceptible de calificación de ejercicio culpable de los derechos procesales, cuando aquellos que llevan a cabo la interposición conocen que la propietaria no ha sido demandada y que no es parte en el procedimiento.

La cuantificación de los daños.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (SSTS, entre otras, de 14 de octubre de 1952, 30 noviembre de 1961, 22 de junio de 1989, 20 de marzo de 1991 y 13 de abril de 1992) que la Sala sentenciadora es soberana para apreciar, según el resultado de las pruebas, la existencia de daños y perjuicios, así como la cuantía de los mismos. (STS de 3 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Urbanización Nuevo Santander, S. A.* interpone demanda contra don P. R. C. y don A. G. D. sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Contra dicha sentencia, la entidad actora interpone recurso de apelación, que es estimado, parcialmente, por la Audiencia Provincial quien condena a los demandados al pago conjunto y solidario a la actora de la cantidad solicitada. Recurrida en casación esta resolución, el Tribunal Supremo desestima el recurso e impone las costas causadas por el mismo a los recurrentes. (S. E. M.)

54. Responsabilidad extracontractual. Prescripción de la acción. No se da, pese a los años transcurridos, si en el correspondiente proceso penal no se le hizo ofrecimiento de acciones al perjudicado, ni se le notificó el auto de archivo o sobreseimiento.—La omisión del ofrecimiento de acciones en el proceso penal y en su caso además la de la notificación del auto de archivo, no pueden ir en detrimento de los perjudicados en el sentido

de que la acción civil se considere prescrita por no haberse ejercitado dentro del año siguiente a la producción del daño o a la terminación de las actuaciones penales (SSTC 89/1999 y 298/2000). Doctrina constitucional que puede resumirse en dos argumentos esenciales: primero, que el conocimiento de la fecha en que han terminado dichas actuaciones penales constituye, pues, un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional; y segundo, que en tanto se sigan las actuaciones penales el Ministerio Fiscal está obligado al mantenimiento de las acciones penales y civiles. Pues bien, la resolución impugnada declara probado que al demandante no se le ofreció el procedimiento en las actuaciones penales y ni siquiera se le tomó declaración, y lejos de apuntarse indicio alguno de arbitrariedad o mala fe en su proceder se destaca su escaso o nulo conocimiento de las leyes.

Responsabilidad por hecho ajeno. No excluye la responsabilidad del agente directo del daño cuando se dan los requisitos para que éste venga obligado a reparar el daño.—El hecho de ser jefe de obra bajo la dependencia del empresario, lejos de exonerarle de responsabilidad por lesiones de los trabajadores debidas al incumplimiento de medidas de seguridad elementales, sería fundamento más que suficiente de tal responsabilidad frente al perjudicado y solidariamente con el empresario, ya que la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1903 CC no es excluyente de la del agente directo cuando se den todos los requisitos para que éste venga obligado a reparar el daño causado conforme al artículo 1902 CC.

Responsabilidad civil extracontractual. Compensación de culpas. No procede cuando la imprudencia del perjudicado constituye parte habitual de la prestación de sus servicios al empresario de acuerdo con las condiciones de trabajo marcadas por éste.—No es procedente la reducción de la indemnización por compensación de culpas, sobre la base de una pretendida culpa del trabajador demandante en la causación de su caída al haber aligerado su tarea colocando un tablón en vez de montar un andamio antes de proceder al rellenado de hormigón de cada pilar. Porque no es ningún exceso de confianza del trabajador que le llevara a prescindir de las medidas de seguridad prescritas por el empresario o el jefe de obra sino, muy claramente, la ejecución habitual y cotidiana de la obra en unas ínfimas condiciones de seguridad que ninguno de los demandados se preocupó nunca de mejorar, de suerte que ninguna culpa cabe apreciar en quien como el demandante, simple peón, se limitaba a desempeñar sus tareas en las condiciones marcadas por el empresario y el jefe de obra, a menos que se pretenda reprochar al trabajador el no haber formulado una denuncia o haber planteado unas exigencias que inevitablemente le habrían conducido a enfrentarse directamente con el empresario y con su jefe más inmediato. (STS de 16 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Durante la realización de unas obras de edificación, el actor que trabajaba como peón en las mismas, y por falta de las medidas de seguridad elementales, cayó desde una altura de diecisiete metros sufriendo diversos traumatismos y fracturas que le dejaron como secuela diversas atrofias y limitaciones funcionales que determinaron que fuera declarado en situación de invalidez permanente total para su trabajo habitual. Después de seguirse diligencias penales, que fueron archivadas, y de ser condenado el empresario-empedor en la jurisdicción social a pagar indemniza-

ción con el recargo del treinta por ciento, el lesionado interpuso demanda civil contra dicho empresario, así como contra el aparejador que ejercía funciones de jefe de obra, solicitando una indemnización de veinte millones de pesetas con base en la responsabilidad *ex artículo* 1902 CC. El Juzgado de Primera Instancia de Badajoz estimó íntegramente la demanda y condenó solidariamente a ambos demandados a pagar la cantidad solicitada. La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación interpuestos por los condenados y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el aparejador. (LAGD)

55. Responsabilidad por hecho ajeno. Responsabilidad del naviero por lo hecho por el capitán. Responsabilidad del capitán del buque.—La personalidad jurídica del capitán del buque presenta notas de complejidad, en cuanto su principal cometido es la dirección y gobierno del buque; se trata de un cualificado profesional técnico, dependiente del naviero por quien es designado libremente y con el que le liga un contrato de embarque. Con relación a su responsabilidad debe consignarse que cuando realice un acto ilícito por el mal uso de los poderes conferidos o incumplimiento culposo de los deberes impuestos por la ley o derivados de su contrato de embarco con el naviero, responde frente a éste del daño que cause (arts. 618 y 621 CCO). Así, sin perjuicio de que sea el capitán el que responde civilmente para con el naviero condenado, es éste el que ha de pechar con la responsabilidad por los hechos del capitán que hayan producido a terceros daños y perjuicios. Por ello, la responsabilidad civil que atribuye el artículo 618.5.º CCO a todo capitán de buque, lo es «para con el naviero y éste para con los terceros que hubieran contratado con él». O sea, que de los daños que sobrevengan por la falta de cumplimiento de las obligaciones que le corresponden conforme a los artículos 610 y 612 CCO, y en concreto en lo relativo a «vigilar cuidadosamente la estiba» no responderá directamente frente al tercero, sino frente al naviero. Por consiguiente, si los actos ilícitos del capitán causan daño a un tercero, será responsable el naviero frente al dañado (STS de 17 de julio de 1995).

Responsabilidad por hecho ajeno. Culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*.—La Sala estima que existe culpa tanto en la empresa estibadora, como en el capataz que por cuenta de aquélla ejercía funciones de vigilancia y dirección de las operaciones. Existe culpa en el capataz por la torpe y negligente realización del hecho; y en la empresa estibadora por la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*. En ambos casos existe responsabilidad subjetiva como señala el artículo 1.903.1, debiendo señalarse que tal responsabilidad no es subsidiaria, sino directa porque nace del incumplimiento de los deberes de imponer las relaciones de convivencia social de vigilar a los que están bajo la dependencia de otros y emplear la debida cautela en la elección y en la vigilancia de sus actos.

Responsabilidad civil extracontractual. Prescripción de la acción. Inicio del cómputo cuando se trata de lesiones personales.—La doctrina jurisprudencial ha mantenido que, tratándose de lesiones, para determinar el *dies a quo* ha de atenderse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica. Tratándose de lesión en accidente de trabajo, comienza el cómputo desde la fecha de la resolución

atenida al Informe de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades. (STS de 29 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia del accidente sufrido en su trabajo como estibador, cuando participaba en la carga de un buque en el puerto de Santander, don A. M. demandó a las mercantiles *Seedps, S. A., B. C., S. A.*, así como a don P. P., capataz de la anterior, y a don D. R., capitán del buque donde tenían lugar las operaciones de carga. El actor solicitó la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a causa del accidente sufrido. El Juez de Primera Instancia estimó de oficio la excepción de incompetencia de jurisdicción y, sin entrar en el fondo del asunto, dejó imprejuzgada la cuestión. La Audiencia Provincial de Santander estimó el recurso de apelación planteado por el actor y, estimando parcialmente la demanda, condenó a la compañía *B. C., S. A.* y a don P. P., quien prestaba servicios como capataz para la anterior en las labores de estiba al tiempo de producirse el accidente, a que indemnizasen conjunta y solidariamente al actor la cantidad de 35.000.000 pesetas. El Tribunal Supremo no dio lugar a los recursos de casación interpuestos por los demandados condenados. (LAGD)

56. Culpa extracontractual: alumna de seis años, de colegio público atropellada por autobús escolar. Responsabilidad de la Junta. Demanda interpuesta conjuntamente contra compañía de seguros. Competencia civil. Derecho transitorio.—Producido el accidente en 1989, la Sala de Conflicto del Tribunal Supremo ha resuelto en su Auto de 17 de diciembre de 2001, que dirigida la demanda conjuntamente contra la Administración y la aseguradora, procede mantener la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, pues de lo contrario se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos ante dos jurisdicciones diferentes, con el riesgo de resoluciones no acordes, lo que provocaría una merma de las garantías del ciudadano y un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela efectiva.

Litisconsorcio pasivo necesario.—La concurrencia de varias acciones u omisiones en la producción del daño a cargo de diferentes agentes, genera una responsabilidad entre ellos cuando no sea posible individualizar la parte de aquel que sea atribuible a cada uno, por lo que la parte perjudicada puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos.

Responsabilidad del colegio público: no puede invocar la culpa de la alumna menor de edad para minorar su responsabilidad.—No puede aplicarse la doctrina de la minoración del importe del resarcimiento del daño cuando concurre también a su producción la conducta (positiva o negativa) del dañado, ya que la víctima ha realizado este comportamiento porque el colegio público al cual sus padres han confiado durante su permanencia en él, el cumplimiento de los deberes de cuidado y protección, ha sido negligente en esta tarea que ha asumido, no pudiendo pretender que se atenúe económicamente su obligación resarcitoria como consecuencia de una conducta de la que ella es responsable.

Negligencia de la profesora encargada del grupo de niños que salía a tomar el autobús.—La profesora no actuó conforme a la diligencia exigible, no pudiendo alegar el incidente de que uno de los niños del grupo la llamó para atar el zapato, lo cual no le exoneraba de sus deberes de vigilancia y

protección respecto a los demás menores en una situación de riesgo como era el deseo de éstos de subir los primeros al autobús mientras éste maniobraba en el portalón del colegio.

Prescripción extintiva: *Dies a quo*.—Está constituido por el día siguiente de la notificación de la sentencia firme por la que se inadmitía su anterior demanda por incompetencia territorial del órgano judicial.

Improcedencia del abono del 20 por 100 según la Ley del Contrato de Seguro.—Procede estimar el recurso de la aseguradora porque el abono del 20 por 100 desde los tres meses siguientes a la fecha del siniestro sólo se impone, conforme al artículo 20 de 1980 en su anterior redacción, si el impago se origina por causa no justificada o fuera imputable al asegurador, circunstancias que aquí no concurren, ya que el asegurador desconoce el *quantum* indemnizatorio hasta su fijación por la sentencia. (STS de 31 de octubre de 2003; ha lugar en parte.)

NOTA.—El accidente ocurre en 1989, siendo de destacar que la Audiencia Provincial incrementó notablemente hasta la suma de veinte millones de pesetas la indemnización por daños morales causados a la accidentada por consecuencia de las secuelas del accidente (daño estético y funcional), cifrados en 4,5 millones por el Juzgado de Primera Instancia. El Tribunal Supremo condena, además, a la profesora encargada de sacar a los niños al autobús, y absuelve a la aseguradora del pago del 20 por 100 del importe de la indemnización.

Hay un Voto particular formulado por el Magistrado Sr. Gullón Ballesteros en relación con la ausencia en el proceso del conductor del autobús que atropelló a la menor, así como de la empresa de transporte y de su aseguradora. Entiende que rechazar desde el inicio del proceso su necesaria presencia en él, calificándolos de reponsables solidarios por aplicación del artículo 1.144 CC, supone considerarlos obligados a reparar, sin que se hayan observado los principios de contradicción y audiencia de parte para que tengan que soportar tal condena. A su juicio, en este caso la solidaridad nace de la sentencia, y no antes, al no existir ningún precepto legal que lo declare. (G. G. C.)

57. Culpa extracontractual: reparación del daño por caída de edificio. Cálculo de la cuantía indemnizatoria.—Se trata de la reposición del edificio siniestrado al que la sentencia del Juzgado, tras la oportuna pericia en autos, señaló el valor de 20.738.651 pesetas, si bien se advirtió que el reinstalar en el mismo sitio y con los mismos materiales el inmueble derrumbado sería ir contra la lógica constructiva y se incumpliría la normativa del sector, que no autoriza la reconstrucción por debajo de ciertos estándares; se trataría de una construcción análoga pero actual, y así el perito señaló en la reposición total del edificio (incluyendo presupuesto de contrata, honorarios de arquitecto y aparejador, licencia municipal de obras, enganches y acometidas) un total de 16.805.337 pesetas, a cuya cantidad debiera aplicarse un coeficiente reductor que podría oscilar entre el 0,6 (depreciación del 40 por 100) y el 0,8 (depreciación del 20 por 100), adoptando el Juzgado de Primera Instancia la media del 0,7 (equivalente a una depreciación del 30 por 100), criterio que también siguió la Audiencia Provincial. Ha de partirse

de que es facultad atribuida a los Tribunales de instancia la apreciación sobre la existencia y fijación del *quantum*, valiéndose de las pruebas aportadas; en todo caso, el restablecimiento del patrimonio del perjudicado en el estado precedente a la producción del daño supondrá la edificación de iguales características al derrumbado, y se trata de un edificio de cuarenta años de antigüedad, debiéndose descartar el absurdo de recibir idéntica indemnización por una construcción tan antigua como por la caída de un edificio recientemente construido. La reparación de los daños y perjuicios no debe conducir al enriquecimiento del perjudicado. La STS de 29 de marzo de 2001 señala que el principio de la total indemnidad queda sujeto a las reglas legales que determinan los daños resarcibles y a la extensión indemnizatoria del artículo 1.107 CC, y a la prueba de lo que ha acontecido en el caso.

Daño moral. Doctrina general.—Según recoge la STS del 31 de mayo de 2000, la temática planteada sobre la indemnización del daño moral presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia que, aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refieren. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (STS de 21 de octubre de 1996), o que no es necesario puntual prueba o exigente demostración (STS de 15 de febrero de 1994), o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (STS de 3 de junio de 1991), en tanto en otras se exige la constatación probatoria (STS de 14 de diciembre de 1993), o no se admita la indemnización —compensación o reparación satisfactoria— por falta de prueba (STS de 19 de octubre de 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (SSTS de 23 de julio de 1990, 29 de enero de 1993, 9 de diciembre de 1994 y 21 de junio de 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya que estar a las circunstancias concurrentes, como destacan SSTS de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (STS 19 de octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*, o cuando se da una situación de notoriedad (SSTS de 15 de febrero de 1994, y 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria. Como ha recogido la STS de 31 de mayo de 2000, el daño moral requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico (SSTS de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 27 de septiembre de 1999), habiéndose referida la más reciente doctrina jurisprudencial al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional etc (SSTS de 6 y 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998 y 12 de julio y 27 de septiembre de 1999). (STS de 11 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Presenta interés el resumen de la doctrina jurisprudencial sobre indemnización del daño moral (FD 3.º), de aplicación también a la responsabilidad extracontractual. En el caso se indemniza aquél a dos propietarios por las molestias que comporta la privación de la propia vivienda, y la del local en que se ejerce la actividad, pero se deniega por falta de prueba con base en la titularidad del local a quien no reside allí ni regenta el negocio. Se habla en la

doctrina, a este respecto, de que, en ciertas ocasiones y debido a su contenido versátil, el daño moral se instrumentaliza y se utiliza como un comodín, para ser empleado *a conveniencia* y esconder otros conceptos indemnizatorios (así, Elena VICENTE DOMINGO, «El daño», en el *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por Reglero Campos, Cizur Menor, 2002, p. 228). No parece ser éste un caso de instrumentalización del daño moral (si se atiende a las reducidas indemnizaciones por tal concepto de 800.000 y 400.000 pesetas). Pero tampoco se entiende bien su negativa a un propietario por el mero hecho de no residir en el edificio derrumbado; ¿no hubiera bastado el sentimiento de afección experimentado por haber nacido o trabajado en él sus padres o el mismo interesado? (G. G. C.)

58. Responsabilidad civil extracontractual. Daños producidos a consecuencia de mordedura de perro. Responsabilidad objetiva.—La obligación de reparar el daño causado por animales la contempla el artículo 1.905 CC, que señala una responsabilidad objetiva que deriva de la posesión del animal. Sólo se evita el cumplimiento de tal obligación cuando se rompe el nexo causal por fuerza mayor o culpa del perjudicado.

Responsabilidad extracontractual. Solidaridad impropia.—La obligación de reparar el daño que prevé el artículo 1.905 CC, es derivación de la obligación de indemnizar el resultado dañoso del acto ilícito que proclama, como principio, el artículo 1.902 CC. Sobre éste la jurisprudencia, reiteradísima, ha mantenido la solidaridad cuando el daño se imputa a varios agentes. La solidaridad que se predica a los sujetos de un acto ilícito que produce un resultado dañoso, solidaridad de obligación de repararlo, ha sido una creación jurisprudencial, por lo que se la ha llamado «solidaridad impropia». (STS de 29 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos R. R que se ocupaban del cuidado de un perro, lo habían artificialmente inclinado a la agresividad y a la fiereza, y aunque el animal tenía collar y cadena para retenerlo, su control no era el adecuado, por lo que el perro se soltó y saltó una valla de la finca a la que custodiaba y mordió a don E. J. S. F. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de instancia al estimar la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (S. M. J. A.)

59. Responsabilidad extracontractual. Nexo causal. Funciona como criterio de imputabilidad de la responsabilidad. Necesidad de probar los hechos acreditativos de la concurrencia del nexo causal.—En el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo. Queda así expresado que la causalidad es más bien problema de imputación; esto es, que los daños o perjuicios deriven o fueron ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hace dimanar (SSTS de 30 de abril de 1998 y de 2 de marzo de 2001). Corresponde la carga de la prueba de la base fáctica del nexo cau-

sal, y por ende las consecuencias desfavorables de su falta, al demandante y, en todo caso, es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al que ejercita la acción (SSTS de 6 de noviembre de 2001 y de 23 de diciembre de 2002).

Responsabilidad extracontractual. Ruina de edificio del artículo 1.907 CC. Interpretación del concepto de ruina. Ha de entenderse en su sentido propio. No alcanza a los daños producidos por filtraciones o inundaciones de agua.—El artículo 1.907 CC hace referencia a los daños que resulten de la ruina del edificio, debiendo entenderse el concepto de ruina en su sentido propio, sin que puedan incluirse en el mismo los daños causados por inundación consecuente con una obstrucción de tuberías que, en su caso, habría de reconducirse al artículo 1.902 CC (STS de 3 de abril de 1996). Ha de señalarse la total inaplicación del artículo 1.907 CC para resolver la cuestión sometida a debate judicial, que no es otra que la indemnización de daños y perjuicios ocasionados en local situado en planta inferior por filtraciones de agua procedentes de un piso superior, supuesto de hecho totalmente distinto del contemplado en el citado artículo 1.907 CC (STS de 6 de abril de 2001).

Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad del propietario de la obra por hecho ajeno. Culpa *in eligendo* o *in vigilando*. No concurre cuando se trata de contratos entre personas o empresas no determinantes de subordinación entre ellos.—En relación con la responsabilidad del propietario de la obra, cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relación de subordinación entre ellos, falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1.903 CC, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga una obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder por los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos sometiéndolos a su vigilancia o dirección (STS de 27 de noviembre de 1993). Así, ejecutadas las obras de transformación en local para oficinas de la vivienda adquirida por los hermanos codemandados, sin que los compradores se reservasen la dirección de la obra y sin que existiere ninguna relación de subordinación entre los comitentes y el contratista, no puede atribuirse a los codemandados negligencia alguna por culpa *in eligendo*. (STS de 22 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los codemandados adquirieron un piso que reconvirtieron en local para oficinas. A tal efecto, eliminaron la cocina y, entre otras adaptaciones, cegaron las cañerías del agua con tapones metálicos al efecto. Un par de años después de la reforma, estando arrendado el local, uno de los tapones saltó empujado por la fuerza del agua, en horas en que no había nadie en la oficina, produciendo una inundación que duró algún tiempo hasta que se cerró la llave de acometida de la finca. A consecuencia de este evento el propietario del piso inferior sufrió daños de diversa consideración, que fueron indemnizados por su compañía aseguradora. La aseguradora ejercitó la acción de regreso del artículo 43 LCS contra los propietarios de la oficina y contra el inquilino de la misma. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid desestimó la demanda planteada. La Audiencia Provincial desestimó, asimismo, el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

60. Culpa extracontractual. Responsabilidad médica. Extirpación de tumor en el cuello. Invalidez permanente como secuela.—Los daños y secuelas sufridas por el actor son consecuencia de la sección de la rama dependiente del servicio espinal que inerva el músculo trapecio, sección que se produjo durante la intervención a que fue sometido aquél. Acreditada la existencia del daño causado por una acción objetivamente imputable al cirujano codemandado, la conducta de éste ha de calificarse de culposa o negligente en mayor o menor grado. La operación a que fue sometido el paciente consistió en una linfadenectomía modificada o funcional que tenía por objeto la extirpación de todo el bloque tumoral, preservando y respetando el músculo esternocleidomastoideo, la vena yugular interna y el nervio espinal, lo que la diferencia de la disección radical del cuello en la cual dichas estructuras no son respetadas; por tanto, los riesgos inherentes a esa intervención quirúrgica no comprendían la afectación del nervio espinal que si resultó dañado lo fue por una conducta negligente o descuidada del codemandado. Se dan en el caso los requisitos constitutivos de la acción para la exigencia de la responsabilidad por culpa extracontractual.

Culpabilidad incluida en el nexa causal.—Es reiterada la jurisprudencia según la cual en el nexa causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo, de modo que la causalidad —como en el caso debatido— es más bien un problema de imputación. Ha declarado la STS de 9 de octubre de 2002 *que el artículo 1.902 CC ha sufrido un evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexa causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de culpa.* (STS de 11 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—El supuesto fáctico de esta sentencia (graves secuelas por extirpación de tumor en el cuello) coincide sustancialmente con el de la STS de 15 de septiembre de 2003, extractado en este fascículo del ADC. Difiere el Ponente respectivo (aquí es el Magistrado Sr. González Poveda, y allí el Magistrado Sr. O'Callaghan Muñoz), y, sobre todo, la fundamentación de la sentencia de casación que aquí sirve para rechazar el recurso y confirmar una sentencia parcialmente estimatoria, y allí más enérgicamente fundamenta la estimación de un recurso que sale al paso de dos sentencias absolutorias de instancia. (G. G. C.)

61. Responsabilidad civil médico-hospitalaria. Diagnóstico alterado: enfermo tratado de cólico nefrítico cuando estaba diagnosticado de padecer aneurisma de aorta. Cómo ha de prestarse la actividad de diagnosticar.—La actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateo de medios ni esfuerzos (SSTS de 16 de febrero y 22 de mayo de 1995), dado que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone, por lo que dará lugar a responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, cuando dicha actividad se realice con negligencia.

No es necesario que el nexa causal concorra con matemática exactitud.—La relación causal existe desde que se emitió un diagnóstico equivocado y se omitieron aquellas pruebas que hubieran aportado el diagnóstico correcto.

Requisitos de una actuación médica completa.—Dicha actuación comporta la realización de todas aquellas actividades médicas necesarias, siempre y cuando se cuente con los medios para llevarlas a cabo.

Responsabilidad del organismo al que pertenecía el médico por culpa *in eligendo* o *in vigilando*.—A tenor del artículo 1903 CC, el organismo al que pertenece el médico (*Servicio Andaluz de Salud*) responde civilmente por hecho ajeno, al quedar en pie el reproche culpable que se concreta en la actuación censurable del médico por la negligencia en la que incurrió (SSTS de 15 de marzo de 1993, 21 de julio de 1997 y 24 de junio de 1999, entre otras).

Responsabilidad del organismo del que dependía el hospital por relegar a un enfermo, diagnosticado de un padecimiento grave y necesitado de intervención quirúrgica en el menos tiempo posible, a una lista de espera.—Dejar a un enfermo con un aneurisma de aorta, que requería ser operado con la máxima urgencia, a un práctico olvido, por haberse pospuesto la intervención que necesitaba e incluirle en el trámite burocrático de lista de espera, equivale prácticamente a un abandono muy grave y con carga de riesgo relevante de que el desenlace fatal pueda producirse en cualquier momento. Esta responsabilidad encuentra su apoyo legal en el artículo 1.902 CC, al tratarse de mal cumplimiento de la prestación médico-sanitaria que requería el enfermo de referencia (SSTS de 21 de julio de 1997, 16 de diciembre de 1998 y 23 de abril de 2001, entre otras). (**STS de 27 de mayo de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido de la demandante fue atendido, en el Servicio de Urgencias de un hospital perteneciente al *Servicio Andaluz de Salud* (codemandado), por una médico (codemandada) que le diagnosticó un cólico nefrítico cuando lo que tenía era un aneurisma de aorta roto que le provocó la muerte. Se dio la circunstancia de que el enfermo había sido diagnosticado casi cuatro meses antes de tal padecimiento y así se lo hizo saber el médico de cabecera a la de urgencias en el parte de ingreso hospitalario. También debe resaltarse que cuando se le diagnosticó el aneurisma al paciente se indicó la necesidad de ser intervenido, no obstante, se le mantuvo sin ningún control, y solamente, después de haber pasado mes y medio desde el diagnóstico, lo remitieron a una lista de espera, sin fecha precisa para la operación.

La reclamación de la viuda ascendía a una indemnización de veinte millones de pesetas, con carácter solidario, que dirigía contra los demandados reseñados en el párrafo anterior y contra otro médico. La demanda no prosperó en primera instancia. La Audiencia estima en parte el recurso de la actora y condena a la médico de urgencias y al *Servicio Andaluz de Salud* a abonar, solidariamente, a la viuda, quince millones de pesetas. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación interpuesto por el médico y el SAS. (*I. D.-L.*)

62. Culpa extracontractual. Responsabilidad del médico y del INSALUD. Extirpación de quiste en el cuello. Secuelas. Prueba de la culpa.—Las sentencias de instancia estiman la realidad del daño y la presencia del nexo causal, pero desestiman la demanda por falta de prueba de la

culpa. Pero hay que tener en cuenta que no se trata de que *no se ha probado la culpa*, sino de que el médico no ha probado que el resultado dañoso no se ha producido por su actuación. En este sentido la STS de 2 de diciembre de 1996, reiterada por la STS de 29 de noviembre de 2002, declara que *el deber procesal de probar recae también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión.*

Doctrina del resultado desproporcionado.—Se reitera una vez más la doctrina del resultado desproporcionado respecto a una intervención quirúrgica que produce un daño, así las SSTs de 29 de junio, 9 de diciembre de 1999, 29 de noviembre de 2002 y 30 de enero de 2003, entre otras, que declaran que ante un daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor, añadiendo que *corresponde a la regla res ipsa loquitur que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana, y a la regla del Anscheinsbeweis (o apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la faute virtuelle (o culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto.*

Responsabilidad objetiva por los servicios sanitarios según la LGDCU.—A mayor abundamiento debe aplicarse la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley de 1984, según reiterada jurisprudencia.

Cuantía indemnizatoria.—Al producirse la infracción del artículo 1902 CC, respecto del médico, y el 1903 párrafo 4.º, respecto del INSALUD la Sala Primera del Tribunal Supremo asume la instancia y procede a la condena solidaria de los demandados al abono al perjudicado de la cantidad que reclamó en su día, hace más de diez años. (STS de 15 de septiembre de 2003; ha lugar.) (G. G. C.)

63. Responsabilidad civil médica. Accidente de esquí que genera una fractura de espina tibial en la esquiadora: actuación médica y cojera irreversible de la accidentada. Doctrina del daño desproporcionado, de la apariencia de prueba y de la culpa virtual.—Lo que debe calificarse jurídicamente es la actuación médica y, a partir del deber de *neminem laedere* del médico, ver si el mismo corresponde a la normal actuación o si se ha producido un resultado desproporcionado del que deriva la presencia de responsabilidad contractual o extracontractual.

La doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor corresponde a la regla *ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada ampliamente por la doctrina angloamericana, en la doctrina alemana se habla de la *apariencia de prueba* (regla del *Anscheinsbeweis*) y en el derecho francés de la *culpa virtual* (la *faute virtuelle*).

lle), será necesario, en estos casos, un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente y que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto (SSTS de 29 de junio de 1999, 29 de noviembre de 2002 y 31 de enero de 2003, entre otras). (STS de 8 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante sufrió un accidente de esquí que le causó una fractura de espina tibial. Fue atendida de urgencia *in situ* y trasladada a Barcelona donde la reconoció y trató el médico demandado (asegurado en *Wintertuhr*, compañía que fue también demandada) que pertenecía a un centro hospitalario, al que se extendió la demanda. El mencionado médico la sometió hasta tres intervenciones en casi año y medio de tratamiento sin resultado favorable alguno. La paciente-demandante acude a otro médico (no demandado) que termina el tratamiento, pero a la paciente le quedan graves secuelas que se traducen en una clara cojera irreversible.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda al condenar al médico y a su aseguradora a indemnizar a la actora solidariamente con doce millones de pesetas (se pedían veinte millones de pesetas). Apelada esta sentencia por los condenados en ella, la Audiencia la revoca y los absuelve al entender que hay falta de prueba respecto a la concurrencia de culpa. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación y hace suya la sentencia de primera instancia, al entender que la causa del daño fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, en consecuencia, la responsabilidad. (I. D.-L.)

64. Responsabilidad médica. Resultado desproporcionado en una operación de cataratas. Pérdida de la visión de un ojo: inobservancia de las medidas profilácticas que la *lex artis* exigía. Prueba de la causa del daño.—La víctima no puede precisar cuál es la concreta y precisa causa del resultado anómalo y desproporcionado que ha sufrido (pérdida de la visión de un ojo); es el demandado al que le es más fácil la prueba del desempeño de la diligencia exigible y que el daño no obedece a la falta de ella.

Falta de reclamación previa en la vía administrativa a la interposición de la demanda: irrelevancia del defecto por inexistencia de perjuicio.—En nada se demuestra que haya perjudicado a la Administración la falta de subsanación del defecto, cuando la conducta de ésta ha sido en todo momento la de oponerse a las pretensiones del actor, sin intentar justificar siquiera que en la vía administrativa hubiera podido encontrar satisfacción el demandante.

La alegación de este defecto no puede tener trascendencia procesal alguna, ya que la Administración reclama por el incumplimiento de una mera formalidad, que se revela como obstaculizadora del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Lucro cesante: cuantificación.—Procede una minoración del *quantum* indemnizatorio por lucro cesante en atención a las previsiones de la legislación laboral aplicables al perjudicado. (STS de 2 de julio de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El paciente demandó al médico que le operó y al *Instituto Nacional de la Salud* para que le indemnizasen solidariamente, con veinticinco millones de pesetas, los perjuicios físicos, patrimoniales y morales que sufrió a consecuencia de la pérdida de la visión de un ojo, debido a una infección padecida después de una intervención quirúrgica de cataratas en la que, según el actor, no se adoptaron las medidas profilácticas adecuadas. En la historia clínica no había constancia que al paciente se le aplicase la inyección subconjuntival postoperatoria que impone la *lex artis* como medida profiláctica.

En la primera instancia se desestima la demanda, mas no en la apelación, donde condenan a los demandados solidariamente a pagar 18.064.000 pesetas al actor. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación presentado por el médico, pero sí da lugar en parte al interpuesto por el *INS*, al entender que la condena de los demandados debía rebajarse a 16.864.000 pesetas (*I. D.-L.*)

65. Responsabilidad civil médica. Deber de información del médico al paciente: contenido.—La información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa, y exhaustiva; debe, además, practicarse en los tiempos clínicos correspondientes y buscar que la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para que pueda entenderla debidamente. También ha de tratarse de una información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen.

Obligación de documentación del consentimiento informado. Referencia al consentimiento prestado mediante documentos impresos, carentes de rasgos informativos adecuados.—Aunque se permite que el consentimiento sea prestado en forma verbal, deberá quedar constancia del mismo en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte, como exige la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y deberes en materia de información y documentación médica (no aplicable en el presente caso).

El consentimiento prestado mediante documentos impresos, carentes de rasgos informativos adecuados, es indebido e incorrecto (SSTS de 28 de abril de 2001 y 26 de septiembre de 2000).

Requisitos y alcance del deber de información médica.—Ha de referirse, como mínimo, a las características de la intervención quirúrgica a practicar, sus riesgos, ventajas e inconvenientes, en lo que cabe incluir el pronóstico sobre las probabilidades del resultado (STS de 13 de abril de 1999).

Fundamento del deber de información médica: la buena fe.—La información previa al paciente a cargo de los facultativos e instituciones sanitarias deriva de la buena fe.

Efectos que produce la práctica incorrecta de este deber.—Si la información médica no se lleva a cabo adecuadamente, a fin de que el consentimiento del enfermo lo sea con conocimiento de causa bastante, se infringe *la lex artis ad hoc*, al violentarse el hecho esencial del arrendamiento de servicios médicos. Además, la práctica incorrecta del deber de información integra una omisión constitutiva de culpa sanitaria conforme a los artículos 1902 y 1903 CC y normativa Constitucional (arts. 43 y 51.1-2).

Prueba del adecuado cumplimiento del deber de información.—Corre a cargo de los médicos demandados, por asistirles actuación favorable ventajosa para aportarlo al pleito, sobre todo mediante la documentación en que conste haber tenido lugar de modo efectivo y adecuado dicho deber. (STS de 29 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—A la actora, al dar a luz en un hospital de Alicante, se le practicó cesárea y una ligadura de trompas por los dos médicos demandados, ya que en dos partos anteriores también hubo de practicársele cesárea. No obstante, la demandante volvió a quedar embarazada por cuarta vez, en esta ocasión de gemelos, y tuvo también que dar a luz mediante cesárea, la cuarta. No quedó acreditado ni en la historia clínica ni en la documentación hospitalaria de la paciente si se le informó respecto a la operación de esterilización, su seguridad y posibles consecuencias.

La demanda, en la que se solicitaba una indemnización de treinta millones de pesetas por los perjuicios patrimoniales causados y daños morales, fue dirigida contra los dos médicos reseñados y contra el *Servicio Valenciano de Salud*. Ni en primera ni en segunda instancia se aprecia la pretensión de la actora, pero el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación, condenando a todos los demandados solidariamente a indemnizarle con diez millones de pesetas. (I. D.-L.)

66. Intervención quirúrgica ajustada a la *lex artis*.—A la luz de los diversos informes médicos, resulta patente la relación causa-efecto entre la operación y los daños. No obstante, la conducta del médico durante la intervención se ajustó plenamente a la *lex artis*. Los peritos coinciden en señalar que la lesión producida es una de las complicaciones habituales que pueden surgir en los pacientes sometidos a esta clase de intervención, debiéndose proceder a la intervención, pues el curso normal de la enfermedad hubiese llevado a la actora a una situación similar o incluso peor.

Consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de informar al paciente.—Todo facultativo de la medicina tiene la obligación de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica y obtener su consentimiento al efecto, a menos que se presente un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato [art. 10.6 c) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad]. En el presente caso, se ha incumplido un deber profesional impuesto por la Ley. No obstante, la trascendencia de la falta de información ha de desvincularse del cumplimiento adecuado del oficio de técnico de cirujano, y lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico es la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, previa al consentimiento (derecho a nuevas consultas, derecho a elegir, derecho a demorarse en la práctica de la intervención, etc.). Sólo debe ponderarse el monto de una indemnización que responda a la privación del derecho a prestar consentimiento informado, y de las posibilidades que, en otro caso, se tenían.

Consentimiento. Carga de la prueba.—La falta de prueba del consentimiento no puede perjudicar a la parte que no tiene la carga de la prueba, sino a la contraria (demandado). (STS de 8 de septiembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Doña E. I. F. se sometió a una intervención quirúrgica que erradicó el bocio nodular que padecía, y originó una indeseada secuela de disfonía postoperativa, de cuya dolencia mejoró, aunque no totalmente, tras otra intervención llevada a cabo en un hospital de California. La actora presentó una demanda contra el médico, don C. G. G., y las entidades *Sanatorio de la Salud, S. A.* y *Compañía de Seguros de Asistencia Sanitaria Adeslas*, en reclamación de cantidad, por las secuelas físicas permanentes y definitivas y el daño moral sufrido. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a que abonaran solidariamente la cantidad declarada. Posteriormente, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia. Se ha promovido recurso de casación contra la sentencia de apelación con base en los artículos 1902 y 1903 CC, al considerar que el demandado incurrió en negligencia al practicar la intervención quirúrgica; y el artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 1986, por vulneración del deber de información al paciente. Asimismo se alega infracción de los artículos 27 y 28 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El Tribunal Supremo ha estimado parcialmente el recurso.

NOTA.—Esta sentencia se inscribe en la línea jurisprudencial que considera que la infracción de la obligación de informar sólo comporta la lesión del derecho a la autonomía del paciente, y que éste es el único interés en base al cual debe computarse la indemnización [véase las STS de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7868) y STS (Sala 3.^a) de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258)]. (E. C. V.)

67. Responsabilidad del fabricante y del importador por producto defectuoso. Naturaleza de dicha responsabilidad. Responsabilidad extracontractual. Imposibilidad de aplicar las normas sobre vicios ocultos.—En relación con el fabricante o el importador, la responsabilidad es extracontractual. La sentencia de la Audiencia Provincial yerra cuando la califica de contractual, pero lo hace esencialmente para rechazar la aplicación de la normativa de vicios ocultos de la compraventa, que es claramente inaplicable. Aparte de ello, insiste en este concepto *obiter dicta* y el fundamento del fallo son las normas de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sin que la condena la base en el artículo 1.101 CC que, por ello, no ha sido infringido.

Responsabilidad por productos defectuosos. Naturaleza de la obligación cuando concurren varios agentes. Responsabilidad solidaria.—La responsabilidad que establece la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios es ciertamente la obligación solidaria de reparar el daño y se impone a los varios intervinientes en el proceso productivo, desde el fabricante al vendedor, y se establece precisamente esta pluralidad de responsables en protección al consumidor, evitándole que tenga que dirigirse a un posible fabricante desconocido o extranjero. Por lo cual, conforme a lo previsto por el artículo 1.144 CC, el consumidor puede dirigirse contra las personas conocidas que, en el presente caso son el importador y el distribuidor; lo que es correcto y no supone infracción del artículo 27 LGDCU, sino todo lo contrario, supone su adecuada aplicación al caso concreto.

Reparación del daño. Preferencia de la reparación *in natura* a la reparación por equivalencia o económica.—El demandante interesó la entrega de un vehículo del modelo y características del dañado. Lo cual responde al concepto de responsabilidad extracontractual o, por mejor decir, conforme al texto de los artículos 1.089, 1.093 y 1.902 CC. Obligación de reparar el daño causado, en que la reparación preferente es la reparación *in natura*, no la llamada por equivalencia, que es la indemnización económica y es subsidiaria de la anterior. (STS de 14 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor adquirió en marzo de 1991, en la entidad concesionaria A. N., S. L., el vehículo marca Toyota, modelo Land Cruiser, importado por la otra codemandada, T. C., S. A. El eje trasero del automóvil presentaba un defecto de fabricación que hacía que con su normal funcionamiento sufriera una fatiga que, a su vez, determinó un progresivo deterioro de su sección que, indefectiblemente, terminó produciendo su rotura, lo cual ocurrió en noviembre de 1993, ocasionando el vuelco del vehículo, quedando destruido el mismo y lesionadas las personas. El comprador demandó a las entidades vendedoras e importadoras por haberles vendido un producto defectuoso. El Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria acogió en parte la demanda y condenó solidariamente a las demandadas a entregar un vehículo de las mismas características al vendido y a indemnizar los daños personales sufridos. La Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó el recurso de apelación interpuesto por la empresa importadora demandada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por dicha demandada. (L. A. G. D.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

68. Acción reivindicatoria frente al tercero hipotecario que adquirió del adjudicatario de un embargo declarado nulo.—La declaración de nulidad del juicio ejecutivo no evita la protección del tercero hipotecario subadquirente del adjudicatario. *Las compraventas posteriores a la acordada en el ejecutivo son válidas y no quedan afectadas por una nulidad anterior no reflejada en el Registro de la propiedad.* (STS de 17 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido embargado un inmueble, se adjudicó en pública subasta a un tercero, que inscribió su título en el Registro de la Propiedad. El inmueble se enajenó a un subadquirente que inscribió también su título en el Registro y que, a su vez, volvió a transmitir la propiedad por compraventa a un nuevo titular, que inscribió. La titular extrarregistral del inmueble fue lanzada por el adjudicatario del embargo, aunque tiempo después consiguió que se dictara sentencia declarando la nulidad del juicio ejecutivo e, invocando dicha nulidad, ejercitó una acción reivindicatoria frente al titular registral. La demandante en ningún momento instó la ano-

tación preventiva del procedimiento de nulidad del embargo, del que no hubo constancia registral. (C. J. D.)

69. Tercería de dominio de bienes muebles adquiridos por el tercerista con la compra del inmueble (un hotel).—Los bienes muebles son parte integrante del inmueble vendido cuando expresamente se indicó en la escritura pública de venta que se transmitía el Hotel *en perfecto estado de funcionamiento*, expresión que debe interpretarse como que la venta del inmueble comprendía la de *todas sus pertenencias*.

El mandato o comisión de gestión temporal de los bienes por la vendedora, a cargo de la compradora, no es obstáculo a la transmisión de la propiedad.—No es un obstáculo para la transmisión de la propiedad el hecho de que, en la escritura pública de venta, conste que la vendedora seguirá gestionando o explotando los bienes durante un período de tiempo determinado, cuando con ello *se venía como a disociar en tema posesorio la dualidad entre el poseedor en concepto de dueño —mediato— (la compradora), y el poseedor en nombre ajeno, como poseedor inmediato o usuario*. Este acuerdo, introducido en la escritura pública de venta como una prestación que realizaría la vendedora a cargo de la compradora, no desvirtúa la transmisión y *únicamente crea un mandato o comisión a la parte transmitente*. (STS de 23 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La vendedora de unos bienes muebles inicia un procedimiento ejecutivo contra la compradora para cobrar el precio de los mismos. Los bienes muebles habían sido instalados en un hotel que, a su vez, había sido posteriormente enajenado por escritura pública de venta a un tercero. En la escritura se hizo constar que la empresa vendedora se comprometía *«a llevar a cabo la gestión [...] del Hotel [...] durante el plazo de tres meses, contados a partir de la fecha de escritura, por cuenta y cargo de la compañía compradora»*, tiempo que se prolongó de hecho hasta poco después de iniciado el embargo de los muebles. La entidad compradora, dueña del hotel, interpuso una tercería de dominio para enervar el embargo de los bienes muebles instalados en el mismo. En primera instancia se estimó la tercería, pero la sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial de Cádiz. En casación, hubo lugar al recurso interpuesto por la entidad tercerista. El Tribunal Supremo estimó que, por la escritura, la compradora adquirió tanto la propiedad del inmueble como la del mobiliario que se encontraba en el interior. No obstante, en cuanto a la posibilidad de transmitir la propiedad de bienes muebles en general por virtud de escritura pública, en la sentencia encontramos un pronunciamiento desfavorable (*obiter dicta*). (C. J. D.)

70. Tercería de dominio. Limitación del objeto de la reconversión.—Al igual que en la STS de 27 de abril de 1998, el Tribunal Supremo rechaza la tesis de que la tercería admite cualquier modalidad de reconversión e, incluso, la intervención de personas ajenas a la *litis*, cuando su objeto es la nulidad del título del tercerista. Por el contrario, afirma el Alto Tribunal que no cabe una reconversión de objeto indiscriminado. Concretamente, la única

pretensión de fondo que se ha admitido como motivo de oposición frente al tercerista en vía reconvenicional es, precisamente, la nulidad del título dominical que sirva de apoyo a la reclamación del mismo (STS de 26 de junio de 1979); el resto, en cambio, constituye un objeto autónomo que debe ventilarse por los cauces del juicio declarativo correspondiente.

Tercería de dominio. Nulidad del título esgrimido por el tercerista. Ejercicio por vía de excepción y mediante reconvenición.—En diversas sentencias pone de relieve el Tribunal Supremo la posibilidad de alegar la nulidad del título esgrimido por el tercerista tanto como excepción como mediante reconvenición, así como las consecuencias del empleo de cada una de estas vías (entre otras, SSTs de 4 de junio de 1993, 19 de mayo de 1997). Así, cuando la nulidad del título se hace valer como simple excepción, el rigor sobre posibles terceros implicados en el negocio que tendrían que soportar la declaración de nulidad decae, pues el Tribunal sentenciador se limita a apreciar la inexistencia de un título válido de dominio en el tercerista (STS de 24 de julio de 1992). En cambio, cuando se plantea la nulidad por vía de reconvenición, se ha de constatar quiénes fueron parte del contrato, a fin de determinar si alguno de ellos no es parte en la tercería y, con ello, la imposibilidad del pronunciamiento por falta de litisconsorcio pasivo necesario o, más bien, por insuficiente legitimación pasiva (STS de 20 de julio de 1994).

Tercería de dominio. Ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores en demanda reconvenicional. Indefensión del deudor.—La declaración de rescisión de un contrato por fraude de acreedores requiere que sean demandadas ambas partes del contrato para poder ser condenadas. Dado que, ante la propia estructura procesal de la tercería, el deudor ejecutado no puede defenderse en forma frente a la pretensión de rescisión del codemandado, la declaración de rescisión del título del que trae causa el tercerista, producida por estimación de la acción reconvenicional, da lugar a indefensión, con violación del artículo 24 CE. Este principio impide que, fuera del objeto propio de un litigio —cuyo alcance viene constreñido por ley—, se introduzca *a fortiori* lo que debiera ser tema de un litigio autónomo. En este sentido, la acción de rescisión por fraude de acreedores, que tiene sus exigencias peculiares y su marco propio de probanzas en atención a su naturaleza subsidiaria, ha de ejercitarse en un proceso independiente, fuera de la tercería de dominio.

Tercería de dominio. Finalidad.—La tercería de dominio se ejercita con el objetivo de sustraer bienes del procedimiento de apremio, por no pertenecer al apremiado. Así, según reiterada jurisprudencia (sirvan de ejemplo las SSTs de 31 de mayo de 1993 y 16 de abril de 2002), su finalidad exclusiva es el levantamiento del embargo trabado sobre el bien en litigio. (STS de 18 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta tercería de dominio por la entidad *M. B. Arrendamientos, S. L.*, contra *Banco Guipuzcoano, S. A.* y *Vendis, S. A.*, la entidad bancaria demandada formula demanda reconvenicional en la que solicita se dicte sentencia declarando la rescisión del contrato de compraventa del que trae su derecho la demandante. La demanda de tercería es estimada en primera instancia. *Banco Guipuzcoano, S. A.* interpone recurso de apelación, que es estimado por la Audiencia Provincial, la cual revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estima la reconvenición formulada, rescindiendo el contrato de compraventa celebrado entre *M. B. Arrendamien-*

tos, S. L. y Vendis, S. A. Interpuesto recurso de casación por *M. B. Arrendamientos, S. L.*, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*A. M. M.*)

71. Tercería de dominio interpuesta por la titular de una opción de compra inscrita en el Registro de la Propiedad frente a la entidad embargante. Eficacia real de la opción. Preferencia de la anotación de embargo frente a los titulares de derechos sobre la cosa y acreedores posteriores. Naturaleza jurídica de la opción de compra: no se trata de un *ius in re* al faltar el elemento de la inmediatividad.—1.º La opción de compra adquiere, una vez inscrita en el Registro de la Propiedad, una eficacia real frente a los créditos y derechos anotados o inscritos con posterioridad, sin que pueda deducirse de ello su naturaleza de derecho real por faltar el elemento de la inmediatividad o señorío directo del titular sobre la cosa; 2.º La oponibilidad *erga omnes* de la opción exige solamente la inscripción registral del derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 14 RH (convenio expreso de las partes para su constancia registral, precio estipulado para la adquisición de la finca y plazo para el ejercicio de la opción), sin que haya de esperarse a su ejercicio efectivo; 3.º Tampoco puede supeditarse este ejercicio a que el optante consigne el precio de los bienes, de modo análogo a lo que sucede en el artículo 175.6.º RH para la cancelación de las cargas y gravámenes posteriores tras el ejercicio de una condición resolutoria o rescisoria inscrita, dado que este precepto reglamentario contempla un supuesto de hecho diferente al que se enjuicia en el presente caso; 4.º Por último, el principio de subrogación real sólo es aplicable a los bienes singulares (al margen quedan, pues, los casos en que opera en el seno de un patrimonio o universalidad globalmente considerado) cuando la transferencia de la cualidad jurídica de un bien al que le sustituye se encuentra expresamente prevista en la ley (*v. gr.* arts. 486, 517, 518, 1626, 1627, 1897 CC, 109 y 110.2 LH, 40 LCS 1980, entre otros). No consta que la entidad bancaria tercerista hubiese instado el embargo del derecho de crédito sobre el precio de la compraventa para el caso de claudicar el que se había practicado sobre la cosa comprada. (STS de 17 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Inmobiliaria Espiolla, S. L.* insta demanda de tercería de dominio contra el *Banco Santander Central Hispano, S. A.* y la entidad *Metales, Hierros y Cargas, S. A.*, por la que solicita que se enerve el embargo practicado sobre el inmueble de su propiedad a instancia del Banco, que había adquirido en ejercicio de una opción de compra concedida a su favor por la también demandada *Metales, Hierros y Cargas, S. A.* La sucesión fáctica se reproduce a continuación: el 2 de junio de 1992 *Metales, Hierros y Cargas, S. A.* (en ocasiones se alude a la entidad «Hierros, Metales y Cargas, S.A») celebra un contrato de opción con *Promociones Tarazona, S. L.*, que se inscribe en el Registro de la Propiedad el 4 de agosto del mismo año. El 22 de septiembre se anota preventivamente un embargo en el Registro en el transcurso de un procedimiento ejecutivo seguido por el Banco de Santander contra *Metales, Hierros y Cargas, S. A.* El 1 de febrero de 1995 *Promociones Tarazona, S. L.* cede a la inmobiliaria *Espiolla* su derecho de opción con el consentimiento de la sociedad optataria. El 8 de febrero

de 1995 se ejercita la opción de compra, que se inscribe en el Registro de la Propiedad, tras lo cual la adquirente del inmueble solicita el alzamiento del embargo mediante la interposición de una tercería de dominio. Queda acreditado que por el ejercicio de la opción no se entregó cantidad alguna (el precio de compra establecido ascendía a veinte millones de pesetas), ya que la vendedora y la compradora eran mutuamente acreedoras y deudoras. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por no haber sido ejercitada la opción de compra antes de la traba del embargo. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la tercerista, que entabla el presente recurso de casación

NOTA.—La opción de compra adquiere con su inscripción en el Registro de la Propiedad una eficacia real de la que, en principio, carecería, dada su naturaleza personal (sobre la naturaleza *real* del derecho de opción que se constituye como tal en escritura pública y se inscribe en el correspondiente registro, véase el art. 20 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, reguladora de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente). La jurisprudencia insiste en que esta inscripción, que permitiría al titular de la opción (ya fuera la persona que hubiera celebrado el contrato o quien hubiera adquirido este derecho preferente de manos de su titular, como sucede en el presente caso) hacerla valer frente a posteriores adquirentes de bienes o derechos sobre el inmueble, no produce el efecto de cierre registral a los nuevos titulares, pudiendo dirigirse frente a ellos el oportuno requerimiento en el que se les comunique la perfección de la compraventa, emplazándoseles ante el Notario para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (SSTS de 9 de junio de 1990, 10 de septiembre de 1998). El acta notarial por la que se requiere al titular del bien para el ejercicio de la acción no es título hábil para la inscripción de la transmisión en el Registro en cuanto que no identifica a los otorgantes, ni contiene un juicio sobre su capacidad, ni goza, por último, de una virtualidad traditoria equiparable a la de la escritura pública (RDGRN de 27 de octubre de 1999). El ejercicio de la opción produce la cancelación de los derechos inscritos con posterioridad (véase expresamente este efecto en el art. 29 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre), debiendo quedar el precio a disposición de los titulares de estos derechos de modo análogo a lo previsto en el art. 175.6.ª RH respecto del cumplimiento de las condiciones resolutorias o rescisorias expresas en una compraventa (véase el art. 29 de la Ley 22/2001, antes citado, así como la RDGRN de 27 de marzo de 2000). Ahora bien, como señala el Tribunal Supremo en esta sentencia, ello no implica que la exigencia de consignación del precio en establecimiento bancario o Caja oficial que contempla este precepto sea trasladable aquí, pues —como se afirma en el FD 3.º— los supuestos contemplados en uno y otro precepto son diferentes. (*N. M. I.*)

72. Interpretación de la DT 1.ª de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.—De acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 9 de julio y 17 de diciembre de 2001), únicamente correspon-

de a las personas que fueran titulares dominicales antes de la Ley de Costas la posibilidad de solicitar, de acuerdo con la DT 1.^a, la concesión de la titularidad de un derecho de ocupación y aprovechamiento marítimo-terrestre, por un plazo de treinta años prorrogable por otros treinta sin la obligación de abonar canon. (STS de 11 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora adquiere en 1974 en escritura pública para su sociedad de gananciales un chalé sito en la playa de la Antilla, inscribiéndolo a su favor en el Registro de la Propiedad de Ayamonte. Aunque en el momento de la adquisición la zona en la que se encontraba el chalé no estaba deslindada, posteriormente se practica un deslinde de acuerdo con la Ley de Costas de 28 de julio de 1988. Por ello, los propietarios del inmueble interponen demanda contra el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, en la que solicitan que se declare su propiedad sobre la finca en cuestión al momento de la publicación de la Ley de Costas de 1988, y que se niegue que la finca es de dominio público. Asimismo, solicitan la nulidad del deslinde y la cancelación de la anotación preventiva de dominio público a favor del Estado sobre la finca. Subsidiariamente, para el caso de que no se diere lugar al pedimento anterior, los actores piden que se declare su derecho a obtener los beneficios de la DT 1.^a de la Ley de Costas, mediante la conversión de su título en una concesión por máximo de sesenta años, respetando los usos y aprovechamientos existentes y sin obligación de abonar canon. En tal caso, exigen que se condene al Estado a indemnizarles determinadas cantidades por el valor de las edificaciones construidas sobre dicho suelo, conforme a los términos de la Ley de Expropiación Forzosa.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda presentada, pues, tras declarar que los actores eran propietarios en el momento de la publicación de la Ley de Costas de 1988, reconoce que la finca se encuentra situada en una zona marítimo-terrestre. En consecuencia, admite el derecho de los actores a obtener los beneficios previstos en la DT 1.^a. El citado Juzgado, por incompetencia de jurisdicción, no entra en el fondo de las cuestiones relativas a la nulidad del deslinde practicado. Esta sentencia es confirmada posteriormente en grado de apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación promovido por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes. (M. C. C. M.)

73. División del bien en comunidad. Homogeneidad de los lotes.—Conforme a lo dispuesto por los artículos 393 y 1.061 CC, a los que se remite el artículo 406 CC, la división del bien en comunidad debe realizarse por lotes homogéneos y en proporción a cada una de las cuotas.

Venta del bien común en pública subasta.—La subasta es un remedio para salir de una situación de indivisión, debidamente constatada, en virtud del cual se produce la transformación en equivalente dinerario, a repartir entre los comuneros de conformidad a sus participaciones. Ante la subasta, las partes están en posición de igualdad jurídica, ya que, si bien pierden su propiedad a favor de quien resulte adjudicatario, a esta condición pueden

acceder tanto los terceros como cualquiera de los copropietarios. (STS de 17 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Los litigantes son dueños de la finca objeto del pleito en régimen de comunidad de bienes por terceras e iguales partes indivisas. Los actores instaron la cesación y disolución de la comunidad de bienes y que, al no poderse formar lotes por igual valor económico, se procediera a su venta en pública subasta. Los dos demandados reconvinieron, solicitando que se mantuviera la comunidad entre los mismos, ofreciendo el pago de la cuota en el bien común a los actores y, en caso de no ser aceptada, se dividiera la finca en dos lotes; de no prosperar los anteriores pedimentos, se solicitó que se procediera a la enajenación en pública subasta.

La sentencia recurrida en casación decidió la disolución de la comunidad y procedió a la división del bien común en dos lotes, adjudicando a los demandados la finca A, integrada por el elemento mobiliario más significativo y de mayor valor en relación al total de la finca como unidad patrimonial, ya que comprendía el edificio principal, casa señorial, destinada a hospital veterinario, rodeada de zona verde ajardinada que se encuentra catalogada como de interés urbanístico por la normativa municipal, contando con entrada para vehículo y otra peatonal desde una carretera general. En el lote de los actores se incluyó la finca B, lote integrado por una vivienda aislada y trasera, susceptible de ser destinada a vivienda unifamiliar habitable mediante las precisas obras de rehabilitación y no expresada debidamente en la escritura de compra plural. La división, además, se realizó sólo de manera parcial, pues la comunidad perduraba en una parte.

Los actores recurren en casación, acordando el Tribunal Supremo la venta en pública subasta del bien. (B. F. G.)

74. Propiedad horizontal. Cláusulas prohibitivas de destino de los locales comerciales del edificio a actividades ya existentes en otros locales.—El Tribunal Supremo considera plenamente válida y oponible frente a la arrendataria (*Viajes Diana Tours, S. L.*, demandada en este procedimiento) y el propietario de un local de una galería comercial en régimen de propiedad horizontal (don A. F. S.) la cláusula de los estatutos reguladores de esta comunidad en la que se prohibía destinar sus locales a industrias ya existentes en la galería, o similares que pudiesen entrar en competencia con ellas. Citando sus anteriores SS de 8 de mayo y 24 de junio de 2002, el Tribunal Supremo declara que este tipo de estipulaciones no vulnera las disposiciones de libre comercio y competencia, al no producir efectos sensibles en los mercados nacional y comunitario, incluso en los casos en que la actividad de la demandada —como sucedía en el supuesto de hecho resuelto en el segundo de estos pronunciamientos— fuera más amplia que la prohibida —venta de complementos y productos para animales, que sólo de manera parcial desarrollaba la titular del supermercado— (comunidad de propietarios del centro comercial «Zoco de Pozuelo» contra *Supermercados Alfaro, S. A.*). (STS de 18 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Viajes Excelsior, S. A.*, entabla demanda sobre cumplimiento de obligación contra *Viajes Diana Tours, S. L.* (arrendataria de un local comercial dentro de la galería en la que la demandante tenía ubicado su establecimiento mercantil), don A. F. S. (propietario del mencionado local), doña R. S. (gerente de *Diana Tours, S. L.*) y doña A. P. D. (en representación de la comunidad de propietarios de la citada galería comercial). El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda condenando al dueño del local y a la entidad titular del establecimiento mercantil a cesar en la actividad de agencia de viajes que venían explotando en los puestos números 12 y 13 de la galería, y a todos los demandados a abonar en ejecución de sentencia los daños y perjuicios ocasionados a la parte actora. Interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, la Audiencia Provincial dictó sentencia desestimatoria, que ha sido recurrida en casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo ratifica en este pronunciamiento la validez de las cláusulas de prohibición de determinados usos y destinos para los pisos o locales integrados en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal con base en lo dispuesto en el artículo 7.2 de su Ley reguladora. En este caso concreto el inmueble era una galería comercial que había quedado sometida a este régimen jurídico por voluntad de los propietarios, los cuales habían otorgado unos estatutos en los que se contenía la prohibición de variar el destino de los locales de la galería —salvo que fuera para explotar una actividad inexistente en dicho centro comercial— y destinarlos, en general, a industrias ya establecidas en el propio inmueble o a otras similares que pudiesen entrar en competencia con ellas. El supuesto se diferencia nítidamente de aquellos otros, objeto también de algunas resoluciones jurisprudenciales, en los que el promotor (o los titulares) del edificio se limitan a hacer constar en el título o estatutos de la propiedad horizontal el destino que habrán de tener los locales comerciales integrados en la comunidad (SSTS de 5 de marzo de 1990 y 21 de diciembre de 1993, en la que se dio a dos de estos locales una finalidad distinta —taller de reparación de vehículos— a la que aparecía descrita en los estatutos —garaje y almacén—). Al no ser presumibles las limitaciones de dominio, aquellas que no se expresen como auténticas prohibiciones o limitaciones en los estatutos no podrán restringir las facultades de los posteriores adquirentes de derechos sobre los citados locales. En el presente caso las cláusulas prohibitivas no dejaban lugar a dudas acerca de cuál había sido la intención de los propietarios otorgantes. (*N. M. I.*)

75. Constitución de servidumbres *inter vivos* en virtud de título.—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 6 de diciembre de 1985, 8 de octubre de 1988, 27 de febrero de 1993, 19 de julio de 2002 y 24 de marzo de 2003), la constitución voluntaria de servidumbres por título precisa de un acuerdo de voluntades dirigido a tal fin, siendo necesario que en el contrato en que se establezca el gravamen conste de forma clara la voluntad de los otorgantes, ya que, como indica el Tribunal Supremo, opera la presunción de libertad del fundo en caso de duda (SSTS de 30 de octubre

de 1959, 8 de abril de 1965 y 30 de septiembre de 1970). No es necesario, por el contrario, la constancia en escritura pública, como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado (SSTS de 2 de junio de 1969 y 26 de junio de 1981), salvo que se trate de una adquisición de servidumbre sin contraprestación, supuesto en el que el requisito de forma vendría exigido por el artículo 633 CC (STS de 20 de octubre de 1993).

Servidumbre no inscrita. Exclusión de la protección registral al adquirente de la finca gravada.—Afirma el Tribunal Supremo que la protección registral del adquirente de la finca gravada con una servidumbre no inscrita queda excluida cuando ésta se manifiesta al exterior mediante signos ostensibles, perfectamente exteriorizados, manifiestos e indubitados (sirvan de ejemplo las SSTS de 5 de abril de 1986, 21 de diciembre de 1990, 15 de marzo de 1993 y 23 de marzo de 2001). En este sentido, aunque una tubería es un signo exterior de manifestación de una servidumbre de desagüe, no puede considerarse ostensible y manifiesto, puesto que puede confundirse con las demás tuberías del edificio destinadas al mismo fin. (STS de 18 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del Edificio «Santa Marta», en Badajoz, interpuso acción negatoria de servidumbre de desagüe contra la comunidad de propietarios del inmueble colindante, cuyas aguas residuales desembocaban en un pozo de desagüe, propiedad de la primera, a través de una tubería que atravesaba el muro divisorio entre ambos edificios y discurría por el techo de la zona del garaje del Edificio «Santa Marta». Los demandados formularon reconvencción, en la que ejercitaban acción confesoria de esa misma servidumbre, alegando que fue constituida mediante acuerdo verbal entre los respectivos promotores de ambos edificios, a cambio de una cantidad de dinero, cuyo pago no resultó acreditado.

La demanda fue estimada en primera instancia, fallo contra el que interpuso la comunidad de propietarios demandada recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso y, con estimación de la demanda reconvenccional, declaró la existencia de la servidumbre debatida y ordenó su inscripción en el Registro de la Propiedad. Interpuesto recurso por la comunidad de propietarios demandante, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. (A. M. M.)

76. Servidumbre de acueducto. Concepto. Título de servidumbre.—La servidumbre de acueducto puede definirse como el derecho para hacer pasar el agua por los predios ajenos intermedios. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTS de 2 de junio de 1969 y 1 de marzo de 1994), servirá como título de servidumbre cualquier acto jurídico oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, en virtud del cual se establezca una limitación al derecho de propiedad realizado voluntariamente por el titular del predio sirviente.

Servidumbre de acueducto aparente: inaplicación del artículo 34 LH.—Según el Tribunal Supremo (SSTS de 7 de noviembre de 1911, 8 de mayo de 1947, 20 de mayo y 2 de diciembre de 1992), no podrá alegarse la falta de inscripción de la servidumbre cuando ésta tenga el carácter de aparente y continua. Cuando se trate de una servidumbre de acueducto aparente, no se podrá invocar con éxito el artículo 34 LH, ya que la realidad exterior estable-

cida en la finca (la existencia de dos tomas de agua con sus correspondientes contadores) elimina el requisito de la existencia de buena fe en el tercer adquirente, presupuesto necesario para obtener la protección consagrada en el anterior precepto hipotecario. (STS de 27 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de una finca sita en El Escorial, después de segregar parte y venderla como fundo independiente a una asociación de propietarios, constituye una servidumbre de acueducto a favor de la colonia de viviendas que se va a construir en el predio vendido. La citada servidumbre obliga a los dueños de la finca matriz a derivar agua en la cantidad diaria estipulada para que la finca segregada se encuentre abastecida de agua potable. Para la constancia de la referida servidumbre se firma un documento en el que se señala el paso de la tubería por el predio del vendedor. Posteriormente, parte del predio sirviente es vendido por una de las hijas del primitivo propietario. Aunque no consta la carga en el Registro de la Propiedad y la tubería es subterránea, hay signos externos que anuncian su existencia: cinco tomas de agua y los contadores correspondientes. La asociación de propietarios formula demanda contra la actual propietaria del fundo sirviente reclamándole una cantidad por falta de pago de los consumos de agua. La parte demandada contesta a la misma y formula acción reconvenzional negatoria de servidumbre de acueducto solicitando, entre otros extremos, que se condene a la demandada a retirar de su finca la tubería existente y que se restituya dicha finca al estado de libre de cargas y gravámenes como figura en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia desestima tanto la demanda como la reconvencción interpuesta de contrario. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la asociación de propietarios, estima parcialmente el de la demandada, y condena a los demandantes a retirar de la finca la tubería existente. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la asociación de propietarios; en consecuencia, casa y anula la sentencia recurrida. (M. C. C. M.)

77. Limitación de dominio y no servidumbres de luces. No pueden entenderse vulneradas las prescripciones sobre distancias a observar en la apertura de huecos para luces y vistas en fincas contiguas cuando se emplea material traslúcido que impide la distinción de formas nítidas.—El Tribunal Supremo confirma en este pronunciamiento que el empleo de materiales traslúcidos en la construcción exime del cumplimiento de los requisitos sobre tamaño y distancias de los huecos abiertos en pared no medianera pero colindante con otro inmueble (arts. 581 y 582 CC), siempre y cuando la construcción reúna estos dos elementos: 1.º Que el material traslúcido sea sólido y resistente (es decir, con un índice de fractura que impida su conceptualización como frágil); 2.º Y que, no obstante permitir el paso de la luz, no facilite la visión de formas nítidas, sino, en todo caso, de luces y sombras informes (STS de 16 de septiembre de 1997, citada en FD 3.º). Éstos requisitos concurrían en el material empleado por los demandados para el cerramiento del hueco abierto en la pared contigua al edificio

de la comunidad de propietarios demandante. (STS de 19 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de la calle Sagasta núm. 1 de la ciudad de Murcia entabla demanda sobre acción negatoria de servidumbre contra don J. P. G. y su esposa doña F. A. P., solicitando que se declarase que los demandados no tenían derecho a abrir el hueco que habían llevado a cabo en la pared contigua al edificio propiedad de la actora. En la demanda se exigía que los demandados, que habían empleado para el cerramiento material traslúcido, volvieran el muro a su estado original. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda condenando a don J. y a su esposa, aunque en apelación la Audiencia Provincial revoca la sentencia absolviéndoles de todos los pedimentos de la demanda, que incluían la condena en costas por su temeridad y mala fe. La comunidad de propietarios entabla el presente recurso de casación.

NOTA.—Constituye este supuesto uno de esos casos en que la realidad social impone una reinterpretación de la normativa vigente (art. 3.1 CC). Esta nueva realidad es el descubrimiento de materiales de construcción que no eran empleados en el momento en que fue publicado el Código civil, y las normas a reinterpretar son los preceptos que regulan la forma en que se deben abrir huecos en los muros o paredes de fincas contiguas, ya sea para recibir luces (art. 581 CC: vanos de 30 centímetros en cuadro practicados a la altura de los techos o carreras con reja de hierro remetida en la pared y red de alambre) o para obtener vistas sobre el fundo vecino (art. 582 CC: no apertura de ventanas para obtener vistas rectas sobre el fundo ajeno cuando la pared en la que se abren diste menos de dos metros de la otra propiedad o de 60 centímetros, si se trata de vistas oblicuas). Pese a que la comunidad de propietarios demandante insta una acción negatoria de servidumbre, en realidad lo que se plantea en este procedimiento es la observancia de las limitaciones de dominio impuestas por la ley por razones de vecindad. La *ratio* de estos preceptos (arts. 581 y 582 CC) es similar a la que concurre en los artículos 586 (reglas sobre construcción de tejados para no hacer caer sobre el suelo del vecino las aguas pluviales) o 591 CC (sobre distancias en las plantaciones), entre otros muchos. Las relaciones de vecindad inspiran estas restricciones con las que se garantiza la buena convivencia entre propietarios de fincas colindantes, en algunos casos para evitar perjuicios patrimoniales (art. 586 CC), las más de las veces meras molestias o riesgos para la seguridad y salud de los colindantes (arts. 590 CC y 7 LPH) y, en ocasiones, también la injerencia en su ámbito privado, ya sea patrimonial (arts. 591 y 592 CC) o personal (arts. 581 y 582 CC). Esta última es, efectivamente, la finalidad que persiguen los preceptos aplicables al presente caso, con los que se trata de poner al resguardo de miradas ajenas a los propietarios de fincas colindantes. Este objetivo no se ve frustrado, sin embargo, por el empleo de materiales traslúcidos en la apertura de los huecos, siempre que esta cobertura cumpla los requisitos de seguridad y opacidad exigidos por el Tribunal Supremo en otras resoluciones anteriores, en las que el citado material ha venido a asimilarse más al muro como

elemento constructivo que a los vanos o ventanas que en él pudieran practicarse (SSTS de 17 de febrero de 1968, 24 de mayo de 1971, 16 de septiembre de 1997) (*N. M. I.*)

78. Constitución del derecho real de hipoteca: requisitos.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo afirma que para que nazca el derecho real de hipoteca es necesario que el sujeto hipotecante sea el propietario de la cosa hipotecada y tenga la libre disposición sobre ella (arts. 1857 CC y 138 LH) no sólo en el momento de celebrar el negocio, sino también en el momento de practicarse la inscripción en el Registro de la Propiedad, que es cuando en realidad nace el derecho real de hipoteca (arts. 1875 CC y 145 LH). (**STS de 29 de septiembre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—En octubre de 1990, don P. B. C. y doña M. C. G. T., mediante escritura pública, establecen hipoteca unilateral sobre las fincas objeto del litigio a favor de la entidad *Banco Español de Crédito, S. A.* Sin embargo, la escritura pública de constitución de hipoteca no se inscribe en el Registro de la Propiedad hasta octubre de 1992.

En este intervalo de dos años, antes de que la escritura pública de constitución de hipoteca accediese al Registro, don P. B. C. y doña M. C. G. T. venden las fincas como libres de cargas y gravámenes a unos terceros.

Cuando los compradores tuvieron conocimiento de la existencia de la hipoteca, inscrita con posterioridad a sus adquisiciones, presentaron una querrela contra los vendedores, que fueron condenados por un delito de estafa.

Asimismo, los compradores (actuales propietarios de los pisos) interponen demanda contra el *Banco Español de Crédito, S. A.* y don P. B. C. y doña M. C. G. T., solicitando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de la hipoteca unilateral constituida, en octubre de 1990, por los demandados y que recaer sobre las fincas cuyo dominio pertenece a los demandantes, así como la nulidad de las inscripciones registrales referentes a la hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto, declarando la nulidad de la hipoteca y la cancelación de las inscripciones correspondientes. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

79. Hipoteca. Notificación del proceso de ejecución hipotecaria a los titulares de cargas inscritas posteriores (art. 131.5.^a LH): en interés del acreedor hipotecario y del adjudicatario de la finca hipotecada.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo afirma que la regla 5.^a del artículo 131 LH es una norma establecida en interés del acreedor hipotecario y del adjudicatario en subasta de la finca hipotecada. La finalidad de la citada norma es, por una parte, conseguir que el acreedor vea satisfecho su crédito con mayor rapidez y, por otra, facilitar al adjudicatario la cancelación de la carga que se ejecuta y de las cargas posteriores que gravan la finca que adquiere.

Asimismo se afirma que las notificaciones previstas en la regla 5.^a del artículo 131 LH no afectan al deudor hipotecario, cuya situación permanece en cualquier caso inalterable, pues la omisión de las mismas no le causan un perjuicio y su realización no redundaría en su beneficio.

Ejecución hipotecaria. Publicidad de las subastas de la finca hipotecada. La garantía prevista en la regla 7.^a del artículo 131 LH es distinta e independiente de la prevista en la regla 12.^a del citado precepto.—Afirma nuestro Alto Tribunal que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, era una exigencia legal la inserción de los edictos de subasta en los Boletines oficiales de la Provincia o del Estado (art. 131.7.^a LH), con la finalidad de que pudiesen asistir a la subasta judicial terceras personas y obtener un mayor precio por los bienes subastados.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo señala que la convocatoria pública de las subastas judiciales (art. 131.7.^a LH) es una garantía establecida en interés del deudor ejecutado, totalmente distinta e independiente de la establecida en la regla 12.^a del artículo 131 LH, en virtud de la cual al deudor ejecutado se le concede la posibilidad, una vez celebrada la tercera subasta, de que mejore, personalmente o por persona autorizada, el precio de remate. Por tanto, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 131.12.^a LH no implica que se subsane el defecto de ausencia de publicidad oficial de las subastas (art. 131.7.^a LH). (STS de 7 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad financiera *Banco Espíritu Santo, S. A.* inició los trámites del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH para obtener la devolución del préstamo hipotecario concedido a la sociedad *Talleres mecánicos Los Llanos, S. A.* En el citado proceso judicial, el Banco acreedor se adjudicó, en la tercera subasta, el bien hipotecado y cedió el remate a la entidad *Dispena, S. L.*

La entidad mercantil *Talleres mecánicos Los Llanos, S. A.* interpone demanda contra la entidad financiera *Banco Espíritu Santo, S. A.* y la sociedad mercantil *Dispena, S. L.*, por la que solicita se declare la nulidad de lo actuado en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, instado por la entidad de crédito *Banco Espíritu Santo, S. A.*, por vulneración de lo dispuesto en la regla 5.^a del citado artículo 131 LH; subsidiariamente, para el caso de que lo anterior no fuera estimado, solicita se declare la nulidad de la subasta celebrada en dicho proceso judicial.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 ss. y 681 ss. de la vigente LEC. (*M. J. P. G.*)

80. Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Notificación.—A diferencia de lo que ocurre con la citación previa, no es necesaria la notificación de la postura inferior de la tercera subasta (STS de 26 de junio de 1945). Según el Tribunal Supremo, la regla 12.^a del artículo 131 LH (en su

redacción anterior a la señalada por la DF 6.ª LEC) no ordena tal notificación –como sí lo hacía el art. 1056 LEC respecto del deudor en el caso análogo–, ya que lo que permite al actor, al dueño de la finca o a un tercero autorizado por ellos es mejorar la postura, por el conocimiento que deben tener del procedimiento. De hecho, en anteriores sentencias, ha afirmado el Alto Tribunal que el artículo 1056 LEC no era aplicable al procedimiento hipotecario (STS de 13 de febrero de 1933) y que la garantía prevista en la regla 12.ª del artículo 131 LH era independiente de la prevista en la regla 7.ª del mismo precepto legal (STS de 7 de octubre de 2003). (STS de 12 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.–El 15 de marzo de 1989, la entidad bancaria *La Caixa* otorga hipoteca sobre una finca, propiedad de la entidad *Britlor, S. A.*, designándose como domicilio para requerimientos y notificaciones el inmueble hipotecado. Tres años después, a través de escritura pública, *Britlor, S. A.* aporta la finca hipotecada, junto con otras, a la entidad *Ses Carinyenes, S. L.*, cuyo capital social, al igual que el de la transmitente, es del matrimonio G.-R. Meses después, y con anterioridad a la inscripción en el Registro de la Propiedad de esta aportación, *La Caixa* promueve demanda de procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, en ejecución de la finca, previo requerimiento de pago que cumple con lo establecido en la escritura de préstamo hipotecario. Seguido el procedimiento judicial, cuyas notificaciones no pudieron practicarse con éxito, se adjudica la finca a *La Caixa* en tercera subasta, si bien no puede inscribirse tal adjudicación, puesto que es denegada por el Registrador sobre la base de que no se notificó el procedimiento, ni se requirió de pago a *Ses Carinyenes, S. L.* Un año después, *La Caixa* vende la citada finca a un tercero.

Ses Carinyenes, S. L. plantea entonces demanda contra *La Caixa, Britlor, S. A.* y el tercero adquirente de la finca, solicitando, entre otros pedimentos, la nulidad de las actuaciones practicadas en el procedimiento judicial sumario hipotecario del artículo 131 LH, desde la expedición de la certificación registral relativa a la finca hipotecada. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, al considerar que había existido notificación a la entidad demandante. *Ses Carinyenes, S. L.* interpone a continuación recurso de apelación, que es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, la cual declara la nulidad parcial del procedimiento de ejecución hipotecaria a partir de la tercera subasta, debiendo reponerse los autos al momento de ordenarse la notificación, a los efectos de que la titular dueña de la finca pueda mejorar el tipo ofrecido en tercera subasta. Interpuesto recurso de casación por *La Caixa*, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (A. M. M.)

81. Ejecución hipotecaria. Preferencia del acreedor hipotecario para cobrar su crédito: alcance.–La Sala 1.ª del Tribunal Supremo afirma que el acreedor hipotecario no tiene un crédito preferente sobre el sobrante del precio de remate de la ejecución hipotecaria. Esto es, el acreedor hipotecario, con cargo al precio de remate obtenido a través del procedimiento sumario de ejecución del artículo 131 LH, sólo puede cobrar, con carácter

preferente, la deuda garantizada con la hipoteca (en este mismo sentido se pronuncia la RDGRN de 27 de julio de 1988). (STS de 15 de octubre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Español de Crédito, S. A.* interpone una demanda de tercería de mejor derecho contra don J. J. G. C. y don A. L. O., en la que solicita, entre otras cosas, que se declare su mejor derecho sobre el que ostenta don J. J. G. C. respecto de los bienes de don A. L. O. para cobrar la cuantía de la deuda garantizada con un derecho de hipoteca, así como otros créditos no garantizados por la hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara el mejor derecho del *Banco Español de Crédito, S. A.* a cobrar su crédito hipotecario, hasta la cuantía garantizada por la hipoteca, con preferencia a don J. J. G. C., sobre los bienes ejecutados de don A. L. O. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 ss. y 681 ss. de la vigente LEC. (M. J. P. G.)

DERECHO DE FAMILIA

82. Sociedad de gananciales: disolución por divorcio: omisión de bienes gananciales: adición de la partición: mejora en empresa privativa del marido por actividad de la esposa.—Se declara probado que la esposa colaboró de manera decisiva en el negocio del marido, y que éste progresó de manera importante durante la etapa matrimonial, por lo que, aunque el inicio del negocio fuese anterior al matrimonio, debe aplicarse lo señalado en el artículo 1.359, pár. 2.º CC en el sentido de que la sociedad será acreedora del aumento de valor que los bienes tengan al tiempo de la disolución.

Arrendamiento otorgado después del matrimonio: el derecho de traspaso es ganancial.—El arrendamiento de local de negocio concertado después de celebrado el matrimonio, fuese o no el local centro del negocio o mero almacén de materiales, el hecho cierto es que sirvió al negocio, y, por tanto, el derecho de traspaso que le corresponda ha de incluirse en el haber partible, como lo menciona la STS de 21 de mayo de 1994.

Convenio regulador: vicios: manifestaciones del marido en proceso canónico de nulidad posterior al divorcio.—El marido alegó inmadurez para comprometerse en el matrimonio ante la jurisdicción canónica al objeto de obtener la nulidad, y la esposa argumentó con tales declaraciones para sostener la nulidad del convenio regulador, anteriormente presentado ante la jurisdicción civil, por la existencia de dolo. Pero la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de los vicios del consentimiento, es cuestión de mero hecho y como tal su constatación es facultad privativa de los tribunales de

instancia, cuya apreciación a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea devirtuada por el cauce procesal adecuado. (STS de 23 de octubre de 2003; ha lugar.) (G. G. C.)

83. Filiación matrimonial: impugnación por marido: caducidad de la acción: conocimiento de incapacidad para procrear.—El artículo 141 CC no resulta aplicable, en contra del criterio de la Audiencia Provincial, ya que la doctrina jurisprudencial declara que ha de tenerse en cuenta para los supuestos de reconocimiento de la paternidad, pero para su impugnación ha de acudirse al artículo 136 que es el que procede para combatir la presunción del artículo 116 (SSTS de 20 de junio de 1996 y 26 de junio de 2002). En el caso de autos el hijo de la unión matrimonial que mantuvieron los litigantes, disuelto por sentencia de divorcio, fue inscrito en el Registro Civil el 4 de marzo de 1985, y la demanda se presentó el 6 de julio de 1998, transcurrido en exceso el plazo legal de impugnación contado a partir de la inscripción, pero ello no impide la interpretación del precepto atendiendo a las circunstancias concurrentes integradas en los hechos probados, firmes en casación, que acreditan que el padre demandante, ante las dificultades de tener descendencia de su segundo matrimonio, acudió al médico especialista que emitió dictamen el 20 de noviembre de 1997 y ratificó en prueba testifical, en el que diagnosticó que padecía azoospermia y una atrofia testicular bilateral que le imposibilitaba para tener descendencia. A su vez, las pruebas de la investigación de la paternidad realizadas en el Instituto Nacional de Toxicología son contundentes, pues su resultado permite excluir la paternidad biológica del actor con respecto al hijo inscrito. Partiendo del hecho de que desde el conocimiento de su esterilidad, ocurrido el 20 de noviembre de 1997, no ha transcurrido el plazo legal de un año cuando la demanda se presentó el 6 de julio de 1998, ha de precisarse su influencia en relación con la caducidad de la acción.

Interpretación del artículo 136 CC bajo el principio de la veracidad de la filiación instaurada por la Ley de 13 de mayo de 1981.—La jurisprudencia de esta Sala, en sentencia de 3 de diciembre de 2002, con apoyo en las de 30 de enero de 1993 y 23 de marzo de 2001, declara que la aplicación rigurosa y literal del artículo 136 CC, en los casos en los que la paternidad resulta absolutamente descartada, como aquí ocurre, ofrece serios problemas de contradicción con los principios que informan la Ley de 13 de mayo de 1981, al resultar patentizada su tendencia a que prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial; dicha reforma integró como supuesto importante asentar la filiación sobre la verdad biológica, lo que no se puede desatender tanto en su aspecto positivo como en el negativo (no acreditación demostrada de la paternidad), y toda vez que el artículo 116 lo que establece es una presunción, susceptible de ser combatida, ya que resulta decisivo el hecho veraz de ser hijo y también el hecho de ser verdadero padre, no pudiéndose aplicar la *protección integral de los hijos* del artículo 39 CE cuando resulta inexacta la determinación de la paternidad real. Todo ello conduce a la conclusión de que no se da la caducidad de la acción ejercitada, pues el *dies a quo* se cuenta desde el momento en que el demandante tuvo conocimiento cierto, apoyado en prueba científica de su incapacidad para procrear (art. 1969), lo que ratificó la prueba practicada de investigación de la paternidad. (STS de 15 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Estamos en presencia de una auténtica *interpretación correctora del artículo 136 CC*, sin que quepa invocar aquí la regla

general de constituir el *dies a quo* contenida en el artículo 1969 CC (*desde el día en que pudieron ejercitarse*, las acciones) por existir una norma propia cuya interpretación no deja lugar a dudas, a saber, desde el conocimiento del nacimiento o desde la inscripción. Dado que la inscripción en el Registro produce efectos *erga omnes*, es lógico colocar en tal hecho el inicio del plazo breve de caducidad que fija el Código civil; en su defecto, hay presunción de querer ocultar el nacimiento, y parece razonable que el demandado pruebe la fecha de conocimiento por aquél. Obsérvese que en todos los casos en que la ley fija cortos plazos de caducidad (arts. 132 párr. 2º, 133 párr. 2º, 136 párrs. 2º y 3º, 137 párrs. 1º y 2º, 140 párrs. 2º y 3º y 141), una vez transcurridos los mismos, resultará que nos encontraremos con que se incumple el principio de la verdad biológica. ¿Procederá igualmente la interpretación correctora? En este caso ocurre además que la doctrina jurisprudencial permite dilatar a voluntad el inicio del plazo de caducidad; el padre ha esperado a que transcurriesen doce años y medio para someterse a una prueba de incapacidad para engendrar ¿es justo tener pendientes por tanto tiempo la decisión judicial firme sobre el carácter matrimonial de la filiación (en este caso, ello ocurre al llegar el hijo a la mayoría)? Por efecto de esta sentencia firme el hijo del matrimonio divorcido se convierte en hijo no matrimonial de su madre con el poco honoroso aditivo de ser hijo de padre desconocido. Después de tanto tiempo ¿subsistirán las pruebas contra el verdadero progenitor? ¿Cómo funcionarán en adelante las relaciones entre madre e hijo? En el presente proceso las dos sentencias de instancia estimaron la acción impugnatoria del padre, pero el Ministerio Fiscal se adhirió al recurso interpuesto por la madre. Desde 1981 la doctrina ha analizado exhaustivamente los límites del principio de veracidad de la filiación, sin olvidar las poco explicables limitaciones que impone la Ley de Procreación Asistida ¿vamos a propugnar una aplicación ilimitada e indiscriminada del mismo? (G. G. C.)

84. Filiación no matrimonial: reclamación paterna: madre que vive en pareja de hecho: menor que ha sido adoptado por el conviviente: negativa de la madre a practicar prueba biológica.—En el presente caso era precisa la prueba biológica a la vista de las cartas de amor y exclusividad hacia el actor, presentadas por éste, y cuya simple lectura evita cualquier comentario, por lo cual ha de darse a la negativa de la madre el efecto indicado en la doctrina jurisprudencial.

Falta de litisconsorcio pasivo necesario.—En el supuesto de debate no ha sido demandado el hijo, lo que supone la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que no bastaba dirigir la demanda contra su madre, pues no puede ventilarse aquí la cuestión sin aquél, en atención a la seguridad, no sólo familiar, sino social, que ha de rodear a la posesión de estado civil,

Contradicción de intereses: designación de defensor judicial.—A mayor abundamiento, son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil; si hubiera sido demandado el hijo menor de edad, era necesario el nombramiento de un defensor judicial que le

representara y le amparase sus intereses, conforme al artículo 299.1 CC. Por todo ello procede la absolución de la instancia con estimación del recurso. (STS de 5 de noviembre de 2003; ha lugar.)

NOTA.—Supuesto extraño cuya situación final provisional (absolución de la instancia) deja insatisfecho si se considera el fallecimiento del padre reclamante mientras pende el recurso de casación. La madre, al contestar la demanda, hace una sorprendente confesión, alegando una *exceptio plurium concubentium* que sólo puede funcionar en su contra. En efecto, se hace constar en el FD 2.º que aquella niega la existencia de relaciones íntimas con el actor al tiempo de la concepción, mientras que a renglón seguido afirma que en el tiempo en que le conoció (y escribió las cartas de amor), el estilo de vida que ella llevaba era informal y liberal respecto a las relaciones personales, frecuentando casi a diario discotecas y lugares de diversión nocturna, manteniendo relaciones íntimas con diversos hombres, en muchos casos sin conocer más que sus nombres de pila y sin volver a verlos después de un único encuentro (¿forma elegante de describir *pro domo sua* el ejercicio del oficio más antiguo del mismo?). Es lógica la conclusión de la sentencia extractada de que procede aplicar la conocida doctrina jurisprudencial. Pero en lugar de declarar la paternidad solicitada con base en las cartas cuya autenticidad está reconocida, se absuelve a la madre de la instancia por falta del litisconsorcio pasivo necesario, sin atender a que el padre ha fallecido pendiente el recurso, y a que el menor ha sido adoptado por el conviviente (la sentencia no afectaría a la adopción según el art. 180.4.º), y asimismo a que el hijo habrá alcanzado la mayoría pocos meses después de fallar el Tribunal Supremo. *Cui prodest?* (G. G. C.)

85. Filiación no matrimonial: reclamación de paternidad ejercitada por mujer casada e impugnación de la filiación matrimonial: negativa a la práctica de las pruebas biológicas: doctrina general.—La materia de filiación y paternidad es de orden público por el interés general de que la realidad de las relaciones paterno-filiales corresponda a la inscripción y a la consideración social. Esta consideración obliga a tener en cuenta lo que la sentencia recurrida no ha tenido y que merece su revisión en casación por tratarse de cuestión jurídica de gran trascendencia. Según la doctrina constitucional, que hace suya esta Sala, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud del que deba soportarlas y su práctica sea proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias al derecho a la integridad física y a la intimidad del afectado. Igualmente las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas, que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial para la determinación del hecho de la generación debatido en el pleito. Por esas razones, cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallare-

mos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 CC que no resulta contrario a la tutela judicial efectiva. La sentencia recurrida aprecia la cuestión de hecho de manera ilógica que tiene que ser corregida, pues no tiene en cuenta la legal decisión judicial sobre práctica de la prueba biológica a cargo del supuesto padre, a la que se opone sin razón alguna, ni las relaciones aparentes existentes entre la actora y el demandado; de ahí que llegue a conclusión errónea, sin necesidad de admitir que la negativa del demandado equivalga a una *ficta confessio*. A este respecto la sentencia ha desconocido la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, como afirma adecuadamente el Ministerio Fiscal. (STS de 11 de septiembre de 2003; ha lugar.) (G. G. C.)

86. Filiación no matrimonial: reclamación del presunto padre: negativa de la madre a las pruebas biológicas.—La negativa de la madre a la realización de las pruebas biológicas no es, por sí misma, una *ficta confessio* de maternidad en este caso, sino nada más que un indicio razonable en conjunción con otras pruebas de las que se infiera la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción. Tal prueba en sí no vulnera los derechos a la integridad y a la intimidad y, además, es indispensable para alcanzar fines constitucionalmente protegidos. Por ello, el demandado en un proceso de filiación, sólo podrá negarse lícitamente a someterse a la prueba biológica, si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud, y así lo recoge la STC de 17 de enero de 1994.

Concurrencia de otras pruebas sobre relaciones amorosas.—La prueba biológica es indispensable para alcanzar fines constitucionalmente protegidos cuando aparece probada la existencia de unas relaciones amorosas o sentimentales entre las partes, y a lo largo de la tramitación del proceso en sus dos instancias una de aquéllas ha mantenido una pertinaz, injustificada y reprochable negativa a someterse a la prueba biológica.

Requisitos para declarar la paternidad o maternidad.—Según reiterada jurisprudencia, en estos supuestos para la declaración de paternidad o maternidad deben concurrir: *a)* La cohabitación sexual necesaria y suficiente para la generación; y *b)* La negativa obstruccionista e injustificada del demandado a las pruebas biológico-hematológicas. En el presente caso, la sentencia recurrida declara probado que ha existido convivencia con el actor por parte de la demandada, que comenzó en diciembre de 1993, aunque fuera por corto tiempo, naciendo la menor el 15 de noviembre de 1994, y como tal prueba no ha sido contradicha, el motivo peca inexcusablemente.

Diligencias para mejor proveer.—Son ajenas al impulso procesal de parte y al principio dispositivo, tienen carácter facultativo, potestativo, discrecional y soberano, y su utilización no permite que pueda ser discutida por las partes, ni dan lugar a recurso alguno, pues el vocablo *podrán* que incluye el artículo 340 LEC derogada, resulta suficientemente expresivo.

Defectos procesales al interponer el recurso de casación: reconocimiento psiquiátrico del actor.—El reconocimiento psiquiátrico del actor nada tiene que ver con el reconocimiento y declaración de una paternidad, por múltiples y poderosas razones; hay que proclamar, y ello se dice a efectos puramente dialécticos y discursivos, que se puede padecer una grave enfermedad mental y ser el padre de la criatura, que es lo único que se ventila en un proceso de esta clase; ello podría hacerse valer, en su caso, cuando tal persona pretendiera ejercitar determinados derechos derivados de la patria

potestad o relación paternofamiliar, pero nada tiene que ver con lo planteado en la litis. (STS de 1 de octubre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—La madre que, según confesión propia, llevó vida alegre durante algún tiempo que coincide con el nacimiento del menor cuya paternidad se reclama, ha estabilizado su vida sentimental y vive en pareja de hecho que ha adoptado a aquél. Psicológicamente cabe rastrear en la jurisprudencia de la Sala 1.^a cierto número de casos en los que la madre obstaculiza al máximo la reclamación de paternidad no matrimonial pese a la existencia de indicios sobre el mantenimiento de relaciones sentimentales en el tiempo sospechoso (como las cartas de amor de este caso). Fallecido el supuesto padre, será harto difícil que el hijo sepa la verdadera paternidad, no obstante el principio de veracidad biológica que la Sala 1.^a se empeña últimamente en proclamar a ultranza (así STS de 5 de noviembre de 2003). (G. G. C.)

87. Filiación no matrimonial: reclamación de la hija frente al supuesto padre: posesión de estado.—La posesión de estado de filiación, según reiterada jurisprudencia, constituye una cuestión de hecho cuya determinación corresponde al Tribunal de instancia y, por ello, escapa de la casación. Como afirma la sentencia recurrida, la posesión de estado ha existido, pues ha habido una actuación ininterrumpida y reveladora de la libre voluntad del padre de prestar asistencia, cuidado y compañía a la actora a través de actos continuados, públicos y de carácter personal, habiendo concurrido los requisitos relativos al *nomen, tractatus*, fama o *reputatio* (uso del nombre, comportamiento del padre con la hija, el conocimiento público de la situación), sin que este último presupuesto deba, por otra parte, concurrir de modo ostensible y análogo a la filiación matrimonial pues sería absurdo que el padre tuviera que alardear de la relación no matrimonial y del fruto de la misma, y menos en la época en que sucedieron los hechos.

Negativa a la prueba biológica: supuestos en que ésta está especialmente indicada.—Según STS de 26 de julio de 1999, precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación, ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis no es lícito que la negativa de una persona a que se le extraigan unos cuantos centímetros cúbicos de sangre, deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación.

Impugnación de la prueba testifical: parentesco o amistad con las partes.—La denunciada circunstancia de parentesco o amistad con las partes no invalida los testimonios prestados, pues, aparte de que los testigos no fueron objeto de tacha y todos reconocieron su relación con la actora, no es posible en casación suplantar la valoración de la prueba testifical realizada por la Sala de instancia, pues las reglas de la sana crítica, conforme a los que

debe apreciarse aquélla, no son objeto de censura casacional. Debe, además, tomarse en consideración la importancia que, en asuntos como el presente, de índole, en principio, íntima y familiar, tienen las declaraciones testificales de parientes y amigos, quienes por su mayor cercanía a los hechos suelen disponer de mejor información que los extraños. (STS de 10 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Parece que la razón fundamental para desestimar el recurso, dando así paso a la reclamación interpuesta por la hija no matrimonial es el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 131 CC, siendo, a mayor abundamiento, la aplicación de la conocida doctrina jurisprudencial sobre la negativa a la práctica de las pruebas biológicas. Si la filiación no matrimonial queda acreditada por la posesión de estado, no parece necesario invocar la STS de 25 de julio de 1999 ya que la demanda no se encuentra, propiamente, en esos *supuestos intermedios* a que alude aquélla. (G. G. C.)

88. Patria potestad: privación instada por abuelos maternos: condena penal por parricidio.—Como declaró la STS de 31 de diciembre de 1996 en un caso idéntico, no existe la menor duda, ni legal ni de conciencia, sobre lo acertado, en cuanto ajustado a derecho, de la decisión adoptada por el Juzgador *a quo*, quien, tras un exhaustivo análisis de la prueba sometida a su consideración, concluye con la estimación de la pretensión deducida en el escrito rector del procedimiento acerca de la privación de la patria potestad, con pleno y sólido asiento en el citado artículo 170, pues difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del referido precepto, ya que repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apegado cariño hacia el hijo, cuestión que no se pone en duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado, como así debería haberlo sido, al sacrificio de sus propios impulsos, exacerbados a raíz de la crisis matrimonial, al acabar, en acción que ninguna justificación puede tener, por privar, de forma trágica, a quien, según se alega, constituye el objeto de sus desvelos, de la figura materna, cometiendo un delito de parricidio; por ello la medida adoptada, y que es objeto de impugnación, se funda en uno de los más graves incumplimientos que imaginarse pueda, respecto de la patria potestad, en flagrante transgresión con lo prevenido en el artículo 154, punto 1.º CC, lo que implica, no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad, al menos en las actuales circunstancias, de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo, a quien, guiado de sus arrebatos y frustraciones, le ha cercenado uno de sus más trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aun previa la ruptura convivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquél. En el presente caso, al interponerse la demanda de privación de la patria potestad, los dos hijos tienen edades de trece y diez años, respectivamente, ha mediado sentencia en causa penal, lo que prueba que, por parte del padre, se observa un absoluto incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad, siendo negativo para la formación integral de los hijos que es un elemento esencial. (STS de 2 de octubre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de una sentencia redactada con alguna solemnidad, adornada con profusión de razones legales y morales en su argumentación, sin que falte cierto lirismo del que habitualmente carecen las resoluciones del Tribunal Supremo, alcanzando su mayor dramatismo cuando transcribe la descripción del uxoricidio que se toma de la S de la Sala 2.^a de 2 de diciembre de 1997 relativa a los hechos. Nadie puede discutir que en este caso extremo de violencia doméstica se dan plenamente los requisitos del artículo 170 CC con fundamento absoluto para privar al parricida de la patria potestad sobre los dos hijos del matrimonio, y, en su caso, —añado por mi cuenta—, de denegación o, al menos, gran restricción del ejercicio del derecho de visita por parte del progenitor. Pero la admiración que eventualmente puede suscitar la lectura de la sentencia cae por los suelos al comprobar su práctica inefectividad pues al publicarse aquélla habían alcanzado ya la mayoría de edad los menores que se trata de proteger y que tenían respectivamente ocho y cinco años al demandar los abuelos maternos. ¿Qué ocurrió mientras tanto? Parece que los abuelos paternos se habían quedado con ellos, bajo cualquier modalidad de *guarda de hecho*, lo que significaba probablemente pleno acceso a los mismos del padre al que la sentencia denomina *parricida*. ¿No habrá forma de garantizar una justicia familiar inmediatamente actualizada? (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

89. Relevancia de la consanguinidad en la sucesión nobiliaria: quien accede a la posesión de un título por muerte de quien lo ostenta no hereda a éste sino al primero que fue llamado, del que hereda por derecho de sangre y no por derecho hereditario.—Una de las notas esenciales de los títulos nobiliarios está constituida por la consanguinidad, es decir, la unión entre personas por parentesco natural que descienden de una misma raíz o tronco, pues si con los títulos o mercedes se pretende premiar los méritos del llamado como primer titular, o los de sus antepasados que trascendieron a su propia existencia, es evidente que aquél debe tener el parentesco o vínculo de la sangre; y si con los títulos se premia una estirpe o linaje y los títulos son transmisibles a perpetuidad (salvo que se concedan por méritos tan personalísimos que se extingan por la muerte del mismo), la consecuencia será que para hablar de linaje y de premio a una estirpe es indispensable que en los sucesivamente llamados concorra el vínculo de consanguinidad, pues es una regla general que quien accede a la posesión de un título por muerte de quien lo ostenta, no hereda a éste, sino al primero que fue llamado, del cual hereda por derecho de sangre y no por derecho hereditario. (STS de 29 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. S.-A. demandó a los herederos, sucesores y causahabientes de don J. de T. y V., primer Marqués de Berlanga, que se considerasen con mejor derecho al susodicho título. Indicaba en la demanda que sólo conocía como litigante pasiva a la Duquesa de Osuna, ignorando el nombre y circunstancias de los demás, respecto

de los cuales solicitaba su emplazamiento por edictos. Tras conocer el actor que en el expediente tramitado por el Ministerio de Justicia sobre la sucesión en el título se había personado don R. S., Marqués de Terranova, solicitó fuera emplazado personalmente. El fallecimiento de éste dio lugar a que se subrogase en su derecho su hijo, don G. S.. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda declarando el mejor derecho del actor para poseer, usar y llevar con sus honores y preeminencias el Título de Castilla de Marqués de Berlanga, concedido por el Rey de España don Carlos I el 10 de abril de 1529 a don J. de T. y V. sin que hubiera lugar a la reconvencción planteada por la Duquesa de Osuna. Estimó la Audiencia parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don G. S., revocando la sentencia del Juzgado y desestimando en su totalidad la demanda presentada por don M. S.-A. No hubo lugar al recurso de casación promovido por el demandante, que no consiguió acreditar su relación de parentesco con el fundador del vínculo. (*R. G. S.*)

90. Desheredación: supuesto del artículo 855.1.º CC.—Según el Tribunal Supremo, será válida la cláusula testamentaria que establezca la desheredación de la esposa por incumplimiento de los deberes conyugales. Concretamente, considera el Tribunal Supremo que la desatención por parte de uno de los cónyuges respecto de aquel que sufra una grave enfermedad, es un supuesto susceptible de ser calificado como incumplimiento grave y reiterado de dichos deberes, ya que ambos cónyuges se encuentran obligados a la asistencia mutua, conforme al tenor literal del artículo 67 CC («ayudarse mutuamente») y del artículo 68 CC («socorrerse mutuamente»). El Tribunal también afirma que este incumplimiento no se desvirtúa por el hecho de que el cónyuge que desatendió a su pareja enferma hubiera promovido una demanda de separación. (**STS de 25 de septiembre de 2003**; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. C. P. R., viuda del causante, demanda en juicio de menor cuantía sobre nulidad de cláusula testamentaria de desheredación de la esposa a don J. L. P. C, doña M. J. P. C. y don F. P. C. Los demandados, hijos del primer matrimonio del testador, contestan a la demanda, solicitando que se desestime íntegramente.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda formulada. La demandante interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial lo estima y declara nula, ineficaz y tiene por no puesta la cláusula de desheredación contenida en el testamento notarial, siendo también declarada nula la institución de heredero que se contenía en este testamento, por perjudicar a la demandante desheredada, como viuda del testador. Recurrida en casación esta resolución por los demandados, el Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia, y confirma íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia. (*S. E. M.*)

91. Herencia: colación y bienes colacionables.—Los artículos 1.035 y 1.045 CC establecen la base de la operación contable de la colación, consistente en sumar a los bienes de la herencia el valor de los bienes colaciona-

bles, para así fijar el haber partible y distribuirlo entre los herederos por partes iguales.

No obstante, el coheredero obligado a colacionar verá reducida su parte en la cuantía que suponga el valor de los bienes a colacionar, recibiendo los demás herederos una compensación proporcional. A su vez existe la obligación de reintegro de los frutos y las rentas de los bienes hereditarios por el perceptor de los mismos. El Tribunal Supremo considera que el hecho de que estos frutos y rentas formen parte de un usufructo y que el heredero perceptor sea nombrado administrador no es obstáculo para que éstos se aporten al caudal hereditario. Por ello, de no entregarse los mismos, surgirá un crédito en favor del resto de herederos. También afirma el Tribunal Supremo que no podrá calificarse como donación colacionable aquella donación hecha por parte del causante a uno de sus hijos, cuando la cantidad donada se ponga a plena disposición de dicho causante, y éste disponga de la misma. **(STS de 6 de noviembre de 2003; ha lugar en parte.)**

HECHOS.—Doña J. F. L. formula demanda sobre partición de herencia y otros extremos contra don M. F. L., donde solicita que se proceda a la práctica de una partición adicional o complementaria de la herencia y que se incluya una serie de bienes y derechos omitidos en la partición inicial (ajuar doméstico, donaciones, saldo en diferentes cuentas bancarias...), que se encuentran en poder, posesión del heredero demandado, junto con los intereses y valores devengados desde el fallecimiento del causante. Asimismo, pide la entrega de una cantidad devengada y no abonada por el demandado, conforme a lo que se estipuló en la escritura de condominio, más los intereses hasta la fecha. El demandado formula reconvencción sobre la obligación de reintegrar por parte de la actora a la masa hereditaria otros bienes muebles, y solicita la colación de una donación realizada por la causante a la actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la reconvencción y estima la demanda, salvo en lo relativo a los bienes del ajuar doméstico. En apelación, la Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia de instancia. Recurrída en casación esta resolución, el Tribunal Supremo estima el recurso, y casa y anula, la sentencia de la Audiencia, si bien parcialmente, en lo relativo al pronunciamiento sobre las costas, revocando en igual sentido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en materia de colación se ha de tener en cuenta, en el caso de concurrir a la herencia personas con discapacidad, el nuevo párrafo segundo del artículo 1041 CC. (*S. E. M.*)

DERECHO MERCANTIL

92. Competencia desleal: la imposición de condiciones de venta por parte de un distribuidor en exclusiva.—En virtud del artículo 16.2 LCD, es posible calificar como desleal la explotación por parte de una empresa de la

situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes, si éstos no disponen de otra alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Según el Tribunal Supremo, tal deslealtad, puede ser, incluso, apreciada aunque la relación de dependencia económica no sea directa, lo que sucederá cuando una distribuidora en exclusiva imponga unas condiciones de venta determinadas, que, de no ser aceptadas por los vendedores, dejará a éstos sin las mercancías necesarias para ofertar a su clientela; comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Jurisdicción competente.—Tal y como ya afirmó la STS de 22 de enero de 1999, la jurisdicción del Tribunal de Defensa de la Competencia quedará reservada a aquellos supuestos en los que el abuso de la posición dominante se produzca en el mercado nacional y dicho abuso afecte al interés público (art. 1 y Exposición de Motivos de la LDC). Por el contrario, la jurisdicción civil será competente para conocer de aquellos casos en los que pueda verse afectada la protección de la competencia en interés de los particulares participantes en el mercado, pero no cuando lo que se vea afectado sea el interés del propio mercado. (STS de 27 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La Asociación de Expendedores de Prensa y Revistas de Vizcaya (*Expresa*) demanda en juicio de menor cuantía sobre competencia desleal a la distribuidora de prensa *Guinea Simo S. L.*, solicitando que se condene a ésta a cesar en la práctica desleal consistente en la imposición de condiciones de venta a los vendedores de periódicos y revistas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y aplica la Ley de Competencia Desleal al supuesto objeto de enjuiciamiento, condenando a la demandada a cesar en las prácticas de competencia desleal que desarrolla. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la resolución de instancia y aprecia la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil en favor del Tribunal de Defensa de la Competencia. El Tribunal Supremo declara en casación haber lugar al recurso interpuesto por la asociación demandante, casa y anula la sentencia dictada en apelación y declara la competencia de la jurisdicción civil. (S. E. M.)

93. Competencia desleal: empleo de un distintivo marcario ajeno.—A pesar de que el artículo 76 LSA permite utilizar la razón social como nombre comercial, esto no autoriza su empleo para beneficiarse ilegítimamente de un distintivo marcario ajeno e impuesto en el mercado (SSTS de 21 de octubre y de 25 de noviembre de 1994 y 31 de mayo de 2002). A su vez, el artículo 12 LDC protege a los particulares frente a cualquier actividad de confusión o aprovechamiento indebido e ilícito, por parte de terceros, de distintivos comerciales de renombre y notoriedad, completando el vacío del anterior artículo 3 LM (que parece remediar en parte el actual artículo 8 de la Ley de Marcas de 2001). (STS de 23 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Pepe (UK) Limited* y *Pepe Textil España, S. A.* interponen demanda contra *Textil Ayelo de Malferit, S. A.*, *Tejanos Pepe S. L.* y *Textil Ayelo S. L.* (como titular de la tienda *Union Jeans Distribuidor de Tejanos Pepe's*) sobre competencia desleal, utiliza-

ción del distintivo notorio internacional PEPE en rótulo de local «PEPE's» y colisión con el nombre comercial.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la excepción de falta de arraigo en juicio y falta de legitimación activa y pasiva, y estima parcialmente la demanda declarando que el uso del rótulo comercial «PEPE's» es contrario a la buena fe y que el uso de la palabra «PEPE» en la denominación social de *Tejanos Pepe S. L.* genera confusión en cuanto al origen de los productos, respecto a los elaborados por la marca notoria «PEPE», declarando la nulidad de dicho nombre comercial y el aprovechamiento desleal de la reputación de las empresas y marcas «PEPE» de titularidad de la actora *Pepe (UK) Limited*. Interpuesto recurso de apelación por las demandadas, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma íntegramente la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo declara en casación no haber lugar al recurso interpuesto por las demandadas. (S. E. M.)

94. Conducta de competencia desleal: actos de confusión.—La jurisprudencia ha declarado de forma reiterada que, en relación con las marcas, basta la similitud o la semejanza que pueda crear confusión en el consumidor respecto de los productos, para que se prohíban nuevos signos que, por su parecido fonético, gráfico o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada, puedan generar un riesgo de asociación con aquella marca protegida (SSTS de 8 y de 18 de febrero de 1999). La semejanza fonética y gráfica han de tener entidad suficiente para inducir a error o confusión a los consumidores (SSTS de 20 de julio y de 21 de noviembre de 2000). En el juicio comparativo se han de tener en cuenta todas aquellas circunstancias que, en conexión con el signo expresivo de cada marca, puedan tener influencia en la posible confusión que en el mercado pueda producirse por aquella identidad de los productos (SSTS de 14 de abril de 1986 y 26 de junio de 2003). La jurisprudencia también pone de relieve, que no es preciso que concurren cumulativamente las semejanzas fonéticas, gráficas o conceptuales, siendo suficiente una de ellas (STS de 27 de marzo de 2003), aunque resalta igualmente el interés de atender al conjunto de los elementos que componen el signo (STS de 3 de noviembre de 2000) y la trascendental importancia de la apariencia externa, ya que la forma como se presenta el producto puede producir confusión en el tipo de consumidor medio, normal o no especializado. En definitiva, la confusión en la competencia se refiere a la inducción en el consumidor a creer que el producto proviene de la elaboración de otro (STS de 17 de octubre de 2002). **(STS de 29 de septiembre de 2003;** ha lugar al recurso de casación formulado por las demandantes; no ha lugar al recurso interpuesto por la demandada.)

HECHOS.—Las mercantiles *Pepe Textiles España, S. A* y *Pepe (U.K) Ltd.* ejercitan acciones de competencia desleal y nulidad de marcas contra la mercantil *Liwe Española, S. A.* y los fabricantes y distribuidores de prendas de vestir con la marca «Pepe Pardo». Las actoras pretenden, entre otros extremos, que se declare que la venta de productos con etiquetas en las que el vocablo Pepe destaque o difiera de la palabra Pardo, constituye un acto de competencia desleal. Piden también que se condene a la demandada al resarcimien-

to de los daños causados a las actoras como consecuencia de la conducta de competencia desleal. De igual forma, exigen que se declare la nulidad de la marca mixta «Pepe Pardo», decretándose su cancelación en el Registro de la Oficina Española de Patentes y Marcas. Por último, solicitan que se condene a los demandados a efectuar un etiquetado de sus productos textiles de forma diferente a las marcas cuya nulidad se pide, y que se condene a los mismos a abstenerse de usar las marcas anuladas. La demanda se fundamenta en la notoriedad internacional de la marca y la pretensión por parte de la demandada de aprovecharse de las inversiones publicitarias de las actoras, realizando productos finales que han llegado al consumidor español con una presentación que provoca el riesgo de confusión, para el no experto, entre los productos de la marca «Pepe Pardo» y los de la marca «Pepe». *Liwe Española, S. A.* se opone a la demanda y formula reconvencción contra la actora, solicitando la declaración de caducidad por falta de uso de las marcas «Don Pepe», «Pepe 2XL» y «Pepe Betty», todas ellas de la clase 25 del Nomenclátor Internacional.

El Juzgado de Primera Instancia desestima tanto la demanda como la reconvencción. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto por las demandantes. Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de casación por *Pepe Textiles España, S. A.* y *Pepe (UK) Ltd.* y *Liwe Española, S. A.* El Tribunal Supremo estima únicamente el recurso de casación interpuesto por las demandantes. (*M. C. C. M.*)

95. Contrato de agencia. Aplicación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia, a contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor.—La Disposición Transitoria de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia, establece que «hasta el día 1 de enero de 1994, los preceptos de la presente Ley no serán de aplicación a los contratos de agencia celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor», de donde se deduce que, a partir del día recién expresado, esta Ley se aplicará a todos los contratos de agencia, se hayan celebrado o no con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de dicha Ley, y, en este caso, la denuncia del contrato, realizada según se indica en el apartado 4.º del FD 1.º de esta sentencia, no se ajustó a los términos convenidos en su estipulación cuarta, párrafo primero, y con arreglo al tiempo de preaviso de tres meses, de manera que, abstracción hecha de su falta de declaración judicial, se produjo una prórroga hasta el 30 de marzo de 1994, cuyas consideraciones permiten concluir que el contrato que nos ocupa se encuentra sometido a las normas prevenidas en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, en aras al contenido de su Disposición Transitoria, con seguimiento de la línea iniciada en la STS de 26 de diciembre de 1996.

Contrato de agencia. Supuestos en que procede la indemnización por clientela.—La indemnización o resarcimiento por clientela no procede automáticamente por el simple hecho de la extinción del contrato, sino que se precisa la acreditación del incremento de los compradores o usuarios habituales, y, en el supuesto del debate, este logro está reconocido en la instancia. No empece al razonamiento precedente el hecho de que, en los casos de los concesionarios o distribuidores de automóviles, o de otros objetos de gran duración, los pedidos sean distantes en el tiempo, pues no por ello deja de

existir la fidelización de los clientes a aquellos, mantenida por las compras de esos productos con los habituales intervalos, según su propia naturaleza y las posibilidades económicas del adquirente. (STS de 19 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—En fecha no determinada del mes de abril de 1988, se inició una relación contractual de agencia entre la sociedad *Japón Motor, S. A.* y don J. T. S., como agente de ventas. El contrato se estableció por un período de un año, prorrogable automáticamente por anualidades, salvo que mediara preaviso escrito de cualquiera de las partes, con una antelación mínima de tres meses. Con fecha 30 de diciembre de 1993, *Japón Motor, S. A.* comunicó la resolución del contrato a don J. T. S. sin mediar ningún tipo de preaviso. Ante este incumplimiento, don J. T. S. interpuso demanda en reclamación de los daños y perjuicios causados por *Japón Motor, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Bartolomé de Tirajana estimó en parte la demanda, rebajando el *quantum* indemnizatorio solicitado. Apelada la sentencia por *Japón Motor, S. A.*, la Audiencia de Las Palmas revocó parcialmente la sentencia de instancia. En su lugar, condenó a la entidad mercantil a indemnizar a don J. T. S., en concepto de indemnización por clientela, en la cantidad que se fijara en ejecución de sentencia. El Tribunal Supremo, al que don J. T. S. recurre en casación, declara haber lugar al recurso interpuesto y, asumiendo la instancia, otorga la indemnización por clientela prevista en el artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia. (A. S. C.)

96. Artículo 38 LCS. Procedimiento pericial de tasación de daños.—

Este precepto legitima a las partes para que puedan urgir la apertura de un procedimiento pericial en orden a la liquidación del daño, como presupuesto para el pago de la indemnización por el asegurador, en la hipótesis de que fracase la liquidación por vía amistosa, cualquiera que sea el resultado de la misma.

El modelo de la Ley de Contrato de Seguro no ha sido el de perito único e independiente de las partes, sino el binomio antagónico de dos personas designadas libremente por las partes. El acuerdo, en esta situación, puede ser difícil, por lo que se articula extrajudicialmente la resolución de la controversia. El legislador no ha fijado el momento cronológico de la designación del tercer perito, sino que se ha subordinado al desacuerdo de los peritos. En caso de desacuerdo sobre la persona del tercer perito, entra en juego la autorización judicial.

Procedimiento pericial de tasación de daños. Preferencia de la vía extrajudicial.—La STS de 17 de julio de 1992 ha indicado que el artículo 38 LCS regula un procedimiento de carácter extrajudicial, cuya finalidad es procurar una liquidación lo más rápida posible de los siniestros producidos en los seguros contra daños. Continuaba la sentencia afirmando que las partes no son libres de acudir sin más al planteamiento judicial de los problemas que origine la liquidación del siniestro, sino que vienen compelidas por Ley a seguir el procedimiento que debe observarse con carácter de vía previa a la judicial.

Sin embargo, la sentencia aquí analizada reconoce que «existen declaraciones jurisprudenciales en el sentido de que las partes pueden eludir la aplicación del procedimiento pericial del artículo 38 LCS acudiendo al proce-

dimiento judicial», citando a este propósito las SSTs de 23 de enero de 1986, 11 de diciembre de 1989, 27 de julio de 1990, 10 de mayo de 1989, 31 de enero de 1992, 5 de octubre de 1994, 9 de febrero de 1995 y 25 de julio de 1995.

Artículo 38 LCS. Derecho imperativo.—La regulación del precepto mencionado destaca por su naturaleza de Derecho imperativo, lo que contrasta con la praxis aseguradora anterior a la Ley de Contrato de Seguro, en la que existían numerosos problemas planteados, tanto a nivel doctrinal como en el terreno operativo, puesto que los diversos artículos del Código de comercio en la materia tenían un claro carácter dispositivo, conforme a los artículos 385 y 438 en los que se consagraba el principio del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes.

La Ley de Contrato de Seguro establece con carácter imperativo un único modelo de procedimiento que sólo puede modificarse en beneficio del asegurado (art. 2 LCS). (**STS de 6 de noviembre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 5 de diciembre de 1994 tuvo lugar un incendio de la nave industrial propiedad de los demandantes.

La demandada es la aseguradora de la nave conforme a la póliza unida en autos, en cuyo artículo 30 se pacta la forma de tasación de los daños. Producido el siniestro, ambas partes tienen unos primeros contactos preliminares, sin nombramiento de perito. Tras la comunicación del mismo a la aseguradora, no llegan a acuerdo alguno.

Al producirse las primeras discordias sobre la cuantía indemnizatoria, existe un requerimiento de fecha de 14 de febrero de 1995 realizado por la aseguradora, sin constar aceptación expresa del perito, y a partir de dicho momento se produce una comunicación entre las partes, que concluye con una reunión el día 25 de mayo de 1995. Ambas partes se comunican las valoraciones respectivas con evidentes discordancias. La valoración de los demandantes fue puesta en conocimiento de la aseguradora el 17 y el 25 de marzo de 1995. Tras el rechazo por los demandantes de la consignación judicial realizada por la aseguradora el día 14 de noviembre de 1995, formulan demanda el día 21 de noviembre de 1995, sin reintentar ofrecimiento alguno sobre la designación de peritos por las partes, verificado el 22 de marzo de 1995, ni proceder al nombramiento alguno de tercer perito.

La sentencia de instancia, recurrida en casación por los demandantes, desestima la demanda y absuelve a la aseguradora con reserva a las partes de su derecho a completar el procedimiento pericial establecido en el artículo 38 de la LCS. (*B. F. G.*)

97. Ley de Contrato de Seguro. Plazo de impugnación de la liquidación del daño.—El legislador ha pretendido en el artículo 38.7 LCS fijar un breve plazo de treinta días para el asegurador y de ciento ochenta días para el asegurado, teniendo en cuenta la obligación de pago de aquel que ha percibido las primas y luego se niega o intenta retrasar el pago.

No puede, por ello, precisarse la exigencia de una notificación formal para tal ejercicio de la acción impugnatoria del peritaje, cuando el propio legislador ha consignado un plazo perentorio para ello y notoriamente más breve para el asegurador, persiguiendo, en definitiva, el conocimiento real del peritaje que se pretende impugnar. No puede mantenerse la exigencia de una

notificación formal para el cómputo de tan perentorio plazo, cuando consta el previo conocimiento del dictamen que se pretende impugnar.

Se trata de un plazo sustantivo y no procesal, su finalidad es evitar la inseguridad jurídica y no es invocable el principio pro actione.

Semejanza del sistema notificador con el del retracto y las acciones rescisorias.—La doctrina jurisprudencial referida a esta materia parte, para la determinación del inicio del plazo, del conocimiento real de la transmisión y añade que el tema del conocimiento es una cuestión de hecho que exige que tiene que ser cabal y completo. (STS de 15 de octubre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La aseguradora impugna el dictamen pericial derivado del seguro agrario combinado, solicitando su nulidad, por falta de garantía del dictamen, debido a la inobservancia del procedimiento. La demandada opuso la caducidad de la acción que, conforme al artículo 38 LCS es, para la aseguradora, de treinta días, computado desde la fecha de la notificación.

Las partes no están de acuerdo en el día de la notificación: mientras que para la demandante la fecha es el 28 de octubre de 1996, la demandada atendía al informe del ingeniero agrónomo de fecha 14 de octubre de ese mismo año. Tanto en primera instancia como en apelación se desestimó el recurso. Se considera hecho probado que la demandante tuvo conocimiento de dicho informe antes de su notificación y como mínimo desde el 14 de octubre de 1996. (B. F. G.)

98. Dolo.—Error provocado por la actuación insidiosa de una parte contratante, es decir, engaño causado a un contratante haciéndole creer lo que no existe u ocultando la realidad. Se requiere un presupuesto objetivo, la conducta de mala fe, y uno objetivo, la gravedad. (STS de 3 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—En 1989, el demandante tenía antecedentes de hipercolesterolemia y psoriasis y le fue diagnosticada diabetes mellitus. No consta en ningún momento que se tratase de una enfermedad grave.

En el mismo año, el 9 de mayo, el mismo declara en el boletín de adhesión a un contrato de seguro de vida que no ha padecido, ni padece ninguna enfermedad grave. En 1990 ingresa en el hospital con el diagnóstico de diabetes mellitus y es dado de alta. En 1992 sufre un infarto de miocardio y en 1993 es declarado en situación de invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente.

La compañía aseguradora niega el pago de la indemnización solicitada por el demandante

Tanto en primera instancia como en apelación se desestima la demanda. (B. F. G.)

99. Artículo 100 LCS. Infarto de miocardio como supuesto del seguro de accidentes.—Aunque no se encuentre expresamente comprendido en los supuestos del citado precepto (salvo estipulación), la jurisprudencia entiende que este caso debe comprenderse dentro del seguro de accidente,

cuando tenga su génesis en una causa externa. A tal efecto, se ha tomado en consideración la causa inmediata consistente en la presión, consecuencia del aumento de trabajo (STS de 14 de junio de 1994), el esfuerzo físico en el desarrollo del trabajo para el que se hallaba capacitado (STS de 27 de diciembre de 2001) y el esfuerzo y tensiones en el desempeño del trabajo (STS de 27 de febrero de 2003). **(STS de 11 de noviembre de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—El 19 de junio de 1995, el marido de la demandante enfermó cuando se hallaba desempeñando su trabajo habitual, sufriendo un infarto agudo de miocardio, que determinó su muerte el día 29 siguiente.

La demandante, en representación de la comunidad hereditaria de su marido, solicitaba el pago de una determinada cantidad por parte de la aseguradora en su condición de beneficiarios de la póliza de seguro individual de accidentes contratada por el fallecido.

En la demanda se sostiene que la causa externa de la lesión corporal fue el alto grado de estrés que sufría el fallecido, producido por la acumulación de trabajo, la tensa situación laboral que se vivía en la oficina en esos días y el no haber disfrutado todavía de sus vacaciones. La compañía aseguradora, por su parte, consideraba que no se trataba de un accidente, sino de una enfermedad.

En primera instancia se desestimó la demanda, siendo esta resolución revocada en apelación. *(B. F. G.)*

DERECHO PROCESAL

100. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver la cuestión de si un titulado en estomatología, para ejercer dicha profesión, está o no obligado a inscribirse en el colegio profesional correspondiente.—Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la presente cuestión en sus SS de 26 de noviembre de 1998 y 6 de noviembre de 2002, en las que se determina que para el entendimiento de la presente cuestión es competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Y así la referida última sentencia que reproducimos dice: «Indudablemente, los Colegios profesionales son Corporaciones de Derecho Público, como así se reconoce de modo explícito en el artículo 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de los referidos Colegios, viniendo a puntualizar la doctrina del Tribunal Constitucional, en reiteradas sentencias, entre ellas la de fecha 15 de julio de 1987, que se trata de “Corporaciones sectoriales de base privada, esto es, Corporaciones públicas por su composición y organización que, sin embargo, realizan una actividad que, en gran parte, es privada”, cuya doctrina fue seguida por esta Sala y recogida en diversas sentencias de la misma, siendo de citar la de 12 de junio de 1990, en la que se estableció, a la vista de la dualidad de funciones –asociación privada con asignación de potestades públicas– que la faceta asociativa privada de los Colegios debe estar sometida al Derecho civil, pronunciándose en sentido semejante la sentencia de 28 de septiembre del corriente año. En este aspecto es de añadir que se desarrollan a la par, una serie de actividades propias de un ámbito de dere-

cho público, de servicio público e interés general, y otras de orden privado restringidas a su relación interna con los integrantes de las corporaciones y que carecen de toda eficacia externa o pública.

La Orden Ministerial de fecha 13 de noviembre de 1950 aprobó el Estatuto reglamentario de la profesión colegiada de Odontología-Estomatología, sin que la misma haya sido derogada por disposiciones de organización colegial, de mayor o menor rango legislativo, dictadas con posterioridad, y el artículo 39 de dicho reglamento estableció la pertenencia obligatoria al Colegio respectivo de todos los Odontólogos y Estomatólogos ejercientes en territorio español.

En relación con el tema de la obligatoriedad colegial, es de decir que ello no significa ninguna contradicción con los derechos de asociación y sindicación proclamados en los artículos 22 y 28 CE, respectivamente, coexistencia la indicada que fue reconocida por el Tribunal Constitucional, en SS de núms. 123/1987; 89/1989 y 35/1993, al razonar que “la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del derecho y principio de libertad asociativa, activa o pasiva” y que “la obligación de inscribirse los profesionales en el Colegio y someterse a su disciplina no supone una limitación injustificada, y menos una supresión, del derecho garantizado en el artículo 22 CE y reconocido en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (...) porque la adscripción obligatoria no impide en modo alguno que los profesionales colegiados puedan asociarse o sindicarse en defensa de sus intereses, ya que no puede afirmarse fundadamente que exista incompatibilidad o contradicción constitucional interna entre los artículos 22, 28 y 36 CE, siendo así que dicha colegiación no impone límite o restricción al derecho a asociarse o sindicarse, participando en la fundación de organizaciones sindicales o afiliándose a las ya existentes”; y en sentido análogo se pronunció la S 194/1998, dictada asimismo por el meritado Tribunal.

Aún cuando la Ley de Colegios profesionales dispone en su artículo 8 que «los actos emanados de los órganos de los Colegios y de los Consejos Generales en cuanto están sujetos al Derecho administrativo, una vez agotados los recursos, serán directamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa», lo que viene a estar en consonancia con el artículo 1.2)c) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la misma, que entiende a estos efectos por Administración pública las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna entidad local, no cabe negar que semejante sometimiento jurisdiccional requiere, como requisito ineludible, la previa presencia del acto administrativo, en el caso que nos ocupa, de un acto emanado del órgano colegial y supeditado al derecho administrativo, toda vez que, según el artículo 1.1 de la precitada Ley de 1956, se atribuyen a la jurisdicción contencioso-administrativa aquellas pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al derecho administrativo, y así, en su Exposición de Motivos se explica que la tan repetida jurisdicción, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración.

Es precisamente en el previo presupuesto de la concurrencia de un acto administrativo en el que procede centrar la resolución de la cuestión debatida, debiendo adelantarse al respecto que en los temas que versen, entre otros, sobre defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, por su evidente matiz de Derecho público, están sujetos al control jurisdiccional del orden contencioso-

administrativo. En este orden de cosas, lo acontecido fue que un profesional que venía obligado a inscribirse en su correspondiente organización colegial se negó a ello, demostrando una absoluta inactividad al respecto y pretendiendo amparar su negativa en estar ya inscrito en la organización que agrupa a la clase médica, pero esto carece de validez y relevancia pues aun siendo la Estomatología una especialidad médica, la circunstancia de su efectivo ejercicio obligaba a darse de alta en el específico Colegio creado para la misma; ahora bien, la realidad de lo acontecido no significa, por supuesto, que lleve implícita la inexistencia de un acto administrativo, al poder concurrir cualquiera que sea la modalidad que adopte. Y así, no es posible olvidar que el Colegio recurrente requirió en varias ocasiones al profesional recurrido para que solicitase su incorporación al mismo, requerimientos los indicados que permiten configurarles como manifestación de un acto administrativo. Por consiguiente, atendiendo a la obligatoriedad de la colegiación y a la carencia de medios coactivos para llevarla a cabo directamente por el Colegio, es incuestionable la necesidad en que se encuentra de impetrar el auxilio judicial, el cual, a tenor de cuantas consideraciones han sido formuladas y de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, habrá de prestarse a través del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (...).

Aparte de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas, que, en virtud de sus Estatutos de Autonomía, han asumido competencias en esta materia, con posterioridad a la fecha de incoación de la demanda iniciadora de este proceso, el artículo 2 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, establece que “el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho Público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas”, y no cabe olvidar que estas Corporaciones integran lo que tradicionalmente se conoce como “Administración Corporativa”, cuyo fundamento último se encuentra en la Constitución Española de 1978, donde en su artículo 36, inciso primero, con referencia a los Colegios profesionales, se dispone que “la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas”; y, asimismo, la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas Liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales en su artículo 1, dice que “los colegios profesionales son Corporaciones de Derecho Público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”». (STS de 19 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ilustre Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de la XII Región acude al Juzgado para que declare que don J. C. L. está obligado a colegiarse para poder ejercer la profesión de estomatólogo en el ámbito del colegio. El Juzgado dicta sentencia declarando la obligación de colegiarse del profesional, quien interpone recurso de apelación. La Audiencia lo estima y, sin entrar en el fondo del asunto, declara la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda promovida por el Colegio y previene a las partes de que la cuestión compete a los Tribunales del orden contencioso-administrativo. Interpone la actora recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

101. Acción de liquidación de sociedad de gananciales: competencia de la jurisdicción española para la ejecución de sentencia extranjera y española en tanto la no proposición de declinatoria implica sumisión tácita.—La Ley Orgánica del Poder Judicial regula, a partir del artículo 21, la extensión y los límites de la jurisdicción, es decir, de los órganos jurisdiccionales españoles, alcanzando a las relaciones y procesos entre españoles y extranjeros, lo que desarrolla, en una serie de reglas, el artículo 22; en éste, se impone la jurisdicción española en unos casos que enumera el número 1.º, entre los que se encuentra el reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero. A continuación, como primera regla, en el número 2.º, la sumisión expresa o tácita. Sumisión que es tratada específicamente por la S de esta Sala de 10 de noviembre de 1993 que dice: «El tratamiento procesal de la falta de jurisdicción se realiza por el cauce establecido para las declinatorias...»

Partiendo de ello, es clara la desestimación de los motivos primero y quinto que reiteran lo mantenido en la instancia, la falta de jurisdicción de los Jueces y Tribunales españoles. La pretensión que se ha ejercitado en el presente proceso no es sino ejecución de la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Düsseldorf (Alemania) y de la sentencia de la declaración de ganancialidad dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Haro. Ejecución de sendas sentencias extranjera y española que corresponde a la jurisdicción española. Además, en la contestación a la demanda, la parte demandada, señor R., se sometió tácitamente, al no proponer en forma la declinatoria, lo que asimismo había ocurrido en el proceso anterior seguido ante el mismo Juzgado de Haro.

En consecuencia, no se ha infringido el artículo 9.2 CC puesto que es una norma de Derecho internacional privado destinada a determinar la normativa aplicable a los efectos personales y especialmente los patrimoniales, atinentes al régimen económico-matrimonial, del matrimonio, pero no a los efectos de la disolución del mismo. Tampoco el artículo 22.3.º LOPJ puesto que la demandante tenía, según recoge como hecho acreditado la sentencia de instancia, el domicilio en España y, aparte de ello, son prevalentes los criterios que se encuentran en los números primero y segundo del mismo artículo, antes expuestos, que sí se aplican. (STS de 10 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don N. y doña C. contrajeron matrimonio en Alemania donde fijaron su residencia, si bien pasaban largas temporadas en España figurando censados en ambos países. Constante matrimonio adquirieron una vivienda en La Rioja que fueron mejorando con aportaciones de la sociedad de gananciales. Se divorcian en Alemania recibiendo la correspondiente sentencia el *exequatur* en España. Una sentencia posterior —ésta dictada por un órgano judicial español— estimó la demanda de doña C. contra don N. y declaró que la sociedad de gananciales formada en su día por los litigantes era acreedora del aumento de valor experimentado por la casa de La Rioja. Instada su ejecución, ésta fue denegada. Presentó entonces doña C. otra demanda cuya única petición era que se condenase a don N. a estar y pasar por la liquidación de la sociedad de gananciales existente entre ambas partes mientras duró el matrimonio. La demanda fue estimada en primera y segunda instancia. Recurre en casación el demandado que cuestiona la competencia de la jurisdicción española para conocer del litigio. El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

102. Derecho a un cargo público: legitimación activa para reclamar judicialmente su protección.—En el caso debatido nos encontraremos con que los demandantes son Concejales del Ayuntamiento de Gijón, ente con personalidad jurídica propia, correspondiendo su representación al Alcalde [art. 21.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local], a quien corresponde igualmente «el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa del Ayuntamiento en las materias de su competencia» [art. 21.1.k) de la citada Ley 7/1985]. De ahí que los demandantes carezcan de un interés legítimo, jurisdiccionalmente protegible, para instar judicialmente que la Caja de Ahorros codemandada acate la decisión del Ayuntamiento del que forman parte. Sería absurdo pensar que, caso de haber sido iniciado este procedimiento por el Ayuntamiento o el titular del derecho fundamental que se dice vulnerado, hubiera que llamar a juicio a todos y cada uno de los ediles del Ayuntamiento por tener el mismo interés que aquí invocan los demandantes y que podría resultar afectado por la resolución que recayese. Por todo ello procede la desestimación del motivo. (STS de 7 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Tres concejales del Ayuntamiento de Gijón demandan a la Caja de Ahorros de Asturias y a don J. I. R. al amparo de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978. Sobre la base de una pretendida vulneración del derecho a acceder a funciones y cargos públicos recogido en el artículo 23.2 CE, solicitaban la condena de los demandados a acatar la decisión del Pleno del Ayuntamiento de Gijón reponiendo a don J. E. I. en la representación del Ayuntamiento de esa ciudad como vocal del Consejo de Administración de la Caja de Ahorros de Asturias. La demanda fue desestimada en ambas instancias al acogerse la excepción de falta de legitimación activa en los demandantes, opuesta por los demandados y por el Ministerio Fiscal. El Tribunal Supremo desestima—reiterando idéntico criterio— el recurso de casación interpuesto por los actores. (R. G. S.)

103. La revisión en casación de la prueba por presunciones.—El juicio lógico realizado por el Tribunal *a quo* por la vía de la *presumptio hominis* o «presumptio facti», que regula el artículo 1253 CC, sólo es censurable en casación cuando notoriamente falte el enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de aducir, según las reglas del criterio humano. La determinación del enlace preciso y directo supone un juicio de valor que está reservado a los jueces de instancia y que se tiene que respetar en tanto no se demuestre o acredite su irrazonabilidad. No puede tacharse de ilógica o contraria al razonar humano la deducción que hace la Sala *a quo* de tener como probado el hecho de que los recurrentes y los restantes demandantes no recurrentes autorizaron verbalmente a la Caja demandada a trasvasar una cantidad de cada una de sus cuentas a la de la empresa, partiendo del elenco de hechos probados en la instancia.

Valoración de la prueba de confesión.—La STS de 9 de octubre de 1993, tiene declarado que «la confesión en juicio prestada bajo juramento indeciso no es de rango superior a los demás medios demostrativos citados en el artículo 1215 CC y su eficacia ha de ser apreciada libremente en conjunción

con el resultado que arrojen las pruebas, sometidas todas ellas a la libre y racional valoración de los Tribunales (...), su fuerza probatoria hay que referirla al conjunto armónico de lo confesado y no a la estimación fragmentaria de las posiciones». «La prueba de la confesión debe ser regida por el criterio de libre valoración insita en la soberanía de la instancia».

Aplicación de los principios de equidad (art. 3.2 CC).—El artículo 3.2 CC hace referencia a dos supuestos diferentes, la equidad como ponderación en la norma (se encuentra comprendido en el precepto que tiene por fin la interpretación de las normas); en segundo lugar, se refiere a otros casos, en que la equidad es fundamento mismo de la decisión —juicios de equidad— que no se permite en nuestro derecho, salvo en los casos específicos previstos en la Ley. La STS de 10 de diciembre de 1997 declaraba que «el artículo 3.2 CC, sólo autoriza que las resoluciones de los Tribunales puedan descansar de una manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita (...), el principio de equidad, que es supletorio de la aplicación de las leyes, y, por tanto, sólo de eficacia aplicativa ante la existencia de vacío legal, no es aplicable en hipótesis en que los textos legales se deduzca con claridad una resolución de los puntos en litigio». La doctrina expuesta impide aplicar al caso el principio de equidad por no existir ningún vacío legal respecto a los contratos de préstamo y cuenta corriente. (STS de 6 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Algunos trabajadores de la empresa *Hiru Utillajes, S. A.*, celebraron, cada uno de ellos, un contrato de préstamo por importe de cuatro millones de pesetas con la *Caja de Ahorros de Guipúzcoa y San Sebastián*. La Caja transfirió el importe de dichos préstamos a una cuenta de *Hiru Utillajes, S. A.*, para dar cumplimiento al acuerdo habido entre los trabajadores y la empresa en el sentido de que cada uno de los trabajadores destinaría dos millones de pesetas a la compra de acciones de la sociedad y otros dos los entregaría a la empresa en concepto de préstamo para que dispusiese de liquidez. Los demandantes formularon demanda contra la Caja, por la que solicitaban que se declarase la improcedencia del cargo que se hizo a cada uno de los demandantes en la cuenta que tenía abierta cada uno de ellos con la entidad demandada, y se declarase asimismo, la improcedencia del cargo que en concepto de corretaje realizó la demandada en cada una de las cuentas. Asimismo solicitaban que la Caja demandada compensara, en concepto de daños y perjuicios, a cada demandante con el importe de los intereses, comisiones y gastos del préstamo y a los cargos posteriores en dichas cuentas y por tales conceptos. La Caja de Ahorros se opuso a la demanda y formuló reconvencción en la que solicitaba que se condenase a cada uno de los demandados al pago de las cantidades en concepto de saldo resultante de las cuentas abiertas a cada uno de los demandados. Las sentencias de primera instancia y de apelación desestimaron la demanda. Los demandantes han promovido recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se articula a través de seis motivos: infracción del artículo 1248 CC sobre prueba testifical; infracción del artículo 1253 CC e infracción de los artículos 1232, 1233 y 1234 CC. El Tribunal ha desestimado sus pretensiones. (E. C. V.)

