

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 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 Y DISTRIBUCIÓN

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
Tel.: 902 365 303
Fax: (91) 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVIII, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 2005

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2006

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://publicaciones.administracion.es>

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: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social

ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ

Catedrática de Derecho civil

Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *El punto de partida: la protección del tercero hipotecario. Las diferentes posiciones doctrinales.* 3. *Una mirada hacia atrás en el sistema de publicidad. Algunas consideraciones de carácter histórico:* 3.1 Una referencia obligada: El origen y significado de la publicidad registral. 3.2 Una segunda incursión en la historia registral: La Ley Hipotecaria española y sus sucesivas reformas. 3.3 Un apunte sobre el sistema registral español. 4. *El escenario del conflicto: La publicidad registral, la seguridad del mercado y el Estado social.* 5. *Los intereses en juego y la lógica del sistema.* 6. *La publicidad registral y los sujetos diferenciados del Estado social.*

1. INTRODUCCIÓN

Como su título indica, se quiere en estas páginas abordar los efectos de la publicidad registral en el ámbito de la relación entre el mercado y el Derecho, entendido éste como la expresión de una decisión política de ordenar el conjunto de las relaciones que se dan en la sociedad, y cuya manifestación más genuina se encuentra en los textos constitucionales. Ambas nociones resultan ser la formulación abreviada de la dialéctica de los impulsos de los operadores económicos para la conformación de las relaciones de mercado y la voluntad colectiva de ordenarlo jurídicamente, es decir, de fijar el marco jurídico en el que se tienen que desenvolver las relaciones de intercambio de bienes y servicios. Y en este contexto se resaltan dos aspectos de la relación antes apuntada: la seguridad del mercado,

que se ha erigido en fundamento del sistema de publicidad, y los principios que han de informar, según la Constitución, la política social y económica, expresados a través de los derechos sociales.

El hilo conductor de la reflexión serán los efectos del Registro para el tercero hipotecario, pues el mismo concita el mayor grado de eficacia que genera nuestro sistema de publicidad inmobiliaria. Y hablar en nuestro Ordenamiento de tercero protegido por el Registro requiere abordar necesariamente la cuestión relativa a la interpretación de los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria, pues ésta no ha sido aún resuelta por la doctrina, que mantiene posiciones muy dispares, ni por la jurisprudencia, que acusa una notable ambigüedad¹. Y esta cuestión tiene una enorme importancia para la definición de nuestro sistema de publicidad registral² y, como consecuencia de ello, para el conjunto de intereses que se involucran en el mismo, sean éstos particulares o generales.

Ahora bien, la importancia del tema en cuestión no puede servir por sí sola para demostrar la oportunidad de un nuevo estudio, ni mucho menos para garantizar su acierto, si no se aportan nuevos argumentos o datos que la revitalicen.

Y esto es lo que pretende este trabajo, concretamente abordar el tratamiento de la materia que nos ocupa atendiendo a los intereses en juego y la protección que merecen desde los principios y valores que informan nuestro Ordenamiento, que se expresan en sus textos básicos, señaladamente en lo que respecta al tema que estudiamos, en el CC. Ahora bien, unos principios y unos valores que no podemos considerar en los mismos términos en los que estaban vigentes al tiempo de la elaboración de la Ley Hipotecaria, con sus sucesivas reformas, y del CC, pues en todo este tiempo mucho ha cambiado en la sociedad española; pero, sobre todo, se ha producido un acontecimiento más que notable, cual es la publicación de la Cons-

¹ En palabras de BUSTOS PUECHE respecto a la jurisprudencia: «Del artículo 32 saben poco o, si se prefiere, da la sensación de que no saben muy bien qué hacer con él. No recuerdo una sola sentencia que se fundamente en el artículo 32 Ley Hipotecaria: Parece que no se atreven. A lo sumo es un precepto que se invoca a mayor abundamiento, siempre unido al 34, que es el único en el que realmente creen. Y por lo que hace al juego de los artículos 33 y 34, la impresión –como tantas otras veces con otros preceptos– es que eligen el que estiman más acertado para argumentar la solución a que han llegado por razones de justicia material», «El sujeto beneficiario de la protección registral (propuesta de interpretación armónica de los arts. 32, 33 y 34 Ley Hipotecaria)», *RCDI*, 2003, p. 2591. También, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS pone de relieve lo poco concluyente que es la jurisprudencia, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 2001, p. 610, en nota. En la misma línea MONSERRAT VALERO señala la ambigüedad de la jurisprudencia del TS, «En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», *RDP*, junio 2001, pp. 508 y 509.

² Como dice TIRSO CARRETERO, el tema del tercero hipotecario no tiene nada de baladí, pues mientras que no quede claro, toda la LH queda sin entenderse, «Retornos al Código Civil», *RCDI*, 1965, p. 77.

titución que proclama en su artículo 1 que España se convierte en un Estado social y democrático de Derecho que reconoce un conjunto de derechos sociales, a la par que introduce los intereses generales en la economía de mercado. Y todos estos cambios, de indudable alcance sustancial, no pueden quedar ajenos a una institución, como es el Registro de la Propiedad, que tanto influye en el mercado inmobiliario hasta el punto de consolidar adquisiciones para el que no es dueño o titular del derecho real de que se trate.

Se es consciente, no obstante, de que su elaboración es consecuencia de un proceso histórico en el que se establecieron las bases conceptuales de los sistemas de publicidad registral. El Registro es una creación artificial de los poderes públicos con la finalidad de dotar de certeza al tráfico jurídico de bienes inmuebles, y como tal creación artificial requirió de la elaboración de una serie de nociones, técnicas y recursos jurídicos que ordenaran el conjunto de soluciones que se querían, desde la lógica de una racionalidad interna, como no podía ser de otra forma, si tenemos en cuenta que era hija del iusnaturalismo. Ello dota a la disciplina de la publicidad de una fuerte carga dogmática y de un alto contenido técnico, de los que no se puede prescindir a la hora de abordar su aplicación, y cuya comprensión requiere tener en cuenta la experiencia histórica que determinó su elaboración. De ahí que nos detengamos en los antecedentes del actual régimen de publicidad registral, que aún hoy resultan necesarios para abordar la interpretación de su conjunto normativo.

Ahora bien, dicho esto, nos parece que el análisis de sus preceptos no puede anclarse al tiempo de su elaboración, sino que debe enmarcarse en la realidad jurídica actual que, como hemos dicho, responde a un marco constitucional diferente a aquél que alumbró la creación de los sistemas de publicidad registral, que no era otro que el que instauró la democracia liberal burguesa. Pues acaso resulte que estamos abordando la solución de los problemas de ahora con herramientas e instrumentos jurídicos que responden a un tiempo superado, aunque sólo sea parcialmente.

A este empeño dedicamos las siguientes páginas.

2. EL PUNTO DE PARTIDA: LA PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO. LAS DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES

No cabe duda que la máxima virtualidad de la publicidad registral se cifra en la protección de los terceros que acceden al Registro, es decir, de aquellos que consolidan una adquisición de un

derecho real sobre bienes inmuebles por la aplicación de las reglas que rigen esta publicidad. En España se ha planteado el problema de la identificación de esos terceros protegidos, sobre los que la doctrina no se pone de acuerdo, manteniendo dos posiciones diferenciadas: la que defiende la existencia de uno solo, tesis monista, y los que por el contrario, entienden que hay dos diferentes, tesis dualista. Cada una de estas interpretaciones se corresponden a distintas experiencias históricas en la conformación de los sistemas de publicidad inmobiliaria, la de la inoponibilidad, que se ha denominado francesa, y la de la fe pública registral, que se la identifica con el modelo alemán.

Con estas dos denominaciones, monista y dualista, se conocen pues dos líneas interpretativas de los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria, que simbolizan, por excelencia, la eficacia sustantiva del Registro de la Propiedad respecto a los derechos inscritos, junto a otros efectos que del mismo se derivan, como los que se aglutinan, preferentemente, en torno al principio de legitimación registral; expresión todo ello del llamado principio de exactitud del Registro.

De forma sucinta se puede decir que la primera de las corrientes doctrinales, la denominada monista, ve un sólo tercero en los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria. El titular registral al que se refiere el primero de ellos, cuando afirma que «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la propiedad, no perjudican a tercero», es el mismo que el que regula el artículo 34.1 Ley Hipotecaria: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro»; de tal forma que el tercero del artículo 32 debe reunir estos últimos requisitos para poder oponer su título con preferencia al que no ha inscrito su derecho; por ello, ha de ser un titular registral que traiga causa de persona que figura en el Registro con facultades para transmitir el derecho en cuestión, al mismo tiempo que debe ser un adquirente a título oneroso y de buena fe. Esta asimilación de ambos terceros lleva igualmente a aplicarle al primero de ellos la suspensión de la protección que prevé el artículo 207 Ley Hipotecaria durante el plazo de dos años desde la inmatriculación del derecho mediante título público de adquisición (art. 205 Ley Hipotecaria), o certificado al que se refiere el artículo 206; o la consecuencia del artículo 28 Ley Hipotecaria por el mismo plazo para la inscripción de un derecho adquirido

por herencia o legado desde la muerte del causante, salvo que el mismo corresponda a un heredero forzoso. Todo lo cual lleva a afirmar que los efectos sustantivos del Registro de la Propiedad español se concretan en lo que se ha denominado la fe pública registral, que consiste principalmente en dotar a la inscripción de veracidad para aquél que, confiando en lo publicado, adquiere un derecho y después lo inscribe, en línea con lo que se ha denominado sistema germánico de publicidad registral³.

La segunda corriente doctrinal –que también exponemos de forma sintética–, denominada dualista, parte del distinto ámbito de aplicación de los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria que conforman dos terceros diferentes: el del 34, al que le es de aplicación las exigencias contenidas en dicha norma, y el del 32, que en principio no debe reunir dichos requisitos. Planteada inicialmente por Nuñez Lagos⁴, cuenta con un número importante de seguidores, si bien mantienen entre ellos ciertas discrepancias, pues mientras algunos autores⁵ entienden que debe ser un adquirente a título oneroso, otros⁶ le exigen la buena fe, si bien todos coinciden en que no es

³ ROCA SASTRE, «El problema de la relación que respecto del artículo 34 Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», *RCDI*, 1965, pp. 782 ss.; también, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. II, 8.^a ed., Barcelona, 1995, pp. 161 ss.; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, I, Madrid, 1947, pp. 411 y 412; HERMIDA LINARES, «La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre bienes inmuebles», *RCDI*, 1966, pp. 444 ss., y *Problemas fundamentales de Derecho inmobiliario registral*, Madrid 1973, pp. 234 ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, cit., pp. 609 ss.; PAU PEDRÓN, «Comentario al artículo 606 CC», en *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1532 ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *RdP*, 1998, pp. 45 ss.; JEREZ DELGADO, *Tradición y Registro*, Madrid, 2004, pp. 286 ss. Por su parte, MONSERRAT VALERO, seguidor de la tesis monista, sin embargo defiende una interpretación amplia de la adquisición del titular registral como adquisición de un transmitente que aunque no figure en el Registro trae causa del titular registral, con lo que al protegerse al primero que inscriba se llega a los mismos resultados que los dualistas, salvo que éstos no exijan la buena fe ni la adquisición onerosa, «La defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», cit., p. 507.

⁴ Dicho autor circunscribe al tercero del artículo 32 al poseedor de finca gravada inmune a las acciones confesoria e hipotecaria, «El Registro de la propiedad español», *RCDI*, 1949, pp. 137 ss., 217 ss., 346 ss.; «Tercero y Fraude en el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1950, pp. 563 ss.

⁵ VILLARES PICÓ, «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción», *RCDI*, 1958, pp. 363 ss.; LACRUZ Y SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1984, p. 192; SERRERA CONTRERAS, «Monismo, dualismo, triadismo», *RCDI*, 1989, pp. 1203 ss.; AMORÓS GUARDIOLA, aunque se inclina por proteger al adquirente a título gratuito, manifiesta sus dudas al respecto, «Comentario al artículo 606 del CC», en *Comentario al CC y Compilaciones forales* dirigida por M. ALBALADEJO, t. VII, V. 2, Madrid, 1990, p. 298.

⁶ Junto a LACRUZ Y SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, cit., p. 192, VILLARES PICÓ, «La polémica...», cit., p. 374; SERRERA CONTRERAS, «Monismo, dualismo, triadismo», cit., p. 1205, antes citados; exigen igualmente la buena fe AMORÓS GAUDIOLA, «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», *RCDI*, 1967, pp. 1523 ss., y «Comentario al artículo 606 del CC», cit., pp. 280 ss.; y DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, Madrid, 1995, pp. 472 y 473.

necesaria la previa inscripción del derecho del transmitente⁷; siendo así que ésta constituye la principal diferencia entre uno y otro tercero. De todo lo anterior se deduce que el tercero del artículo 32 con sólo inscribir su derecho, queda protegido por el Registro de la reclamación de un titular que no ha accedido al mismo, y que trae causa del mismo disponente, no aplicándosele, en consecuencia, la suspensión de los efectos dispuesta por el artículo 207 Ley Hipotecaria, anteriormente aludido, ni la del artículo 28 Ley Hipotecaria, aunque en ello no hay unanimidad de la doctrina. Este efecto se explica desde la perspectiva del principio de inoponibilidad del Derecho francés, al que en este punto, a juicio de los autores citados, sigue nuestro sistema registral inmobiliario. Frente a ello, o más bien, junto a ello, está la fe pública registral, de corte germánico, que se expresa preferentemente en el artículo 34 y en los requisitos que al mismo se le exigen al tercero protegido por la misma.

En esta polémica, como es obvio, se involucran otras normas, como son, de una parte, los artículos 606 y 1.473 CC, y, de otra parte, los artículos 13, 15, 31, 36, 37, 40, 69, 76 Ley Hipotecaria, por citar los más significativos.

Esta segunda línea interpretativa sobre la dualidad de terceros, en la que, como hemos visto, existe cierta disparidad entre sus seguidores respecto a los requisitos que debe reunir el del artículo 32, tampoco es uniforme en cuanto a los argumentos en los que fundamentan sus tesis, siendo el dato más reiterado el de los antecedentes históricos.

Estos dos terceros protegidos se corresponden, a su vez, con supuestos diferentes en el plano sustantivo: el del artículo 32 se identifica con la patología de la doble disposición de un bien por un mismo titular cuando el que inscribe es el segundo adquirente,

⁷ A las citas anteriores se deben añadir: TIRSO CARRETERO, «Retornos al CC», *RCDI*, 1965, pp. 75 ss., y «Los principios hipotecarios y el Derecho comparado», *RCDI*, 1974, pp. 84 ss.; GÓMEZ GÓMEZ, «¿Inscripción declarativa o constitutiva?», *RCDI*, 1949, pp. 787 ss., «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», *RCDI*, 1952, pp. 558 ss., «En torno a la polémica Carretero Roca», *RCDI*, 1966, pp. 379 ss.; GARCÍA GARCÍA, que identifica tres tipos de supuestos en el artículo 32: la inmatriculación, la reanudación del trato sucesivo y la presentación del título en el Registro antes de que el título previo haya sido inscrito o, incluso, antes de su presentación, pendiente del otorgamiento de escritura o liquidación fiscal, *Derecho inmobiliario registral hipotecario*, t. II, Madrid, 1993, p. 175; GORDILLO CAÑAS, que defiende la inoponibilidad de lo inscrito del artículo 32, que conserva una zona propia, *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español*, cit., p. 591 y «¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema», *Estudios jurídicos en homenaje del profesor Luis Díez Picazo*, Madrid, 2003, t. III, p. 3888; MERINO GUTIÉRREZ, «El tercero hipotecario y la anotación de embargo», *ADC*, 1994, pp. 91 ss. En contra se manifiesta GARCÍA-BERNARDO LANDETA, que, manteniendo una posición dualista, requiere, sin embargo, que el tercero del artículo 32 traiga causa de un titular registral, dispensándosele de los demás requisitos, vid. «La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias», *RCDI*, 1991, pp. 1125 ss.

con lo que el Registro le protege frente a la reclamación de ese tercero civil que siendo anterior en el derecho no ha accedido al mismo. Y el del artículo 34 que, por el contrario, se refiere al que habiendo adquirido un bien o derecho real de un titular registral, después ve amenazada su posición por causas que *invalidan* el derecho de su transmitente y que no constan en el Registro.

3. LA MIRADA HACIA ATRÁS EN EL SISTEMA DE PUBLICIDAD. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE CARÁCTER HISTÓRICO

3.1 Una referencia obligada: el origen y significado de la publicidad registral

En el tratamiento del tema que nos ocupa se ha tenido en cuenta por la doctrina la influencia que en la configuración de nuestro sistema registral pudieran haber ejercido otros modelos extranjeros en vigor en el tiempo de su elaboración. Por esta razón a la formación de esos otros sistemas le dedicamos las siguientes páginas, y lo expondremos desde la perspectiva de su recepción en España.

Como es sabido, la publicidad registral, tal como la conocemos hoy, nace en el siglo XVII⁸, como respuesta a los intereses de los acreedores hipotecarios que se podían ver defraudados en la satisfacción de su crédito mediante la realización del valor del bien, por la concurrencia sobre el mismo de otras cargas e hipotecas que desconocían, y podían disminuir notablemente su valor, si no sustraían la finca al poder de tales acreedores: el conflicto se planteaba entre el titular de la hipoteca y los que traían causa de su derecho del deudor hipotecario o sus antecesores en la propiedad. El hecho de que

⁸ Con anterioridad podemos encontrar ya algunos intentos de dotar de publicidad a las cargas que pudieran recaer sobre los bienes raíces. Así ocurrió en España en las Cortes celebradas en Madrid en 1528 en las que el Rey D. Carlos, en contestación a una petición, impuso la obligación de declarar los censos y tributos que recayeren sobre los bienes inmuebles, so pena de imposición de una multa; más tarde fueron las Cortes de Toledo, en el año 1539, las que hicieron una petición al Rey en el mismo sentido. La respuesta fue recogida con posterioridad en la Pragmática de D. Carlos y D.^a Juana de 1539, en la que se mandaba: «que en cada ciudad, villa o lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción, haya una persona que tenga un libro en que se registren los contratos de las cualidades susodichas (los que compran los censos y tributos); y no registrándose dentro de seis días después que fueren hechos, no hagan fe, ni se juzgue conforme a ellos, aunque tenga causa del vendedor; y que el tal Registro no se muestre a ninguna persona, sino que el registrador pueda dar fe si hay algún tributo o venta, a pedimento del vendedor». Sin embargo, esta Pragmática no llegó a estar en completa observancia, como se prueba en el hecho de que algunos años después fue reproducida a petición de las Cortes de 1548 y 1558, GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, t. I, Madrid, 1862, pp. 35 ss.

importantes leyes sobre publicidad registral se denominen Leyes hipotecarias constituye un dato significativo de cuanto se ha dicho.⁹

Se consideraba que la defensa de los intereses descritos trascendía lo puramente individual pues afectaba a la sociedad en su conjunto: es significativa la literatura jurídica de la época, que relaciona la seguridad de la hipoteca con la extensión del crédito territorial y el desarrollo de la economía, hasta tal punto que se la llega a considerar una cuestión imprescindible para la modernización de las estructuras económicas y la mejora de las condiciones sociales, aspecto este que abordaremos más adelante.

Las aspiraciones se cifraban entonces en los principios de *publicidad* y *especialidad* de las hipotecas, como superación de la práctica admitida de hipotecas ocultas y generales, que regían en numerosos Estados europeos por influencia del Derecho romano. Respecto al primero de dichos principios, había que buscar un sistema que preservara con eficacia los intereses de los acreedores hipotecarios.

El modelo a seguir se buscó en las fórmulas medievales de transmisión del dominio, que habían derivado en algunas ciudades alemanas a su toma de razón en unos libros fundiarios¹⁰. Dichas fórmulas hacían recaer toda la fuerza de su publicidad sobre el acto traslativo, cuya cumplimentación podía producir, también, el efecto de purgar las cargas que existieran sobre el bien transmitido, cuando sus titulares no se presentaban en tiempo oportuno para hacer valer sus derechos¹¹. La toma de razón en

⁹ El primer intento de organizar la publicidad fundiaria lo hizo el Elector Federico Guillermo por Edicto de 28 de septiembre de 1693, por el que dispuso la creación de un Registro de adquisiciones y de Catastro en algunos de sus Estados. No obstante, los principios fundamentales de la publicidad registral no se formularon hasta la Ordenanza de 1722 del Rey Federico Guillermo I; sobre esta cuestión, *vid.* OLIVER, *Derecho inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, t. I, Madrid, 1892, pp. 96 ss.

¹⁰ Coexistían en esta época distintos sistemas de publicidad en los territorios germanos. Junto a las zonas de influencia romana, que se caracterizaban por la clandestinidad de las transmisiones del dominio y constitución de derechos reales debido a la espiritualización de la *traditio*, había otras en las que la inscripción de dichos actos en los libros fundiarios era un requisito imprescindible, y a veces único, para la efectividad de los mismos, como ocurría en Sajonia, Hamburgo y Mecklenburgo, Cossío, *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.^a ed., Barcelona, 1956, pp. 41 y 42.

¹¹ En este sentido, TROPLONG, *Droit civil expliqué, Priviléges et hypothèques*, Deuxieme ed., París, 1864, pp. 10 ss.; ODIER, *Des systèmes hypothécaires*, Ginebra, 1840, pp. 21 ss. Se está haciendo referencia a la *Gewere* y a la *Auflassung* en los países germánicos, al *nantissement* y la *appropriance* en Francia, Cossío, *Instituciones de Derecho hipotecario*, *cit.*, p. 42; También, OLIVER, sobre la *Auflassung*, *Derecho inmobiliario español*, t. I, *cit.*, pp. 88 ss. Según BESSON, lo mismo que la *saisine* feudal donde tiene su origen, el *nantissement* nos aparece bajo el aspecto de una puesta en posesión judicial, operada incluso en el auditorio del Tribunal «fondier» por los oficiales de la justicia señorial. Esta formalidad consta de dos actos distintos y sucesivos: *dévest* o *desheriditance*, por la cual el disponente renuncia ficticiamente a su propiedad a favor del juez fundiario, *vest* o *adhé-*

los libros servía para dar constancia al acto transmisivo, haciendo prueba de ello¹².

Desde este punto de vista, cabe decir que toda publicidad inmobiliaria que después se desarrollará, y que en este momento se centra en la hipoteca, es de raíz germana¹³, pues era propio de estos Derechos el exigir determinadas formalidades exteriores para la eficacia de las transmisiones de los derechos sobre inmuebles, que contrastaba con la *traditio* romana que derivó, como se conoce, a fórmulas cada vez más sencillas y espirituales, alejándola con ello de lo que fue su función primigenia, situación que se agravaba respecto a la hipoteca que no requería, ni si quiera, *traditio*¹⁴.

Así pues, desde el comienzo se pone de manifiesto el contraste entre un modelo o modelos jurídicos que cifran el conjunto de soluciones relativas a la transmisión y detentación de los derechos reales en la realización de una serie de actos externos y formales, de los que en ocasiones se derivaban efectos jurídicos, preocupados, sobre todo, por los intereses de los terceros adquirentes, y un sistema que se caracteriza por la espiritualización de sus formas y por centrar su atención en la protección de los titulares *originarios* de los derechos, y por un cierto control de la moralidad de los comportamientos contractuales, como convenía a su influencia canónica¹⁵.

ritance en la que la justicia inviste al adquirente. Tal formalidad era necesaria para la transmisión de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, *Les Livres fonciers et la Reforme Hypothecaire. Etude historique et critique*, París, 1891, pp. 57 ss.

¹² En efecto, PLANITZ nos revela cómo la inscripción de los actos de disposición en los primeros libros fundiarios, que sitúa en Colonia a partir del año 1135, tenía únicamente un valor de prueba de la celebración de los mismos, siendo más tarde cuando el transcurso del plazo de un año y un día convierten la adquisición en inexpugnable. Sólo a partir del siglo xv la inscripción es claramente reconocible como acto constitutivo para la adquisición del derecho. El sistema de Colonia fue imitado por otras ciudades comerciales, incorporando el folio real, *Principios de Derecho privado germánico*, Barcelona, 1957, pp. 161 ss.

La significación autónoma de la inscripción en el Registro como acto constitutivo se convirtió en ley en Lübeck, Bremen y Hamburgo para la *Auflassung*, y en Munich y Viena para la constitución de prenda.

¹³ OLIVER define al sistema alemán como el conjunto de leyes y disposiciones que han organizado la institución de la hipoteca bajo la base de la *publicidad* y de la *especialidad* más absolutas de todos los derechos y de todos los gravámenes que afectan a los inmuebles, atribuyendo además a esa publicidad valor y eficacia materiales o sustantivas, *Derecho inmobiliario español*, t. I, *cit.*, pp. 85 y 86.

¹⁴ Como nos dice GÓMEZ DE LA SERNA, la hipoteca en Roma nace en el Derecho pretorio como alternativa a la prenda para permitir que el deudor pudiera seguir disfrutando de la cosa en garantía, requiriendo para su constitución menos formalidades que para aquélla, pues tenía su origen en un contrato consensual, a diferencia de la anterior que nacía de un contrato real, y para su eficacia no se exigía la *traditio*, ya que tal derecho real no implicaba traspaso posesorio. Asimismo podía ser especial o general, al recaer esta última sobre todos los bienes del deudor, *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, t. I, *cit.*, pp. 15 ss.

¹⁵ A ello corresponde el reconocimiento de la fuerza obligatoria de la palabra dada, la exigencia de una causa que fuera lícita o la virtualidad del principio de la buena fe, por poner algunos ejemplos.

Y esta tensión se manifiesta desde el comienzo, cuando la idea de publicidad recae sobre el acto de constitución del derecho real de hipoteca, de tal forma que se contraponen como soluciones diferentes: la germana, que hace depender de la inscripción en los libros fundiarios la efectiva constitución de la hipoteca¹⁶; y la latina o romana, que conoce tres fuentes de creación: la voluntaria, la legal y la judicial –todo ello al margen de su toma de razón en el Registro–, a la par que autoriza su constitución con alcance general sobre el patrimonio del deudor, lejos del principio de especialidad. Como solución intermedia, se prevén procedimientos de purga de las mismas, rememorando con ello las costumbres del *naintissement*, o las *lettres de ratification*¹⁷.

Otros obstáculos, de diversa índole, también fueron dificultando la implantación de un sistema de publicidad registral inmobiliaria: desde un punto de vista práctico, su aplicación requería una organización de los Registros de la que se carecía; en el mismo plano se podía constatar también una resistencia popular a cambiar sus hábitos en lo que se refiere a la transmisión de los derechos que, caso de inscripción constitutiva, requería un exceso de burocracia a la que no estaban acostumbrados; de otro lado, la publicidad de la situación de los fundos tampoco agradaba a una clase social excesivamente endeudada. Desde una perspectiva más teórica del problema, era manifiesta la oposición de los romanistas que seguían la teoría del título y el modo; en la época de la codificación este último aspecto se complica por las aportaciones del racionalismo, que llevan a plasmar en el *Code* la eficacia traslativa del acuerdo contractual.

La publicidad entonces concebida no tenía tanto a crear una apariencia de la que se pudieran derivar determinados efectos, sino a solucionar el conflicto de intereses descrito mediante el control del acto de constitución, exigiendo para ello su toma de razón o inscripción en los libros fundiarios. En este sentido, y siguiendo con la hipoteca, la publicidad de la que se hablaba recaía sobre el

¹⁶ Prueba de ello son las palabras de LUZURIÁGA cuando comenta el Proyecto de 1851, respecto al título de la hipoteca del que era su autor, que son recogidas por GÓMEZ DE LA SERNA; afirmaba dicho jurista que «las principales disposiciones convienen con la de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg, las cuales son el sistema más fiel del sistema germánico, admitido en otros diez y siete Estados, y que sucesivamente va extendiéndose también a Italia, y que amenaza con asimilarse a la legislación francesa con la de otros Estados que siguen hasta ahora el sistema mixto de Francia», *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, t. I, *cit.*, p. 161. De sistema mixto había calificado Odier al Derecho francés sobre las hipotecas, que combinaba las hipotecas sometidas al principio de publicidad y especialidad, con las legales reconocidas a favor de la mujer casada y el menor de edad; su obra fue conocida por los juristas españoles, *Des systèmes hypothécaires*, *cit.*, p. 98.

¹⁷ ODIER, *Des systèmes hypothécaires*, *cit.*, pp. 68 ss. Por el Edicto de Colbert de 1673 se había dispuesto la preferencia de las hipotecas que hubieran sido objeto de inscripción, que fue posteriormente revocado en 1674.

acto de constitución y requería o exigía que el mismo no fuera perfecto hasta que no hubiera tenido acceso al Registro. Era la publicidad, a la que se le llamaba germana, frente a la práctica de hipotecas ocultas y generales del Derecho romano¹⁸.

Ahora bien, pronto se aprecia que la seguridad de los acreedores hipotecarios no se podía alcanzar únicamente controlando el acto de constitución de las hipotecas, sino que requería que se dotara de fijeza a la titularidad de la propiedad y demás derechos reales, pues bien pudiera ser que realmente no fuera propietario aquél que garantizaba un crédito con una hipoteca sobre una finca. También había otros intereses que se debían preservar, los de los adquirentes de derechos dominicales o limitados, que se podían ver sorprendidos, al igual que los acreedores hipotecarios, con que el que le trasmítia el derecho no era dueño de la finca por haber ya dispuesto de ella, o que sobre la misma pesaban cargas que desconocían; aparece, entonces, para la publicidad registral la patología que identificamos con la doble disposición de un inmueble por su titular, o de derechos reales sucesivos, aquella que se revela en el conflicto que surge entre dos adquirentes de un bien o de un derecho real que traen causa de un mismo dueño; había que decidir a quién debía pertenecer el inmueble o derecho. Al respecto se creyó imprescindible que la publicidad recayera también sobre todos los derechos reales inmobiliarios, proyectándose sobre ellos con las mismas características que para la hipoteca¹⁹; es decir, la

¹⁸ Esta era también la opinión de los juristas españoles, como se pone de manifiesto en las palabras de Luzuriaga, recogidas por GÓMEZ DE LA SERNA, sobre el Proyecto de Código español de Código Civil de 1851 en la materia referente a las hipotecas y el Registro, recogidas en nota 16, a lo que añade el propio GÓMEZ DE LA SERNA, que no era vana esta conjectura en el mismo año en el que la Comisión presentó el Proyecto, ya que en Bélgica se hicieron importanzísimas reformas en el sentido alemán, que estuvo a punto de prevalecer durante la República en Francia, donde se modificó en algunos puntos el Código Civil por Ley de 22 de enero de 1855 sobre la transcripción, *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, t. I, *cit.*, p. 161.

¹⁹ Esta evolución se puede apreciar más nítidamente en aquellos países que reaccionan con relativa diligencia a solucionar el problema de las hipotecas, como ocurre en Francia, aunque después el proceso se ralentizó con la publicación del Code, y en Prusia, que en 1722 abordó la regulación de la hipoteca, así como Austria, en 1758, Baviera, en 1822; en todo caso, da cuenta de lo expuesto el hecho de que inicialmente sólo fueran objeto de publicidad los derechos susceptibles de hipoteca. Por el contrario, en aquellos países en los que se retrasa su regulación, en sus textos legales se aborda la publicidad de todos los derechos reales, si bien es de apreciar que con distinta intensidad, lo que se refleja en la denominación de los mismos, que con frecuencia se presentan como leyes hipotecarias.

Ya la RO de 10 de agosto de 1855, dirigida a la Comisión de Códigos que había de elaborar la Ley Hipotecaria española, da cuenta de las preocupaciones que hemos señalado: «S. M. desea que la nueva Ley parta del principio de la publicidad de las hipotecas, publicidad pedida por las Cortes de Toledo de 1539 y por las de Valladolid de 1555 y elevada a Ley del Reino; que como incompatible con aquella condición no se reconozcan para lo sucesivo hipotecas generales; que se establezcan formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y de los demás derechos en la cosa, y que se medite con detención sobre la conveniencia o inconveniencia de suprimir las hipotecas legales...».

En España las Contadurías de hipotecas fueron creadas por Real Pragmática-Sanción de Carlos III, de 31 de enero de 1768, entonces llamadas Oficio de Hipotecas.

exigencia de la inscripción para la efectividad de su transmisión o constitución, principalmente para aquellos supuestos en los que la mutación jurídico real tenía su origen en un negocio *inter vivos*²⁰. Y la solución no era fácil de implantar, pues requería prescindir de la tradición romana del título y el modo para la transmisión de los derechos reales.

A partir de ahí el debate del modelo de sistema registral se amplía a todos los derechos reales, y ello sin que se hubiera solucionado la cuestión relativa a la hipoteca. De nuevo aquellas ciudades o Estados que no tenían tradición en este sentido, que eran las que se regían en mayor o menor medida por el Derecho romano, la adopción del principio que hoy identificamos como de inscripción constitutiva, y que entonces se denominaba de publicidad, se encontró con notables resistencias, como ocurrió en Francia con la Ley de Brumario del año VII, que tan decididamente había incorporado «la publicidad germana», a pesar de las dudas que la doctrina tenía al respecto²¹, y que tras la entrada en vigor del *Code*²² los Tribunales de justicia dejaron de aplicar. Dicha laguna no se integró, como hubiera sido deseable, con un nuevo régimen de publicidad que atendiera a las necesidades sociales, siendo así que la situación se volvió realmente grave; y por la permisividad, además, de dicho texto normativo con las hipotecas legales de la mujer casada y del menor de edad. Del régimen anterior sólo se salvó la inscripción de las hipotecas voluntarias y la insinuación de las donaciones. También se mencionaba un procedimiento de purga. Por el contrario, no se aludía a la transcripción para lograr el efecto traslativo respecto del acto de disposición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Pero la publicación del *Code* introdujo en el debate una cuestión nueva, que supuso un paso atrás en la evolución del sistema de publicidad francés, al establecer, en el artículo 1583, la eficacia transmisiva del acuerdo contractual sin necesidad de tradición ni transcripción, por la influencia, como se

²⁰ Este es el criterio que preside la obra de ODIER, que clasifica a los sistemas hipotecarios en germanos, de inscripción constitutiva, y mixtos, que siguen el patrón del Código francés, que combina la inscripción con el nacimiento extraregistral de los derechos, *Des systèmes hypothécaires*, *cit.*

²¹ La citada ley, a juicio de ODIER, consagra el principio de publicidad que se realiza por la transcripción del acto traslativo de propiedad, artículo 26: no era considerado propietario más que aquél que había hecho esta transcripción, de tal forma que hasta el cumplimiento de esta formalidad dichos actos no podían ser opuestos a terceros, *Des systèmes hypothécaires*, *cit.*, p. 76. La duda sobre su vigencia se había planteado en el plano doctrinal, pues la jurisprudencia fue constante en el sentido de su derogación. TROPLONG, *Droit civil expliqué*, *cit.*, pp. 5 ss.

²² Ello se refleja en el debate parlamentario del *Code* en los títulos dedicados a la hipoteca y a la eficacia de la compraventa, FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, pp. 5 ss., t. XV, pp. 448 ss.

ha dicho, de la escuela racionalista, si bien su efecto, según se precisa, se limita al adquirente, no mencionándose a los terceros, con lo que parece entonces que el Código dejaba una puerta abierta a una publicidad registral²³, al menos, en términos parecidos a como se había abordado en la Ley de Brumario del año VII²⁴. Pero habrá que esperar a 1855 para que se consolide a nivel legislativo una solución al respecto que, como es sabido, viene con el pie forzado de la opción que ya se había hecho en el *Code*.

Y la tensión expuesta también se refleja en la normativa prusiana, que opta en el Código por una solución ecléctica. Tras algunas experiencias previas de organizar la publicidad fundiaria, ésta se plasma definitivamente en la Ordenanza de Federico II, de 20 de diciembre de 1782, y en el Código Civil de 1794, que reproduce y desarrolla a la anterior.

En la mencionada Ordenanza se sigue el sistema de la transcripción de los actos (art. 156), que se impone como una obligación a los interesados (art. 49); para proceder a la misma se requiere forma auténtica, otorgada por el tribunal, o por notario (art. 60); finalmente, las fincas son objeto de inscripción en el folio real correspondiente (art. 8). En cuanto a los efectos, la transcripción concede únicamente una posición inatacable para el adquirente del bien cuando éste ha sido adquirido por venta forzosa (art. 93); o cuando el bien ha sido objeto de un procedimiento especial dirigido a la purga de cargas, artículos 94 a 101.

Como complemento de lo anterior, están las disposiciones sobre la transmisión del dominio y los demás derechos reales que se contienen en el Código General. Como pone de manifiesto Oliver²⁵, en su elaboración se sigue un criterio ecléctico que conjuga

²³ Dicho cuerpo legal exigía respecto a las donaciones de bienes susceptibles de hipoteca su inscripción en el Registro de hipotecas, disponiendo al efecto en el artículo 941 que la falta de publicación podrá ser opuesta por aquellas personas que tengan interés, excepto por las que están obligadas a su publicación, sus causantes o el donatario; en la misma línea el artículo 1070. En otra norma, la del artículo 938, la donación debidamente aceptada se consideraba perfecta por el solo consentimiento de las partes, y la propiedad de los objetos donados se trasmítia al donatario sin necesidad de otra tradición. Todo ello unido al artículo 1583, relata TROPLONG, llevó a la doctrina a sostener la necesidad de la transcripción, regulada hasta entonces por la Ley de Brumario del año VII, por entender que no había sido excluida formalmente por el *Code*, en contra del criterio de la jurisprudencia que había establecido lo contrario, *Droit civil expliqué*, cit., pp. 7, 299 y 300.

²⁴ El proyecto del Código Civil sometido al Consejo de Estado comprendía en el c. VIII, t. XVIII, I. III, un artículo 91 en el que se establecía que los actos traslativos de la propiedad que no han sido transcritos, no pueden ser opuestos a terceros que no hayan contratado con el vendedor y que sean conforme a las disposiciones del Código. Dicho artículo no fue incluido en la redacción definitiva aunque no fue expresamente rechazado, como ponen de manifiesto HENRI Y LEÓN, MAZEAUD, Jean MAZEAUD, FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de Droit civil*, t. III, V. 1, París, 1988, p. 576.

²⁵ *Derecho inmobiliario español*, cit., pp. 116 ss.

los principios romanos, del título y el modo, y los de la publicidad a través de la transcripción; de tal forma que existen dos tipos de propiedades: la mediata, que se transmite por la tradición, y la inmediata, objeto de transcripción. En cuanto a esta última, su acceso al Registro lleva aparejada importantes consecuencias, como la posición inatacable que concede al que adquiere del titular registral frente a la reivindicación del verdadero propietario, o por su habiente en derecho (art. 8); se resuelve así la colisión entre todos los pretendientes sobre una cosa a favor del que derivando su derecho del titular inscrito procede a inscribir, y si todos traen causa de dicho titular a favor del que primero inscriba. Finalmente, se requiere a este tercero la buena fe, al excluir de su protección a aquél que sabe que el propietario inscrito no es el verdadero dueño (art. 10).

Como se puede observar, estas dos disposiciones se sitúan todavía en la órbita de la transcripción y sus efectos frente a terceros²⁶, pues no llegan a consolidar la inscripción constitutiva, aunque amplían el conjunto de problemas a resolver, como el del adquirente que trae causa de un titular registral, y perfilan una serie de requisitos, como la forma auténtica con control judicial o notarial y el folio real, que apuntalan un sistema de publicidad de fe pública.

El paso adelante lo dio el Proyecto de Ley del Cantón de Ginebra, de 1826, del que se ha afirmado su influencia en el sistema español²⁷. En su redacción participó muy decididamente el jurista Bellot, al que le debe el nombre. Por circunstancias internas del pequeño Cantón nunca llegó a aplicarse²⁸.

Cifra Odier²⁹ en dos los objetivos de la reforma que se pretendía: que la propiedad del inmueble pertenezca realmente al deudor hipotecario y que todas las cargas sean conocidas, para lo que se aporta como solución la certidumbre y publicidad de la cualidad de propietario. En este sentido, se dispone en el artículo 1 que ningún derecho real sobre inmueble será considerado como tal si no es

²⁶ Es otra la opinión de OLIVER, valorando las disposiciones del Código: «A pesar de las concesiones hechas a las doctrinas romanistas y canonistas, es indudable que en los autores del Código de Prusia predominaba el propósito de atribuir a la inscripción el carácter absoluto de un verdadero y único modo de adquirir la propiedad inmueble», *Derecho inmobiliario español*, t. I, cit., p. 120.

²⁷ Dicho proyecto es mencionado como inspirador de nuestra Ley Hipotecaria por OLIVER, *Derecho inmobiliario español*, t. I, cit., p. 92, y por DÍEZ PICAZO, «Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias», *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, t. I, Madrid, 1974, p. 13.

²⁸ Sobre dicho proyecto escribe ODIER: «Le projet de loi de décembre de 1827 devait doter de plus beau système hypothécaire qui, à cette époque, eut été sactionné dans aucun autre pays de l'Europe», *Des systèmes hypothécaires*, cit., p. 26.

²⁹ *Des systèmes hypothécaires*, cit., pp. 137 ss.

hecho público en la forma prescrita en la Ley, siendo la inscripción, en el Registro creado al efecto, el medio de alcanzar esa publicidad³⁰, de forma que se establece la inscripción constitutiva. Para el acceso al Registro se requiere la presentación de un título formal (art. 3). Con este valor, la inscripción del derecho sirve para dirimir el conflicto entre varios adquirentes de un mismo bien (art. 48)³¹, o entre los titulares de derechos reales y el adquirente (art. 50)³². A tal fin, se dispone en el artículo 54 que ninguna mutación de la propiedad o constitución de derecho real sobre inmueble serán admitidas a inscripción si el título de propiedad del que traen causa no está ya inscrito. Junto al Registro de derechos se crea el Catastro, al que se dará traslado las diferentes inscripciones³³. A partir de la inscripción constitutiva, que se inserta en el proceso de transmisión de los derechos reales, se apuntan también algunas soluciones que con el tiempo conformarán los principios de la fe pública registral.

Ante el fracaso del proyecto de 1826, se dictaron varias disposiciones, entre las que cabe resaltar la Ley de 28 de junio de 1830, que imponía la obligación de proceder a la transcripción en los Regis-

³⁰ Estos artículos son modificados en los debates de la Comisión del Consejo representativo celebrados en los años 1828 y 29, por un único artículo en el que se disponía: «La publicité des droits réels sur les immeubles situés dans le Canton, s'acquiert par l'inscription dans les registres du bureau des droits réels». Con ello se suaviza la exigencia de la inscripción, ya que no se hace depender de ella el nacimiento del derecho real.

³¹ Está situado este artículo en el c. III, sobre los efectos de la inscripción, y dispone: «En cas de concurrence de plusieurs alienations du même immeuble, le droit réel de propriété appartiendra à l'acquéreur dont le titre aura été le premier présenté à l'inscription, lors même qu'il serait postérieur en date». Según pone de manifiesto ODIER, dicho precepto fue modificado por la Comisión del Consejo representativo, que sustituyó la primera frase, por otra que decía: «En cas de concurrence de plusieurs alienations du même immeuble faites par une même personne, le droit réel...», *Des systèmes hypothécaires*, *cit.*, p. 16. Esta alteración, que afecta a los artículos 1 y 2, expuesta en la nota anterior, asimila el Proyecto al modelo que se consagra en la Ley francesa de 1855.

Respecto a la redacción originaria, SAINT JOSEPH, al hilo de su comentario sobre el sistema de publicidad del *Code*, ya había propuesto, de *lege ferenda*, que se siguiera el sistema del Proyecto de Ginebra expresado en el artículo 48, junto a otras referencias de Derecho comparado, como la del Código de Dos Sicilias, de las Islas Ioniennes, así como el Código de la Luisiana, *Concordance entre les Lois Hypothécaires étrangères et françaises*, París, 1847, p. XXX.

³² «Toute constitution d'autre droit sur l'immeuble aliéné, consentie par le précédent possesseur postérieurement à l'aliénation, aura son effet, et pourra être inscrite tant que l'acquéreur n'aura pas présenté son titre à l'inscription». Es muy significativa también la disposición que se contiene en el artículo 51, que permite al primer adquirente despojado atacar la nulidad del acto posterior, cuando se pruebe que el segundo adquirente había conocido la disposición anterior.

³³ Señala DÍEZ PICAZO algunos preceptos que pueden tener un claro origen en algunos que se encuentran en nuestro Derecho: el principio de titulación pública, artículos 4 y 5; la forma de descripción de los inmuebles, artículo 11; las reglas de prescripción *secundum tabulas y contra tabulas*, artículos 14 y 15; la inscripción de las sentencias y resoluciones judiciales que decretan el secuestro de inmuebles, los embargos inmobiliarios o que establecen hipoteca legal en favor de los arquitectos y constructores; o la extensión objetiva de la hipoteca. «Los principios...», *cit.*, pp. 22 y 23.

etros públicos de los actos voluntarios o de origen judicial de transmisión *inter vivos* de la propiedad, bajo la pena para todo adquirente de no poder oponer a terceros la cualidad de propietario³⁴. Se sustituye pues la inscripción constitutiva por la transcripción con el efecto de la inoponibilidad, solución que después veremos se establece en el Derecho francés.

Pero antes aparece en la Ley belga de 16 de diciembre de 1851, cuyo artículo 1, disponía: que los títulos que sujetos al Registro no hayan sido inscritos, no podrán oponerse a tercero que hubiere contratado sin fraude, con lo que se adelanta la solución francesa como no podía ser de otra forma, ya que en aquel tiempo estaba vigente en dicho país el Código francés, si bien introduce un requisito que no estará presente en aquélla. Se perfila, igualmente, un régimen de publicidad, que se caracteriza por organizarse a través del folio personal, que desconoce el trato sucesivo, el control de legalidad de los títulos inscritos y, evidentemente, la fe pública registral.

Francia, que tenía pendiente elaborar la publicidad registral, la aborda tras la inflexión que supuso el Código Civil, lo que explica en gran medida la imperfección de su sistema registral. El valor de tal cuerpo legal y su olvido de un sistema de publicidad, propició que cuando ésta se abordó se hiciera ya con el pie forzado de una realidad normativa existente, y el apremio de unas necesidades sociales y políticas que lo reclamaban.

La Ley de 1855 vino a completar el *Code* en lo referente a los actos de enajenación *inter vivos* de los derechos reales. En esta línea el artículo 3: «Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois»³⁵. Se estableció, así pues, que éstos sólo se transmitían plenamente, con eficacia *erga omnes*, cuando el adquirente transcribe en el Registro el título de adquisición, con lo que a éste último se le protege frente a otras enajenaciones del disponente que no hayan sido transcritas. Para ello contaba con un aliado importante en el *Code*, concretamente con los preceptos antes mencionados sobre la transmisión del dominio en la compraventa y en la donación. Igualmente, la solución propuesta

³⁴ ODIER da cuenta también del Proyecto de Ley sobre derechos reales, de diciembre de 1827, que establecía la inscripción constitutiva para toda mutación de la propiedad inmobiliaria, incluso la que debía su origen a la sucesión *mortis causa*, *Des systèmes hypothécaires*, *cit.*, pp. 140 y 143.

³⁵ A partir de esta norma, tal como especifica TROPLONG, la transmisión de la propiedad se rige por un doble principio: entre las partes resulta del consentimiento, respecto de terceros ésta no existe más que desde la transcripción del título, *Droit civil expliqué*, *cit.*, p. 301.

venía a ser un complemento del sistema adoptado en dicho cuerpo legal de eficacia traslativa del convenio, que podía quedar totalmente oculto a los terceros.

Como afirma Gordillo, «En torno, pues, al específico conflicto suscitado en el tráfico entre los adquirentes sucesivos de un mismo vendedor o *causam dans*, se organiza un sistema de publicidad en el que, sobre todo, y tras el acto adquisitivo, se garantiza al adquirente la conservación de su derecho con solo proceder, él el primero, al depósito de su título en la oficina del Registro para su transcripción en el mismo»³⁶. La reforma operada en virtud del Decreto de 4 de enero de 1955 no altera de forma sensible el sistema, pues la misma se limita a introducir una serie de innovaciones que corrigieran los defectos que se habían puesto de manifiesto. Con este propósito, se amplían los actos susceptibles de inscripción, se impone con carácter obligatorio la publicidad de los mismos, se introduce «el efecto relativo de la publicidad», y se crea el fichero inmobiliario, entre otras innovaciones. Todo ello, como se puede apreciar, sin alterar el efecto sustantivo que caracteriza al sistema francés, cual es la eficacia de la transcripción, cuya denominación se cambia por la de publicidad, para la inoponibilidad de los derechos reales respecto a terceros.

En Prusia, por el contrario, las cosas caminan por otros derroteros con el Código sobre la Adquisición de la Propiedad y la Ordenanza sobre los Libros fundiarios o Registro de la propiedad, ambos de 5 de mayo de 1872³⁷, en los que se opta ya por exigir la inscripción para la efectiva transmisión³⁸, que se basa en el acuerdo transmisor de las partes, de naturaleza abstracta, diferente del negocio causal³⁹; con esta solución se viene a superar la dualidad de propiedades que había consagrado el Código. La inscripción con eficacia constitutiva respecto a los derechos reales que tienen un origen voluntario se rodea, en consecuencia, de las máximas garantías, lo que por otro lado parecía lógico en las comunidades en las que se implantó, que eran las germanas, que contaban ya con

³⁶ «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica», *ADC*, 1994, p. 48.

³⁷ DÍEZ PICAZO manifiesta al respecto que lo que conocemos en la actualidad como principios germánicos se consagran en esta Ley, «Los principios...» *cit.*, p. 11.

³⁸ Este principio había sido consagrado ya en el Código austriaco de 1811, artículo 432, también en Mecklembour-Schwerin en 1829, en el Gran Ducado de Hesse, en 1830, en Holanda, en 1834; y en algunos Cantones de la Federación Suiza, Odier, *Des systèmes hypothécaires*, *cit.*, pp. 26 ss.

³⁹ Respecto al sistema instaurado por las mencionadas disposiciones, Cossío sintetiza sus tres elementos generadores en la siguiente frase: «la publicidad absoluta engendra la de la legalidad, y el principio de legalidad, a su vez, fundamenta y justifica la doctrina de la fuerza probatoria del Registro», *Instituciones de Derecho hipotecario*, *cit.*, p. 42.

una tradición en este sentido, heredada de las prácticas feudales⁴⁰, así como con libros fundiarios organizados por fincas. Se desarrollan, pues, con cierto paralelismo estos principios, cuales son: el de legalidad y el folio real, que van conformado lo que más tarde sería el sistema germánico, en contraposición al francés⁴¹.

Así pues, la publicidad registral se centra inicialmente en el proceso transmisor, dado que es en ese momento, se piensa, cuando ésta tiene importancia para la consolidación de las situaciones jurídicas derivadas de dichos actos, y para la solución del conflicto de intereses que pudiera surgir entre los distintos titulares de derechos sobre el inmueble, pero no se puede obviar que una vez que los derechos han accedido al Registro no están exentos de efectos.

Los sistemas que optan por una inscripción con eficacia constitutiva para los derechos, precedida del negocio causal, o aislada del mismo, y que exigen un cierto rigor en el control de la inscripción, solucionan en ese momento el conflicto de pretensiones entre los que se creen con derecho sobre la cosa; por el contrario, aquellos que se separan de ese tipo de solución, como el francés, optan por concebir la inscripción como presupuesto de su eficacia frente a los terceros, lo que viene facilitado por la misma redacción del *Code*. Con estas dos soluciones se aborda el problema que tanto había preocupado de las sucesivas disposiciones sobre un mismo bien o derecho por su titular y el conflicto entre los sucesivos adquirentes.

Ahora bien, una vez que los derechos accedían al Registro, se podían presentar frente a sus titulares y los adquirentes que de ellos traían causa otro tipo de problemas, que se referían a quiebra de confianza en lo publicado cuando un no inscrito hacía valer su derecho por causas que no constaban en el mismo. Para solventarlos se recurrió a la legitimación registral y a la fe pública, que se consagran definitivamente en el *BGB*.

Con el precedente del Derecho prusiano, en el que ya se había patentizado la influencia de la pandectística en la configuración del modelo de transmisión de los derechos reales a través de la formu-

⁴⁰ Pone de manifiesto ODIER cómo en algunos Estados o ciudades esta práctica estaba extendida; así, en Polonia y el Gran Ducado de Lituania, que regía desde 1575 y 1588, respectivamente, también en Württemberg, *Des systèmes hypothécaires*, cit., pp. 21 ss.

⁴¹ ODIER señala como características del sistema alemán de publicidad: que los derechos no se adquieren ni se conservan más que con la inscripción del propietario o del acreedor en el Registro general de las propiedades fundiarias; que dicho sistema, en el que cada propietario con todos los derechos que recaigan sobre el fundo tiene una cuenta abierta en el Registro público de inscripción, supone necesariamente una delimitación exacta y rigurosa de todos los inmuebles, así como de sus particiones y divisiones sucesivas; que el mismo admite la inscripción provisional, bajo la forma de prenotación; finalmente, que la llevanza de los libros del Registro se confía generalmente a los Tribunales. *Des systèmes hypothécaires*, cit., pp. 28 ss.

lación del acuerdo abstracto traslativo desligado del negocio causal, se elaboró el sistema de publicidad que fue recogido en el BGB (parágrafos 873 a 902) en los aspectos sustantivos, y en la Ordenanza del Registro (*GBO*), de 24 de marzo de 1897, reformada parcialmente con posterioridad en los aspectos formales. En el mismo se consagra definitivamente lo que hoy se conoce como el sistema alemán de publicidad, en contraposición al francés. Ocurre, sin embargo, que cuando este modelo se consolida de manera definitiva, ya se había elaborado la Ley Hipotecaria española, y el CC había perfilado los criterios que debían regir la transmisión del dominio y demás derechos reales, incorporando la teoría del título y el modo.

Baste por ello unas breves referencias a las principales notas que caracterizan el sistema de publicidad alemán. Parte dicho sistema, como es sabido, de la inscripción constitutiva, que va precedida del acuerdo traslativo de la partes (*Einigung*) (parágrafos 873 y 875) resucitando con ello la antigua *Auflassung* germana, a lo que se le une un control de legalidad del acto. A partir de ahí, dicha inscripción tiene como efectos más significativos los siguientes: la presunción de veracidad del Registro (parágrafo 891) de carácter *iuris tantum*, de la que se deriva el principio de legitimidad y la fe pública registral (parágrafo 892). También establece el folio real, el tracto sucesivo, la atribución del Registro a los Tribunales de Justicia, que desarrollarán el principio de legalidad, al que hemos hecho referencia.

Por el contrario no llega a tanto el sistema de publicidad suizo, inscrito en la órbita del sistema alemán, del que le separa, sin embargo, algunas notas no escasas de trascendencia, y que dan una idea de las diferentes posibilidades en las que se podían concretar unos mismos principios. El mismo se formula en el CC de 10 de diciembre de 1907 y en la Ordenanza sobre el Registro inmobiliario de 22 de febrero de 1910. Se asienta dicho sistema, al igual que el alemán, en la inscripción constitutiva, pero se aleja del mismo en el modelo que sigue respecto al sistema transmisor de los derechos reales sobre bienes inmuebles que traen causa de un negocio *inter vivos*, que no es otro que el del título y el modo, siendo este último para los que recaen sobre bienes inmuebles la inscripción en el Registro, unido por la relación de causalidad con el título o negocio, que le sirve de fundamento. Como efectos sustantivos del Registro son de destacar la legitimación registral (art. 937 CC) y la fe pública (art. 973 CC)⁴².

⁴² Sobre dicho sistema, SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la propiedad en el CC suizo comparado con el Derecho español*, Madrid, 1934. Su importancia también fue resaltada por Jerónimo GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1948, pp. 149 ss.

Los sistemas registrales, que habían adoptado lo que hoy conocemos como el principio de legalidad estaban, entonces, en condiciones de afirmar la exactitud del Registro, como fundamento de la legitimación registral y de la fe pública.

De lo dicho se deduce que existen dos efectos que se han opuesto como antitéticos, el de la inoponibilidad y el de la fe pública, siendo así que ambos se refieren a momentos diferentes y a cuestiones bien distintas: el primero resuelve un problema de eficacia de la trasmisión y se sitúa en la órbita del proceso transmisor, como una solución diferente a la inscripción constitutiva y al título y el modo, y se refiere a los problemas que surgen en la doble transmisión del titular; y el segundo se coloca en el plano de los efectos del Registro respecto a los terceros que confían en la apariencia creada, y que sólo se puede conceder en aquellos sistemas registrales que han rodeado la inscripción de las suficientes garantías que coloquen al Registro en condiciones de exactitud suficiente para que la implantación de este efecto no distorsione gravemente el tráfico jurídico; entiéndase los que tienen inscripción constitutiva, o como el nuestro, que también se rige por el principio de legalidad. A ello contribuyen otros aspectos del Registro, como el folio real y los procedimientos de inmatriculación de la finca, que desde el principio aparecen en los sistemas germanos gracias a los precedentes que dicho sistema tenía en las prácticas de algunas ciudades.

Todas estas cuestiones estaban presentes al tiempo de elaboración de nuestra Ley Hipotecaria, sin que estuvieran definitivamente resueltas en el plano legislativo y en el doctrinal, lo que se acusa sobremanera en su redacción. Se puede decir que por el tiempo en el que se elaboró, fue lo suficientemente prematura para adoptar soluciones que fueron surgiendo con el paso del tiempo, y fue lo suficientemente tardía para recoger en su texto los frutos de algunas experiencias legislativas o las aportaciones de la doctrina al respecto. Pero estas cuestiones se fueron decantando con posterioridad y su resolución fue conocida sin duda por los redactores de nuestro CC y de las modificaciones de la Ley Hipotecaria española.

3.2 Una segunda incursión en la historia registral: La Ley Hipotecaria española y sus sucesivas reformas

En el debate que aún se mantiene sobre los efectos del Registro de la propiedad español respecto a los terceros, se han utilizado con gran profusión los datos históricos, esencialmente aquellos que

se refieren al proceso de elaboración de la Ley Hipotecaria de 1861 y de las sucesivas reformas de las que ha sido objeto hasta la de 1944, así como el TR de 1946, actualmente en vigor⁴³.

También ha sido cuestión muy debatida por la doctrina la influencia de los sistemas registrales europeos en la elaboración de nuestra Ley Hipotecaria⁴⁴, en la búsqueda de un patrón que explique nuestro modelo de publicidad diseñado por la Ley de 1861. Las opiniones expresadas al respecto han sido muy dispares, pues todos estos sistemas parecen que eran conocidos directamente por los juristas de la época y, más concretamente, por los miembros de la Comisión de Códigos por las obras de Odier⁴⁵ y Saint Joseph⁴⁶.

No es éste el momento de reproducir la evolución del Derecho registral español, que ha tenido excelentes exposiciones en obras como la de Oliver⁴⁷, Gómez de la Serna⁴⁸, Nuñez Lagos⁴⁹, o más recientemente García García⁵⁰; sí, acaso, el de resaltar aquellos datos que pueden revestir mayor interés para el estudio que se pretende. El punto de partida es la EM de la Ley de 1861, que se manifiesta acerca del valor de la inscripción⁵¹: «Según el sistema de la

⁴³ Son muchos los estudios de la publicidad registral que se asientan en el análisis de la trayectoria histórica de nuestro sistema, en este sentido TIRSO CARRETERO afirma que a la luz de la historia resulta fácil ver por qué en nuestra Ley Hipotecaria hay dos terceros con distinto juego y distintos requisitos, «Retornos al CC», *cit.*, p. 89; incluso en trabajos más recientes, como el de MARTÍNEZ SANTIAGO, «En torno a la publicidad registral inmobiliaria», *RCDI*, 1998, pp. 119 ss; o en el de GORDILLO CAÑAS, «¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema», *cit.*, pp. 3892 ss.

⁴⁴ El interés por el Derecho comparado se justifica en gran medida por la novedad que representaba para los juristas de la época la materia que nos ocupa, de la que se carecía del suficiente bagaje legislativo y científico. Quizás por ello, en el encargo que se le hace a la Comisión de Códigos para elaborar el proyecto de Ley Hipotecaria, se le recomienda que tengan en cuenta las experiencias extranjeras en este sentido.

⁴⁵ La obra de ODIER, como su título indica, es una exposición resumida de los sistemas hipotecarios entonces vigentes en Europa y Norteamérica, que clasifica en tres grupos: el germánico, presidido por los principios de publicidad y especialidad; el romano, de hipotecas ocultas y generales; el mixto, que sigue el patrón francés, que combina uno y otro. Incorpora también el texto del Proyecto de Ley del Cantón de Ginebra de 1827. *Des systèmes hypothécaires*, *cit.*,

⁴⁶ La obra de este autor es más completa, ya que la acompaña con distintos textos legales, a los que le precede una interesante introducción; *Concordance entre les Lois Hypothécaires étrangères et francaises* *cit.*

⁴⁷ *Derecho inmobiliario español*, *cit.*, También, MORELL Y TERRY, *Legislación hipotecaria*, Madrid, 1917.

⁴⁸ *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, t. I, *cit.*

⁴⁹ «El Registro de la propiedad español», *cit.*, pp. 173 ss, y «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *cit.*, pp. 573 ss.

⁵⁰ *Derecho inmobiliario registral hipotecario*, tt. I y II, Madrid, 1993.

⁵¹ Sobre el valor de esta EM se pronuncia su autor GÓMEZ DE LA SERNA: «Los motivos de la Ley, no son la Ley, aunque sirven grandemente explicarla y facilitar su inteligencia. Su autoridad es meramente doctrinal, si bien muy fuerte bajo este concepto, porque dimana de los mismos que han formado el proyecto de ley, y que son tan competentes para exponer las razones que lo han movido, el espíritu que los ha animado en todas y cada una de las disposiciones que han presentado articuladas. Pero no se puede confundir el valor doctrinal de estas opiniones con el legal que tendría un comentario auténtico: será sin duda

Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción»⁵².

Idea ésta que se recoge en el texto normativo del artículo 23, antecedente del actual 32: «Los títulos mencionados en los artículos 2.^º y 5.^º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero»⁵³, que a decir del Ministro de Gracia y Justicia en la presentación del proyecto al Congreso de los Diputados: si se analizaba, si se condensaba la Ley, el 23 sólo, era la Ley; era pues, a juicio de sus autores, la expresión del principio de publicidad que se quería instaurar. Sin embargo, estaba también el artículo 34: «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos y contratos que se ejecuten por persona que en el Registro aparezca con facultades para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscrito, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo»⁵⁴. Con estos dos artículos el problema estaba servido desde el principio, aunque es de destacar la presencia de otras normas que perfilaban la publicidad registral, las

de gran peso en el foro, pero no podrá forzar la convicción de los magistrados», *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, t. I, *cit.*, p. 182.

⁵² Se debe tener en cuenta que la base 52 del Código, modificada por la intervención de García Goyena, se expresaba en los siguientes términos: «Para que produzcan efecto en cuanto a tercero los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público». La redacción originaria de la base, debida a Luzuriaga, decía: «Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón en el Registro público».

⁵³ ESCOSURA al comentar dicho artículo señala cómo con posterioridad el artículo 1473 CC recoge esta doctrina, modificándose en este sentido la solución prevista en la doble venta en la L. L. t. V, part. V. E igualmente llama la atención sobre el hecho de que dicho artículo 23 estuviera suspenso un año desde la publicación de la Ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo 391 de la misma. Posteriormente dicho plazo fue prorrogado por Reales Decretos de 29 de diciembre de 1863, 19 de diciembre de 1865; y, así sucesivamente, hasta 31 de diciembre de 1874. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, t. II, Madrid, 1890, pp. 395 ss.

⁵⁴ En relación al mismo, afirma NÚÑEZ LAGOS que junto al 33, sólo aparece en el texto definitivo de la ley, y no en los diferentes anteproyectos elaborados por la Comisión de Códigos, «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *cit.*, p. 574.

de los artículos 25⁵⁵; 27⁵⁶; 29⁵⁷; 31⁵⁸; 35⁵⁹; y las que se contenían en los artículos 36⁶⁰, 37⁶¹, 38⁶², y en el 69⁶³, referidos todos ellos a los efectos de la inscripción y su eficacia respecto a terceros⁶⁴.

⁵⁵ «Los títulos inscritos no surtirán efecto en cuanto a tercero, sino de la fecha de la inscripción.»

⁵⁶ «Para los efectos de esta ley, se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito.»

⁵⁷ «Todo derecho real de que se haga mención expresa en las inscripciones o anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el Registro por medio de una inscripción separada y especial, surtirá efecto contra tercero desde la fecha del asiento de presentación del título respectivo.»

⁵⁸ «La nulidad de las inscripciones, de que trata el artículo precedente, no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito.»

⁵⁹ «La prescripción no perjudicará a tercero si, requiriendo justo título, no se hallare éste inscrito en el Registro. El término de la prescripción empezará a correr, en tal caso y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripción. En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común.»

⁶⁰ «Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta ley.»

⁶¹ «Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior: Primero.—Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro. Segundo.—Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes: Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito. Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude. En ambos casos prescribirá la acción al año, contado desde el día de la enajenación fraudulenta.»

⁶² «En consecuencia de lo dispuesto en el artículo 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes: Primera.—Por revocación de donaciones en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro. Segunda.—Por causa de retracto legal en la venta, o derecho de tanteo en la eniteusis. Tercera.—Por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa, si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago. Cuarta.—Por la doble venta de una cosa, cuando alguna de ellas no hubiese sido inscrita. Quinta.—Por causa de lesión enorme o enormísima. Sexta.—Por efecto de la restitución *in integrum* a favor de los que disfrutan este beneficio. Séptima.—Por enajenaciones verificadas en fraude de acreedores, con exclusión de las exceptuadas en el artículo anterior. Octava.—Por efecto de cualesquiera otras acciones que las leyes o fueros especiales concedan a determinadas personas, para rescindir contratos, en virtud de causas que no consten expresamente en la inscripción.»

En todo caso en que la acción resolutoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en este artículo, se podrá ejercitar la personal correspondiente para la indemnización de daños y perjuicios por el que los hubiere causado.»

PANTOJA y LLORET identifican a este tercero con aquel que ha adquirido de un titular registral y después vuelve a inscribir, *Ley Hipotecaria.... cit.*, pp. 241 ss.

⁶³ «El que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho, dejare de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo a su favor, en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad para trasmisitirlo.»

⁶⁴ MORELL Y TERRY, al hilo de su comentario al artículo 23, reflexiona sobre el tercero de la Ley Hipotecaria al que considera diferente del tercero civil. Al efecto afirma que desde que existe acto o contrato inscrito hay ya terceros para los efectos de dicha Ley, que viene a identificar con el que define el artículo 27, es decir, el que no ha intervenido como parte o interesado en dicho contrato o acto inscrito. Más adelante, cuando precisa el significado de tercero, identifica varios supuestos: el que no inscribe, ni interviene en el acto inscrito, con lo que su título no puede perjudicar; y el que perjudica con su inscripción a un derecho no inscrito, que debe traer causa de un derecho inscrito. Respecto a la aplicación jurisprudencial del concepto de tercero, llama la atención MORELL cómo la misma está

Si tenemos en cuenta los primeros comentaristas de la Ley podemos observar la diversidad de opiniones que ya entonces suscitaba su redacción, señaladamente la del artículo 32. Así, Gómez de la Serna⁶⁵ cita entre sus precedentes a la Ley belga⁶⁶, a la Ley francesa de Transcripción y al Proyecto ginebrino⁶⁷, Pantoja y Lloret⁶⁸ se remiten también a la Ley francesa, y Oliver⁶⁹ afirma: «A la verdad, la Comisión de Códigos, aunque dejó traslucir que los principios en que fundaba esta Ley no eran de su invención, sino que los había tomado de legislaciones extranjeras, omitió declarar cuál de éstas había merecido su preferencia. Y aunque fácilmente puede demostrarse, con lo que llevo expuesto en los capítulos precedentes, que aquellos principios son los que constituyen el sistema inmobiliario e hipotecario alemán». Un artículo, el 32, que también fue objeto de críticas⁷⁰.

En esta Ley se puede apreciar que la misma, fiel al planteamiento que se había seguido en la elaboración de un sistema de publicidad registral, aborda la cuestión del valor de la inscripción para la transmisión del dominio y demás derechos reales. Para ello se

influida de la idea de Registro como notificación de una realidad jurídica, por lo que llega a negar la condición de tercero a aquel que por otros medios tuvo conocimiento de los hechos, *Legislación hipotecaria*, *cit.*, pp. 530 ss. Por el contrario, para CALDERÓN NEIRA el tercero del artículo 27 no es el mismo que el del artículo 23, definiendo a dicho tercero como «El que ha inscrito un derecho real habiendo adquirido de persona que en el Registro aparece con derecho a trasmitir», aunque manifiesta el mencionado autor que no siempre coincide ese tercero con los supuestos previstos en la Ley; *Estudios hipotecarios*.

⁶⁵ Como precedente de Derecho patrio cita la Pragmática de don Carlos y doña Juana de 1539, si bien reconoce que aquella llegó más lejos que este artículo 23, ya que declaró la ineficacia de las escrituras no registradas entre los mismos otorgantes. *La Ley Hipotecaria comentada y concordada*, t. I, *cit.*, pp. 571 y 572.

⁶⁶ Esta opinión la mantiene en la actualidad NUÑEZ LAGOS, que justifica el conocimiento por la Comisión de este texto legal a través de GÓMEZ DE LA SERNA y su exilio en Londres con ESPARTERO, desde donde hizo frecuentes viajes a Bélgica, poniéndose en relación con los profesores de Bruselas, «El Registro de la Propiedad español», *cit.*, p. 140. Esta tesis ha sido rebatida, así como los datos históricos en los que la sustenta, por AMORÓS GUARDIOLA, «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», *cit.*, pp. 1560 ss. y por DÍEZ PICAZO, «Los principios...», *cit.*, p. 18.,

⁶⁷ En la actualidad también mantiene esta opinión DÍEZ PICAZO, «Los principios...» *cit.*, pp. 3 ss.

⁶⁸ Al respecto afirman que la ley ha establecido que los títulos no tendrán eficacia sino desde la fecha de inscripción, no causando hasta entonces perjuicio a tercero, supuesto que concreta en la doble venta, manifestando a continuación que este artículo es la consecuencia de la tradición romana y la inscripción germánica, *Ley Hipotecaria comentada y explicada, concordada con las leyes y Códigos extranjeros*, Madrid, 1861, pp. 224 y 225.

⁶⁹ Y cita al efecto la intervención del Ministro de Gracia y Justicia cuando presentó el Proyecto de Ley a la deliberación de las Cortes, en el que se afirmaba que había en la misma mucho del sistema alemán: acaso con el tiempo haya más todavía, OLIVER, *Derecho inmobiliario español*, t. I, *cit.*, p. 390.

⁷⁰ MORELL y TERRY en el comentario a este artículo afirma al respecto que el mismo constituye un gran error, induce a confusión en las relaciones jurídicas, que las separa en dos grupos, uno regido por el Derecho civil, otro el Derecho hipotecario, sin utilidad práctica ninguna, sin fundamento serio, *Legislación hipotecaria*, *cit.*, p. 529.

representa el problema de la doble venta, o de las cargas ocultas, esencialmente la hipoteca, a las que hace alusión en la EM, para solucionarlo en los términos ya expuestos: si se inscribe la compra-venta se traspasa la propiedad respecto a todos. Pero ya en esta Ley se abordan otros aspectos de la publicidad respecto a los terceros, citados anteriormente: a esta idea responden muy directamente artículos como el 36, el 37, o el 38 que por los supuestos que regulan se refieren al tercero que adquiere de un titular registral. Por esta razón, no deja de ser llamativo que el último artículo citado, el 38, en el que se regula la ineficacia de los contratos respecto al tercero titular inscrito, se menciona en el apartado cuarto: la doble venta de una cosa, cuando alguna de ellas no hubiese sido inscrita⁷¹. Los demás artículos de una u otra forma aluden al tercero, sobre el que se aporta una definición en el artículo 37.

Con todo lo dicho, parece que nuestro sistema registral se orientaba entonces a la protección de los terceros que accedían al Registro, con un cierto grado de imprecisión sobre los requisitos que debía reunir, de tal forma que cabe entender que se podía referir al tercero que primero inscribía, como a aquel que traía causa de un titular inscrito. Respecto a esto último la adopción del folio real, la regulación de los procedimientos de inmatriculación, así como el principio de legalidad, que identificaban al modelo que se perfilaba entonces en los territorios germánicos, le permitían establecer efectos típicos de la fe pública registral. Y nos parece que a todos estos terceros se refería el artículo 32, que como dijo el Ministro, era toda la Ley; en el mismo se quería resumir cuantas disposiciones estaban destinadas a los terceros. No parece que una valoración tan contundente de este precepto dejara fuera disposiciones tan novedosas como la del 34, que fue objeto de un importante debate doctrinal, o la de los artículos 35 a 38, por citar las más significativas.

Desde esta perspectiva cabe calificar nuestro sistema hipotecario como alemán o germánico, pues en el mismo se había establecido la inscripción constitutiva de la hipoteca, el principio de legalidad, el folio real y la fe pública registral; si bien en el artículo 32, según la EM, se consagrara la inscripción como presupuesto de inoponibilidad de lo inscrito, propia del Derecho francés. Pero este efecto, como hemos dicho, en aquel tiempo también era considerado como manifestación del principio de publicidad que tenía una raíz germana, solo después, y sobre todo cuando se consagra en la Ley francesa, junto a otros aspectos que conforman su sistema registral, empieza a configurarse como un modelo diferente de

⁷¹ *Vid.* nota 62.

aquej que significó por excelencia la publicidad registral, es decir, el que tenía sus raíces en el Derecho germánico.

El sistema descrito no se agota ni se consolida definitivamente en esta Ley, sino que, por el contrario, sufre una significativa evolución de la que se puede destacar como hitos más significativos: la publicación del CC, que regula con carácter general para nuestro Ordenamiento la transmisión de los derechos reales; y las reformas LH de 1909 y 1944, que consolidan el modelo de sistema registral que debía regir en nuestro país; fruto de la última será el TR de 1946, al que haremos referencia. Junto a estas dos reformas, la primitiva LH fue objeto de otras modificaciones, que también mencionaremos.

En este sentido es de destacar la Ley de 21 de diciembre de 1869 que reformó, entre otros artículos, el 23⁷² y el 34⁷³, a los que se les incorporó nuevos párrafos, que no alteraron su significado. Con posterioridad, la Ley de 17 de julio de 1877 afectó también a los artículos citados, aunque en este caso con distinto signo, pues mientras que al artículo 23 sólo se le añadió un nuevo párrafo⁷⁴, el segundo de ellos, el 34, fue objeto de nueva redacción, en la que se suprimió el término tercero y se le sumó el requisito de la onerosidad de la adquisición⁷⁵.

Así estaban las cosas cuando se procedió a la elaboración del CC. En el primer Proyecto de Ley de Bases, de 1881, se proponía que la Ley Hipotecaria permaneciese vigente (Base 2.^a), sin perjuicio de que se llevaran al CC preceptos sustantivos; por el contrario, en el segundo Proyecto, de 1885, ya no se incluye a la mencionada Ley entre las leyes especiales, aunque se hacen algunas referencias a la misma en algunas de sus Bases, encargándosele a Oliver la redacción de los Títulos correspondientes al Registro de la Propiedad y al derecho y contrato de hipoteca⁷⁶, sin que tal

⁷² A este artículo se le añadió un nuevo párrafo con la siguiente redacción: «La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia o legado no perjudicará a tercero si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma».

⁷³ Esta norma recogió un nuevo supuesto de aplicación: cuando la notificación se hubiese hecho saber a las personas que en los veinte años anteriores hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes y no hubieran reclamado contra ella en el término de veinte días; regulando a continuación el procedimiento para hacer efectiva tal notificación.

⁷⁴ En el mismo se decía: «Exceptuándose los casos de herencia testada o intestada, mejora o legado, cuando recaiga en herederos necesarios», con lo que se vino a completar el supuesto del actual artículo 28 Ley Hipotecaria.

⁷⁵ «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos que se ejecuten o contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anteriormente inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.»

⁷⁶ El encargo fue hecho por RO de 11 de noviembre de 1886. La razón por la que no se incorporaron estos títulos al CC la da el mismo OLIVER, cuando afirma que los proyectos por él elaborados envolvían la reforma de preceptos importantes LH, y por lo tanto iban a

iniciativa llegara a prosperar, por lo que se optó, como es sabido, por recoger en cuatro artículos algunas disposiciones referidas al Registro de la Propiedad, de las que cabe resaltar la contenida en el artículo 606 que reproduce el actual artículo 32 del que es su precedente, como se ha dicho, el 23, antes aludido; y el 608, que se remite, en lo demás, a la Ley Hipotecaria que permanece vigente.

Por su parte en la Ley de Bases de 1 de mayo de 1888 del CC no contiene más que escasas referencias a la publicidad registral; lo mismo ocurre en el texto articulado, que alude en algunas de sus disposiciones al Registro de la Propiedad. Así, por resaltar en este momento las más significativas, está el artículo 1473, sobre la doble venta, que en su apartado segundo, atribuye la propiedad al que primero la haya inscrito en el Registro; también, el artículo 1537, sobre la compraventa, que sujeta lo dispuesto en el título correspondiente a lo que determina la Ley Hipotecaria; o el artículo 1124, que menciona a los terceros adquirentes con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria; sin contar con las disposiciones referidas a la hipoteca que reproducen la eficacia constitutiva de la inscripción, artículo 1875, dejando vigente para este derecho a la Ley Hipotecaria a la que se remite expresamente en el artículo 1880.

Con todo, lo más importante del Código en el tema que nos ocupa es la regulación de la transmisión *inter vivos* de los derechos reales, que sigue la teoría del título y el modo, como revela el artículo 609 y concordantes, sin ningún tipo de limitación respecto de terceros, es decir, con eficacia *erga omnes*. Ello a pesar de que el artículo 606 reprodujera entonces el antiguo artículo 23, pues su inclusión en el Código respondía a ese significado emblemático de la LH, en el que se expresaba la filosofía del sistema registral, de protección de terceros. En todo caso, sobre esta cuestión volvaremos más adelante. Baste señalar en este momento que no se encuentra en nuestro Código una declaración como la que contiene el artículo 1583 del *Code* sobre los efectos de la compraventa, ni una disposición como la que regula la donación. Por el contrario, está el artículo 348.2 sobre la acción reivindicatoria, entre otros.

Precisamente las reformas introducidas en el CC propiciaron, entre otros motivos, una nueva modificación de la LH, materializada en la Ley de 21 de abril de 1909, en cuya DT 6.^a se autorizaba al

crear entre el Derecho hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común y el Derecho hipotecario de las provincias aforadas antagonismos que, a juicio de la Comisión, no se conciliaban con la Base de la Ley de 1888, ni se podían admitir en detrimento de la potestad que el Estado tiene, y sin menoscabo de la unidad de ciertas materias. Añadiendo a continuación que no había llegado el momento de reformar la LH, *Derecho inmobiliario español*, t. I, *cit.*, p. 392. También en MORELL Y TERRY, *Legislación hipotecaria*, *cit.*, p. 780.

Gobierno para que en el término de nueve meses hiciera una nueva edición oficial de dicha LH, que recogiera estas últimas modificaciones, suprimiera los artículos derogados por el Código y armonizara los restantes, cuyo resultado fue la LH de 16 de diciembre de 1909. Al efecto se debe tener presente que al tiempo de elaboración de esta última reforma, ya se había publicado el BGB, que contenía el derecho sustantivo del sistema inmobiliario registral⁷⁷.

En dicha reforma no se modifican los artículos 23 y 34 a los que estamos haciendo referencia. Sin embargo, aparecen nuevos efectos de la inscripción que responden a lo que se conoce como el principio de legitimación registral, en el artículo 41, que establece la presunción de posesión a favor del titular inscrito; y en el 24, que impide el ejercicio de acciones contradictorias del titular registral, sin que previamente o la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción, en el sentido del actual artículo 38 de la LH.

Y hay que dar un salto histórico, hasta el año 1944, para encontrarnos de nuevo con modificaciones de los artículos que analizamos. La Ley de 30 de diciembre de 1944 concreta en su EM las características de la reforma que introduce en tres ideas: una más acusada protección de los derechos inmobiliarios inscritos; una creciente flexibilidad en el régimen hipotecario; y una mayor facilidad para mantener el adecuado paralelismo entre la realidad jurídica y el Registro. Respecto a la primera, tras desechar de nuevo el valor constitutivo de la inscripción, que continúa siendo potestativa y de efectos declarativos, como se afirma, se le da, en cambio, «tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal»; circunscribiendo, a continuación, el valor de esa afirmación en el principio de legitimación, que desarrolla definitivamente, y en el principio de la fe pública registral. Respecto a esta última afirma que «las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis que con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de tercero, han sido allanadas al precisar su concepto en el artículo 34. A los efectos de la *fides pública* no se considerará tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el

⁷⁷ GORDILLO: «La valoración comparativa de nuestro sistema es aquí facilísima y su superioridad respecto al alemán resulta diáfana a poco que las cosas se examinen a su verdadera luz y en su verdadera dimensión. Si el sistema alemán se recomienda por la efectividad de su publicidad positiva, y no tanto, en cambio, —en esto la doctrina española y comparada es hoy constante— por su alambicada, el nuestro lo supera al obtener igual efectividad —si no mayor y más aquilatada—, sin necesidad de recurrir para nada a la artificiosa y forzada construcción alemana», «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica», *cit.*, p. 73.

tercer adquirente; es decir el causahabiente...»⁷⁸. Para el titular inscrito, se afirma en la mencionada EM, está el principio de legitimación, los preceptos de rectificación registral y de ejercicio de acciones reales, la modificación del artículo 355⁷⁹ y las demás propuestas, que «dan a la inscripción tal alcance, y a sus titulares privilegios tan destacados en la esfera civil y procesal, que hacen poco apropiada para nuestra Ley la para algunos preferente o exclusiva denominación *de o para terceros*».

Así pues, el sistema que se consolida con esta reforma no llega a la inscripción constitutiva, que era y es la aspiración de muchos autores⁸⁰, pues ello habría despejado finalmente todos los inconvenientes para consolidar un tipo de publicidad registral en la que la realidad exterior coincidiera con la que publican los libros, y con ello se hubiera solventado definitivamente la problemática que se suscitaba en torno al antiguo artículo 23, pero se contienen los principios de publicidad típicos de la fe pública registral, lo que explica que dicho artículo desaparezca del texto legal⁸¹.

En el TR de 8 de febrero de 1946 elaborado por el Gobierno en virtud de la autorización de la DA 2.^a de la Ley de 1944, aparece de nuevo el antiguo artículo 23 en el actual artículo 32, que cambia la redacción del precepto originario, sin afectar a su significado.

3.3 Un apunte sobre el sistema registral español

Después de este largo proceso del que tanto sabemos por haber sido objeto de múltiples investigaciones, algunas de ellas realmen-

⁷⁸ También se regula en la presente ley la inexactitud del Registro y su rectificación, así como las acciones de defensa del titular inscrito, las relaciones entre la posesión y el Registro; todo ello en línea con lo que parece ser la orientación de la mencionada ley, la de profundizar en la exactitud del Registro como medio de defensa de los adquirentes que adquieran fiándose de lo publicado en el mismo.

⁷⁹ «Los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado, Provincia o Municipio no admitirán ningún documento o escritura por el cual se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si antes no se tomó de ellos razón en el Registro.

Se exceptúa de dicha prohibición la presentación de documentos o escrituras a los efectos fiscales o tributarios.

En los expedientes de expropiación forzosa que se sigan contra el que tenga los bienes en concepto de poseedor no será necesario que éstos tengan tomada razón de dicha situación en el Registro.»

⁸⁰ GALLARDO RUEDA: «Para nadie es un secreto que una de las actas con que soñamos los hipotecaristas consiste en el respeto absoluto a lo que resulte de los libros inmobiliarios. Solo lo que en ello conste ha de tener eficacia y trascendencia para el dominio, la posesión y los demás derechos reales», «El Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica» (1951), en GÓMEZ GÁLLIGO, editor, *La calificación registral*, t. I, Madrid 1996, p. 590.

⁸¹ Se suprimieron, además, otros artículos que hacían referencia a terceros.

te minuciosas, incluso, sobre datos personales de sus protagonistas, los viajes que hicieron o las lecturas que realizaron, debemos preguntarnos cómo ha quedado el sistema de publicidad registral español.

Como se dijo, el proceso histórico de formación de nuestro régimen de publicidad registral, así como las influencias de otros modelos de Derecho Comparado, constituyen el núcleo de los razonamientos en los que sustentan sus posiciones los defensores de una y otra tesis: los denominados dualistas consideran al artículo 32 como residuo vigente del sistema francés de la inoponibilidad, junto al 34 exponente de la tendencia germánica de nuestro sistema⁸²; por el contrario, los llamados monistas, estiman que el 32 fue superado históricamente por la deriva de nuestro modelo, hasta llegar a absorberlo⁸³. Y en este debate se involucra la interpretación de las distintas redacciones de los artículos que configuran los efectos de la publicidad⁸⁴ en las sucesivas reformas⁸⁵.

Los defensores de la tesis dualista también traen a colación el artículo 606 CC, fiel reflejo del antiguo 32 Ley Hipotecaria, ya que es el único tercero al que el Código le dedica un artículo, mientras que el del artículo 34, afirman, se engloba en la remisión general a los efectos de los asientos conforme resulta de dicha Ley⁸⁶; argumento que es relativizado por los que defienden la teoría monista⁸⁷. También se han manejado criterios de oportunidad, como el

⁸² Para NÚÑEZ LAGOS la secuencia histórica de la formación del nuestro sistema registral es: primero el artículo 32, antiguo 23, después el 33 y finalmente el 34, «La integridad de la fe pública en los Registros de la propiedad, RDN, 1966, pp. 42 ss.; LACRUZ Y SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, cit., p. 167; AMORÓS GAURDIOLA, Comentario al artículo 606 CC», cit., pp. 282 ss.

⁸³ ROCA SASTRE y ROCA-SATRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., pp. 161 ss.

⁸⁴ Se tienen en cuenta las sucesivas redacciones que en su día se le dio a los artículos 38, 36 y 69 LH, así, Monserrat Valero, «En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», cit., pp. 516 ss. MIQUEL GONZÁLEZ se centra en el actual artículo 36 al que califica de auténtico torpedo contra la tesis dualista y el sistema de la inoponibilidad de los títulos no inscritos: «No en balde su introducción en la Ley Hipotecaria de 1944 coincidió con la derogación del artículo correspondiente al actual 32», «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», cit., p. 60.

⁸⁵ La supresión del antiguo artículo 23 en la Ley de 1944 y su posterior aparición en el TR de 1944, ha sido utilizada por algunos autores para defender la tesis monista, entre otros, SANZ FERNÁNDEZ, «Un aspecto de la fe pública registral», RDP, 1945, pp. 449 ss., y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, cit., p. 614.

⁸⁶ TIRSO CARRETERO, «El problema de la relación que respecto del artículo 34 LH, guarda el 32 de la misma», RCDI, 1965, pp. 446 y 447. Para García García ambos terceros son reconocidos por el CC, mientras que el tercero latino entra por la puerta grande del artículo 606, y el del 34 entra por la vía de la remisión general a los preceptos previstos en la LH, *Derecho Inmobiliario Registral Hipotecario*, cit., pp. 60 ss.

⁸⁷ PAU PEDRÓN, «Comentario al artículo 606 CC», cit., pp. 1532 ss.; Peña Bernaldo de Quiros argumenta que el artículo 606 CC ha de interpretarse de acuerdo a la LH que es Ley posterior, por lo que priman los requisitos que en la misma se establecen en el artículo 34 para el tercero hipotecario, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, cit., p. 613.

de la necesidad de estimular la inscripción⁸⁸, o también la sanción a la negligencia del que no inscribe⁸⁹.

Y ante tan diversas opiniones resultan significativas las palabras de Gordillo, que reflejan la peculiaridad de nuestro sistema hipotecario: «Con todo derecho podemos hablar hoy de un sistema registral original y propio, que conjuga la necesidad de protección del tráfico (protección del tercero de buena fe en el lenguaje y en la realidad de nuestras leyes) con los que eran y siguen siendo pilares básicos de nuestro Derecho: el espiritualismo contractual, el sistema del título y el modo, y el consiguiente influjo de la causa o título en la constitución y traslación de los derechos reales»⁹⁰.

La trayectoria histórica de la formación del sistema registral español avala la tesis de que el mismo apunta a un sistema de fe pública registral, en el que la coincidencia entre realidad y Registro, objetivo de todo sistema, se hace recaer en el control de la inscripción mediante un procedimiento informado por el principio de legalidad, de trato sucesivo y de prioridad, y que coloca al que ha accedido al Registro en una posición destacada respecto a la titularidad del derecho. Ahora bien, al no haberse establecido la inscripción constitutiva como mejor instrumento para hacer coincidir la realidad del tráfico con lo que publican los libros del Registro, los efectos han de ser coherentes con esta opción, por lo que esa posición destacada se resuelve en la legitimación registral, en la necesidad de solicitar la rectificación del asiento cuando se ejercita una acción contradictoria del derecho inscrito, y en la fe pública registral, que se justifica en atención a esos intereses generales que se quieren amparar desde el Registro. Y esta opción se hizo por etapas con algún que otro tropiezo, en un tiempo en el que aún no se habían aquilatado plenamente las nociones, la técnica e, incluso, los principios propios del Derecho Registral que hoy conocemos.

Aunque algunos de los actores que protagonizaron la conformación del sistema registral español pretendieron alterar el modelo tradicional de transmisión de los derechos reales, se optó por el mantenimiento del título y el modo, y ésta no es cuestión baladí para lo que aquí estamos tratando, pues significa que el cambio de titularidad requiere del concurso de dos actos que son ajenos al

⁸⁸ PAU PEDRÓN critica este argumento de los seguidores de la tesis dualista que, a su juicio, carece de lógica, porque no hay proporción entre fines y efectos; por el contrario entiende que más se estimula el acceso al Registro cuando se exigen dos inscripciones, «Comentario al artículo 606 CC», *cit.*, p. 1553.

⁸⁹ AMORÓS GUARDIOLA, el fundamento del artículo 32 no es otro que la sanción legalmente impuesta al que pudiendo inscribir no inscribe, «Comentario al artículo 606 CC», *cit.*, p. 287.

⁹⁰ «La peculiaridad...», *cit.*, p. 43

Registro. Y sobre todo significa que se diseña un modelo de relación más cercano a la idea de justicia que los particulares tenían respecto a como se debía organizar la transmisión de los bienes y derechos, y que tiene que ver con la fidelidad a la palabra que se da, con la honestidad en los comportamientos y su consideración en las relaciones entre las partes, con la licitud de los fines, con la protección del más débil, en definitiva, con un conjunto de valores que socialmente se identificaban como representativos de la sociedad que se quería; y, por qué no, también coincidía con una inercia espiritualista en la transmisión de los derechos que podía poner en grave riesgo la eficacia de una medida como la de la inscripción constitutiva, con lo que se podría dar el caso de que un considerable número de titulares quedaran al margen del Ordenamiento.

Frente a todo ello, la publicidad registral significaba la inclusión de un elemento extraño a las pautas imperantes en la circulación de los derechos reales sobre inmuebles, representaba un artificio que se justificaba en función de unos objetivos que interesaban a todos, se decía entonces.

Por su parte, los seguidores de la tesis dualista defienden la compatibilidad en un mismo sistema de dos tipos de efectos, que se han identificado igualmente con dos diferentes sistemas de publicidad. Para ello se apoyan, como hemos expuesto, en argumentos de índole histórica y, realmente, no se puede negar que algunos puedan justificar esa posición, lo que no es de extrañar si se tiene en cuenta, como antes se ha apuntado, las contradicciones y cambios que se han producido en todo el proceso; pero la cuestión a debatir es si, al margen de la consideración diferenciada de un precepto o de un acontecimiento, el conjunto del sistema resiste esta interpretación; un sistema que no se ha de ver exclusivamente en su dimensión dogmática sino como expresión de un conjunto normativo que cristaliza en el plano jurídico la voluntad política de ordenar las relaciones sociales conforme a unos valores que se quieren imponer.

Ello nos lleva a enfocar la cuestión planteada desde la perspectiva de los intereses en juego y su encaje en los principios y valores que informan Ordenamiento.

4. EL ESCENARIO DEL CONFLICTO: LA SEGURIDAD DEL MERCADO, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL

La implantación de un sistema de publicidad registral se produce en una época convulsa, jalonada de importantes cambios en el

orden político, social y económico, que se dejan sentir con todas sus contradicciones en el debate que se genera en torno a tan importante reforma del mercado inmobiliario.

En sus inicios la imposición de un sistema de publicidad registral se justificó en la necesidad de facilitar el crédito territorial como instrumento imprescindible para el desarrollo económico de la sociedad⁹¹. El naciente capitalismo⁹² necesitaba allegar recursos con que financiar los diferentes emprendimientos, y para ello era imprescindible que se dotara de certeza a las hipotecas⁹³, pues éstas significaban un excelente instrumento para el aseguramiento de los préstamos y, como consecuencia de ello, para la circulación de capitales⁹⁴. Pero el discurso que se generó al hilo de la publicidad registral, como se ha visto, no se circió exclusivamente a la extensión del crédito territorial como motor del crecimiento económico, sino que se anudó a la expansión de otros sectores⁹⁵, todo ello inserto en un proceso de cambio marcado por la industrialización; de estas transformaciones resulta que la rentabilidad de la propiedad inmobiliaria se residenció en su valor de cambio y no en los beneficios que su disfrute le podía proporcionar a su titular⁹⁶; un proceso que también tuvo sus implicaciones

⁹¹ Ya en el Preámbulo del RD de 8 de agosto de 1855 se afirmaba: «nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales». En esta línea, Pardo Nuñez, cuando afirma que el propósito confesado que guió a los redactores Ley Hipotecaria fue el de asentar en sólidas bases el crédito territorial, «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado», en Gómez Gállico, editor, *La calificación registral*, t. I, Madrid, 1996, p. 68.

⁹² Claro está que este proceso de tantas repercusiones se inicia antes, del que podemos encontrar una excelente exposición en BRAUDEL, *Civilización material, economía y capitalismo. Siglos xv-xviii. 2. Los juegos del intercambio*, Madrid, 1984, pp. 195 ss.

⁹³ De ahí que la reforma hipotecaria se acompañe de la creación de Bancos hipotecarios, como ocurrió en Francia, o de la emisión de cédulas hipotecarias que tenían como finalidad la de facilitar la obtención de recursos a los titulares de inmuebles. Una muy buena exposición de estas ideas respecto al Estado de Prusia se puede encontrar en OLIVER, *Derecho inmobiliario español*, t. I, *cit.*, pp. 95 ss.

⁹⁴ LACRUZ y SANCHO: «cuando declina la nobleza como clase dominante, y una incipiente burguesía especuladora y comerciante, pero dotada también de cierto espíritu de empresa, trata de aprovechar las nuevas conquistas de la técnica para mejorar y elevar la producción de bienes y servicios y, en último término, para crear más riqueza, el antiguo sistema se muestra incapaz de proporcionarle los capitales, el crédito y la seguridad que necesita un tráfico infinitamente más intenso y variado», *Derecho inmobiliario registral*, *cit.*, p. 39.

⁹⁵ En este sentido ha afirmado PARDO NUÑEZ que si bien la legislación hipotecaria responde a un proyecto típicamente liberal de implantación del sistema capitalista, arrastra también resabios de claro corte fisiocrático, el legislador hipotecario tiene en mente la propiedad agrícola descapitalizada e intenta levantarla, «Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital», en Gómez Gállico (editor), *La calificación registral*, t. I, Madrid, 1996, p. 105.

⁹⁶ CLAVERO señala la importancia que tuvo el proceso de liberación de las tierras en Francia para la constitución de hipotecas, «Les domaines de la propriété, 1789-1814: propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario», *Quaderni Fiorentini*, 1998, p. 302.

fiscales⁹⁷. Por ello, como se ha señalado⁹⁸, a lo largo del siglo XIX los Estados se deciden a organizar la seguridad del tráfico de los bienes raíces no en defensa de los intereses de los propietarios, sino del capital, y a tal fin se organiza un sistema de publicidad que alcanza igualmente a la titularidad de todos los derechos reales sobre bienes inmuebles.

Parecía entonces que el progreso del pueblo dependía casi en exclusiva de la instauración de esa publicidad registral, como se desprende de los escritos de los primeros hipotecaristas⁹⁹, que en discursos henchidos de entusiasmo, con cierta dosis de utopía, defendían las excelencias del Registro. Era el tiempo de la expansión del liberalismo económico por Europa impulsando el pensamiento en el que se sustenta el Estado burgués. Se convirtió así la publicidad registral en una de las piezas jurídicas de la economía de mercado en su formulación más liberal, como no podía ser de otra manera en ese momento histórico.

Desde esta perspectiva se puede afirmar que el Registro de la Propiedad y los efectos que del mismo se derivan fueron una creación del Estado liberal, de la que se benefició la burguesía como clase emergente llamada a protagonizar el cambio político, económico y social que se estaba operando. El sujeto, por excelencia, de la publicidad registral era el hombre burgués quien accedía al mercado hipotecario y al tráfico inmobiliario en busca de recursos en algunos casos y para colocar sus capitales en otros.

La historia posterior de la publicidad registral está unida pues al desarrollo de la economía de mercado y a la consolidación del capitalismo. Y desde este punto de vista, se puede afirmar que el balance de los resultados prácticos de nuestra legislación hipotecaria es muy favorable, a pesar de los defectos que en ella se observan¹⁰⁰. Ha contribuido, sin duda, a la creación de un mercado hipotecario de gran relevan-

⁹⁷ Se produce una interferencia de la legislación fiscal en el funcionamiento de las Contadurías que a la larga fue beneficiosa y sentó las bases de la reforma hipotecaria, Martínez Santiago, «En torno a la publicidad registral inmobiliaria», *RCDI*, 1998, pp. 120 y 121.

⁹⁸ PARDO NÚÑEZ, «Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital», *cit.*, p. 109.

⁹⁹ Como señala LATOUR BROTONS, esta idea se repite en exposiciones de motivos, preámbulos y textos, «Antecedentes de la primitiva LH: su génesis, circunstancias y efectos de la misma», *RCDI*, 1962, p. 447. Lo dicho se puede comprobar en OLIVER para Francia, *Derecho inmobiliario español*, t. I, *cit.*, pp. 207 ss. También, Besson, *Les Livres fonciers et la Reforme Hipothécaire*, *cit.*, pp. 3 ss. En una obra mucho más reciente, RUBIO GARRIDO pone de manifiesto la importancia de la publicidad registral para la extensión del crédito hipotecario, *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario (itinerario histórico y régimen vigente)*, Madrid, 1994, pp. 105 ss.

¹⁰⁰ LACRUZ y SANCHO, que añaden: «En general se ha dado una gran seguridad a las adquisiciones y transmisiones de inmuebles, con lo que se ha abierto un camino importante y seguro al empleo de capitales y así, por medio del crédito, al aumento de la riqueza nacional», *Derecho inmobiliario registral*, *cit.*, p. 44.

cia, al acceso a la vivienda de amplios sectores sociales, también al fomento de la circulación especulativa de los bienes inmuebles, al desarrollo de la construcción y, en definitiva, ha dinamizado las otras actividades económicas mediante la circulación de capitales.

El fundamento que sustenta la publicidad registral no es otro que la seguridad del mercado que, como afirma Irti¹⁰¹, necesita del Derecho para poder funcionar, es decir, requiere de los instrumentos jurídicos necesarios que le garanticen, entre otros objetivos ligados a los intereses de clase, la seguridad jurídica¹⁰². Esta se concreta en la fijación de las reglas de juego y en el aseguramiento de las transacciones; pero sobre todo, significa que esa seguridad se erige en *principio guía* de una serie de soluciones que se apartan de las reglas generales, es decir, de la idea de justicia intrínseca al sistema, cuando entran en contradicción los intereses de los que acceden al Registro y de aquellos que son los titulares de los derechos¹⁰³: a este planteamiento responden el régimen de la inoponibilidad de lo no inscrito o el principio de la fe pública registral, que alterando o subvirtiendo el modelo de transmisión de los derechos reales llegan a consolidar adquisiciones a *non domino*, de tal manera que esta seguridad se considera no sólo como el medio de solución de un conflicto de intereses, de dimensión exclusivamente privada –aquel que se produce entre el titular del derecho y el beneficiado por los efectos del Registro–, sino también como una auténtica exigencia de orden público¹⁰⁴.

¹⁰¹ «Derecho y Mercado», *RdP*, 1999, pp. 21 ss.

¹⁰² DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, *cit.*, p. 314. PAU PEDRÓN: «Las adquisiciones a *non domino* se producen, en todos los casos, como una consecuencia de la seguridad del tráfico que dispensa el Ordenamiento. Y la seguridad del tráfico deriva siempre de la publicidad: publicidad posesoria o publicidad registral», «Comentario al artículo 606 CC», *cit.*, p. 1533. Diferencia VALLET DE GOYTISOLO entre la seguridad económica y la seguridad jurídica; la primera no requiere intermediación jurídica pues se consigue con el aseguramiento de los bienes, éstos han de ser fungibles, mientras que la segunda sí requiere de esa intermediación como puede ser el Registro, y se refiere a bienes infungibles como lo son los inmuebles, «La seguridad jurídica en los negocios dispositivos», *RDN*, 108, 1980, p. 219. En términos más amplios define PAZ-ARES la seguridad como la confianza en que el aprovechamiento exclusivo del valor económico de un recurso no está amenazada por suerte ninguna de riesgos sustanciales, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *RDM*, 1985, p. 10.

¹⁰³ DÍEZ PICAZO, «El tráfico exige que la persona que interviene en él no tenga que llevar a cabo una investigación de los títulos de quien negocia con ella más allá de lo razonable y que no quede expuesto a pretensiones más o menos fundadas de terceros que tengan su base en razones o en hechos que no tenían por qué conocerse o por qué esperarse» *Fundamentos Del Derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, 1996, p. 54

¹⁰⁴ GORDILLO, «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales. Sistema español», *cit.*, p. 557. DÍEZ PICAZO, dentro del orden público económico se integra la seguridad jurídica, y una de cuyas manifestaciones es la seguridad del tráfico jurídico: «Aquí lo que quiere decirse que en el tráfico jurídico, en el mundo de los negocios jurídicos, merece protección la confianza razonable que objetivamente suscita una situación de apariencia creada o mantenida por otra persona, debe ser protegido aunque de ello resulte un sacrificio para el interés o para el derecho del otro» *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, *cit.*, p. 54.

Y este discurso propio de la economía liberal está presente en la actualidad casi en los mismos términos. Se dice, pues, que¹⁰⁵ «estando implicadas consecuencias económicas que afectan a la sociedad en su conjunto, es mucho más adecuada la protección de la seguridad del tráfico, que la mera protección del derecho subjetivo individual, pues si se protege a aquella se protege a este último»¹⁰⁶. Incluso, se llega a equiparar esta seguridad con la seguridad ciudadana¹⁰⁷.

En un discurso impecable desde el punto de vista de su lógica interna, elaborado con herramientas del análisis económico del Derecho, se llega a establecer una perfecta relación entre seguridad del mercado, seguridad jurídica y publicidad registral, reduciendo al mismo tiempo a estas tres nociones la relevancia de un fenómeno mucho más complejo, como es el tráfico jurídico de bienes inmuebles y su incidencia en el mercado, tanto en el plano material como en el jurídico, sobre el que después volveremos. Pero lo que nos parece más importante, que a esta triada se liga el progreso de la economía y el bienestar de la sociedad. Veamos ahora, aunque sea brevemente, las claves de este razonamiento.

En una dialéctica tan querida por los seguidores de la metodología del análisis económico del Derecho¹⁰⁸, la que se expresa a través de la optimización de los recursos y la minimización de los costes de transacción¹⁰⁹ para llegar a la máxima eficiencia de Pareto, se trata a la publicidad registral desde la perspectiva de las necesidades del mercado referidas a los costes de información¹¹⁰ que se deben asumir para facilitar la circulación de los bienes inmuebles.

Desde este planteamiento, se dice, para incentivar las transacciones eficientes «los sistemas inmobiliarios tienden a moderar los

¹⁰⁵ Distinta percepción tiene PAZ-ARES cuando afirma que «en términos generales, en el tráfico civil prima el valor de uso sobre el valor de cambio de los bienes. Los titulares prefieren exponerse al riesgo de que la valoración en cambio de sus bienes, es decir, su transmisión, se vea dificultada por la ausencia de normas de seguridad de tráfico que exponerse al riesgo de ser expropiados en el caso de que los adquiera un tercero de buena fe», «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *cit.*, p. 25.

¹⁰⁶ GARCÍA GARCÍA, «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», en Gómez Gállego, editor, *La calificación registral*, t. I, Madrid 1996, p. 351.

¹⁰⁷ GARCÍA GARCÍA, «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», *cit.*, p. 330.

¹⁰⁸ Una completa exposición se puede encontrar en Paz-Ares, «La economía política como jurisprudencia racional», *ADC*, 1981, pp. 601 ss.

¹⁰⁹ Se entienden por tales los costes de información, de coordinación en la transmisión de los derechos y su ejercicio, que son los costes de averiguación, seguro, litigiosidad, incertidumbre, PARDO NUÑEZ, «La organización del tráfico inmobiliario y circulación de capital», *cit.*, pp. 85 ss.

¹¹⁰ SCHÄFER y OTT lo enmarcan en los costes la protección de la confianza, *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Madrid, 1991, pp. 332 ss. Para PAZ-ARES su objetivo no es otro que el de reducir o comprimir los costes de información que obstaculizarían el aprovechamiento por parte del titular del valor de cambio de los recursos, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *cit.*, p. 26.

costes de información, unos costes que, entre otras cosas, buscan reducir en la medida necesaria los riesgos que genera la incertidumbre sobre la verdadera identidad del titular de los bienes que se ofertan»¹¹¹. El esquema es fácil, ante la incertidumbre sobre la efectiva titularidad del derecho, los adquirentes interesados pueden asumir ellos mismos los gastos que acarrean las pesquisas sobre este extremo, e incluso acudir a vías privadas que le aseguren las contingencias que puedan ocurrir, o el Estado disponer de un sistema de información que, lógicamente, no se limita a la publicación de los datos del titular, sino produce consecuencias jurídicas, en el sentido de consolidar las transmisiones de los derechos reales por lo publicado en sus libros¹¹². En este último supuesto se puede diseñar un modelo en el que los datos que se ofrecen no están seleccionados, con lo que la garantía de adquisición es limitada, el de la oponibilidad tipo francés¹¹³, o un modelo de control de la información¹¹⁴ y máxima efectividad del que adquiere, el de la fe pública. Ni que decir que este último responde mejor a la eficiencia del mercado, aunque lleve a la *expropiación* del derecho al titular originario o a transacciones no deseadas.

El beneficiario, se dice, es el mercado que nos *representa* a todos, a potenciales adquirentes de bienes inmuebles, y también a los titulares originarios¹¹⁵, pues pueden colocar sus bienes en mejores condiciones económicas, dada la seguridad que reporta

¹¹¹ PARDO NUÑEZ, que también hace la siguiente precisión: «Los adquirentes y prestamistas necesitan saber con certeza si los que dicen ser propietarios lo son efectivamente, y en qué condiciones. Por eso en los países que han adoptado este sistema, compañías de seguros y firmas de profesionales han acabado por asumir el desempeño de esta tarea. Previo pago de las correspondientes primas u honorarios, el particular se asegura frente al riesgo de una defectuosa titulación, o de la no pertenencia del derecho al que se presenta como titular. La empresa o el profesional especializados, que ofrecen su firma en garantía, previo examen del Registro, se hacen responsables de cualquier defecto que vicié la transmisión por ellos supervisada y de toda carga o limitación del derecho, «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado», *cit.*, pp. 55, en nota 3, y 61.

¹¹² PAU PEDRÓN, «La publicidad supone una selección, una reducción de datos. Esta selección o reducción se hace en beneficio del tercero: el tráfico exige que la persona que contrata no tenga que investigar la validez de los títulos de la otra parte contratante, y de ahí que se concrete a través de la publicidad lo que se ha llamado "Información relevante". Se trata de una dispensa de la carga de averiguación: el que contrata puede confiar en esos pocos datos que facilita la publicidad», «Comentario al artículo 606 CC», *cit.*, p. 1533.

¹¹³ En este sentido se debe tener en cuenta las últimas reformas del sistema francés de publicidad registral, de las que hemos dado cuenta con anterioridad.

¹¹⁴ Para GÓMEZ GÁLLIGO la calificación registral solo puede ser entendida en este doble marco de protección de la seguridad jurídica y de incidencia en la reducción de costes de información en la contratación inmobiliaria, «Planteamiento sobre la naturaleza y caracteres de la función registral», en Gómez Gállico, editor, *La calificación registral*, t. I, Madrid, 1996, p. 47.

¹¹⁵ Para PAZ-ARES del sistema se beneficia el titular originario y no el tercero cuya tutela puede calificarse, acudiendo a una expresión gráfica, de simple rebote», «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *cit.*, p. 18.

el control de la información a través de la publicidad registral. Tal como expresa García García¹¹⁶, la prevalencia de la seguridad del tráfico sobre la seguridad del derecho, produce mayor beneficio económico en general que el perjuicio individual para un concreto derecho que encima lo pierde por su propia negligencia al no acogerse a las reglas del sistema inmobiliario¹¹⁷.

Sin negar la importancia que indudablemente tiene el Registro en el mercado inmobiliario y su eficiencia, creemos que se obvia con este planteamiento cuestiones tan importantes como los tipos de interés de los créditos hipotecarios, el precio y la disponibilidad del suelo urbanizable, los costes de los materiales de construcción, la necesidad vital de contar con una vivienda y, muy especialmente, la intervención pública a través de la ordenación del sector y mediante la promoción de viviendas sociales, por poner solo algunos ejemplos; variables todas ellas que sin duda influyen en las transacciones inmobiliarias.

De otra parte, se debe tener en cuenta que en la realidad económica actual la seguridad en la transmisión del dominio así como la fijeza de las garantías reales como la hipoteca no sustentan casi en exclusiva, como en su momento se afirmó, el crecimiento económico de un país, que se produce por causas muchos más complejas¹¹⁸. El tráfico inmobiliario está ligado en gran medida a una actividad empresarial, como es la construcción y comercialización de inmuebles¹¹⁹, y va dirigido en su mayor parte a consumidores que adquieren una vivienda con una garantía hipotecaria, con lo que el gran volumen de relaciones jurídicas que se producen en este sector económico se establecen entre las empresas que participan en el proceso de edificación y su comercialización y los consumidores¹²⁰.

¹¹⁶ «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», *cit.*, p. 335.

¹¹⁷ O las elocuentes palabras de DE LA RICA con las que quiere justificar la inscripción constitutiva: «La libertad para poder prescindir del Registro, es inconcebible y funesta... Equivale a entregar los intereses sociales y del Estado, e incluso el buen orden jurídico a la irresponsable voluntad de los particulares. Es una confesión indefendible, anárquica, que solo pudo basarse en la creencia de que todo lo relativo a la propiedad inmobiliaria era de exclusivo interés de los propietarios», «Pervivencia del sistema registral», *RCDI*, 1961, p. 136.

¹¹⁸ Respecto a la eficacia de los artículos 32 y 34, BUSTOS PUECHE afirma que el mero argumento estadístico permite afirmar que para la seguridad del tráfico es enteramente irrelevante la seguridad del tercero, «El sujeto beneficiario de la protección registral», *cit.*, p. 2610.

¹¹⁹ Como ya pusieron de manifiesto LACRUZ y SANCHO, al afirmar que «En los últimos decenios se debe al crédito hipotecario el auge de la construcción, para la cual los empresarios no solían contar con capital propio (a veces con ningún capital), y correlativamente el acceso a la propiedad de los pisos por las clases sociales menos favorecidas, *Derecho inmobiliario registral*, *cit.*, p. 44.

¹²⁰ En nuestro país el valor de la vivienda supone en torno a 2/3 de la riqueza total de la familia y sirve de garantía a casi 1/3 de los activos totales de las entidades de crédito

Pero sobre todo se razona desde modelos teóricos de comportamientos que pivotan en torno a sujetos abstractos y uniformes¹²¹, los dos protagonistas de las transmisiones: el adquirente y el dispónente, a los que se les ve como actores imaginarios en una suerte de representación teatral de las relaciones de mercado. Sujetos descomprometidos con cualquier realidad, ajenos a todo tipo de interferencias, que a costa de perder sus señas de identidad terminan por encarnarse en el que tiene una posición dominante en las relaciones del mercado inmobiliario, es la lógica de la igualdad formal, que a la postre suministra los instrumentos jurídicos a aquél que está en mejores condiciones para acceder a los mismos, y que pueden ser a las empresas ligadas a la construcción y comercialización de viviendas, que son las que introducen en el tráfico jurídico unos bienes escasos llamados a colmar la necesidad vital de contar con un espacio habitable donde residir, si bien se es consciente que no es ésta la única vía de satisfacción. Y desde la abstracción y la neutralidad no se tiene en cuenta que no todos los que acceden al mercado inmobiliario están en igualdad de condiciones para llegar a la información, ni pueden asumir sus costes, es decir, que existen sujetos diferenciados en función de múltiples razones, como pueden ser el grado de formación, los recursos económicos con los que cuentan, la necesidad de una vivienda, etc.

Y resulta que todo este discurso se presenta desde la neutralidad que confiere el estudio científico del mercado, al que se le ve como *espacio* independiente con capacidad para generar sus propias reglas¹²², muy en la línea de lo que Irti¹²³ ha identificado

españolas. Por su parte, el consumo y la inversión residencial de los hogares suponen un 58 por 100 y un 7 por 100 del PIB español, respectivamente, MARTINES PAGÉS y Ángel MAZA, *Ánalisis del precio de la vivienda en España*, Banco de España, p. 7. En el Informe de Coyuntura del segundo trimestre de 2004, del Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España, da cuenta del incremento del visado de vivienda nueva para usos residenciales, mientras que desciende el uso no residencial, www.cscae.com.

¹²¹ En efecto, como afirma PAZ-ARES, el punto de partida de la teoría económica del derecho se enraíza en la idea del *self-interest* que constituye al individuo como *homo oeconomicus*, a lo que añade que persiguiendo el Derecho el interés público deberá, en realidad, incentivar la promoción del interés individual, porque el interés social no es más que la suma asimétrica de los intereses individuales, «La economía política como jurisprudencia racional», *cit.*, pp. 627 y 628. Se hace referencia a la hipótesis REM, que responde a la suposición de que los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces egoístamente, y que proceden racionalmente para la consecución de este objetivo, sobre el tema, SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho civil*, *cit.*, pp. 61 ss.

¹²² Como afirma PAZ-ARES, «Si el Derecho privado expresa la misma lógica que el mercado, su fundación debe ser la *norma de eficiencia*, el cumplimiento de cuyos dictados, a su vez –y el argumento es circular– solo resulta viable mediante una organización que asegure que en todo caso será la decisión del mercado la llamada a prevalecer», «Economía política como jurisprudencia racional», *cit.*, p. 682.

¹²³ «Esta solución, que proviene de la aceptación de las leyes de la naturaleza y que describe por tanto la uniformidad que se encuentra frente a nosotros, es *verdadera e incon-*

como la orientación naturista en el enfoque y tratamiento de las relaciones entre mercado y Derecho. Así, se sustituye el discurso político que necesariamente sustenta la regulación del tráfico de bienes y servicios, por una explicación economicista que lleva al determinismo de las reglas del juego en el intercambio de estos bienes; éstas no son externas al sistema, se piensa, sino que surgen de él como un precitado de la lógica que lo preside. Sin embargo, como continúa Irti, el mercado no extrae de sí mismo su propio Derecho, sino que el Derecho desde el exterior lo constituye y lo conforma, y el contenido de las normas procede de una elección política, y por tanto la fisonomía jurídica del mercado está trazada por una *decisión de poder*¹²⁴. Distinto es que se quiera revestir una determinada opción sobre los principios que han de presidir las relaciones de un pretendido cientificismo alejándolo del debate político que necesariamente ha de impregnar una cuestión como la que tratamos.

Y es la decisión de poder, a la que antes se hacía referencia, la que hace del *mercado* una experiencia histórica y, como tal, relativa, sujeta a procesos de cambios y transformación, provocados desde los centros de decisión política que establecen en cada momento el marco jurídico en el que se han de desenvolver las relaciones de producción e intercambio. La disciplina jurídica del mercado forma parte, pues, del conjunto del Ordenamiento jurídico, por lo que ha de responder a la coherencia interna que al mismo se le exige pero, sobre todo, se ha de impregnar del conjunto de principios y valores que lo informan, residenciados en el texto constitucional. Como dice Häberle, frente a la expansión del

trovertible» «Derecho y mercado», *cit.*, p. 22. BALAGUER CALLEJÓN: «Para la desarticulación del Estado social se ha buscado una metodología más eficaz: la ciencia económica, que recupera los propios términos deterministas del raciocinio exponiendo como verdades absolutas e inevitables los postulados del modelo económico vigente e incluso de una determinada política económica», «El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social», MORENO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y MORENO VIDA, editores, *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada 2002, p. 90.

¹²⁴ «Derecho y mercado» *cit.*, p. 25. En esta línea, GARCÍA-PELAYO cuando afirma que «El Estado no puede limitarse a asegurar las condiciones ambientales de un supuesto orden social inmanente, ni a vigilar los disturbios de un mecanismo autorregulado, sino, por el contrario, ha de ser el regulador decisivo del sistema social y ha de disponerse a la tarea de estructurar la sociedad a través de medidas directas o indirectas», *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1996, p. 23. Suárez nos recuerda que la experiencia histórica y los dictados de la ciencia económica permiten también sostener que el correcto funcionamiento de un sistema de economía de mercado necesita de mecanismos correctores y poderes compensadores que den respuesta a anhelos colectivos que el mercado por sí solo, debido a sus limitaciones, no puede satisfacer y mantengan las desigualdades económicas que el sistema inexorablemente genera dentro de unos límites socialmente tolerantes, «Progreso económico y justicia social», GARCÍA SAN MIGUEL (editor), *El principio de igualdad*, Madrid, 2000, p. 59.

economicismo, resulta cada vez más necesaria una teoría constitucional del mercado¹²⁵.

No se está pues, ante un fenómeno que trasciende a los cambios políticos, que se puedan operar en la sociedad, lo cual no implica desconocer la capacidad de persuasión de sus actores para influir en dichos cambios, sino que se está ante una realidad contingente marcada en el plano jurídico por las inflexiones producidas, por lo que aquí interesa, en el constitucionalismo más reciente de la historia europea, como la que, sin duda, se produjo tras la segunda Guerra Mundial con la aprobación de las constituciones sociales, que suponen el paso del Estado liberal al Estado democrático y social¹²⁶. El entendimiento de este último tiene sus dificultades, lo que ha provocado no pocas disenciones en la doctrina¹²⁷, y sobre las que no podemos entrar en este momento; si acaso resaltar su imbricación en el desenvolvimiento de la democracia en la historia europea más reciente a la que se incorpora España con la Constitución de 1978. Como se ha dicho: «El principio de Estado social es congenial con una nueva concepción del principio democrático que viene a superar el mito de la voluntad uniforme del pueblo como colectivo homogéneo, acuñado por el constitucionalismo oligárquico para defender los intereses espurios de un determinado grupo social»¹²⁸. Y en este plano nos queremos situar para abordar las consecuencias jurídicas que en las relaciones de intercambio de

¹²⁵ «El Estado constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y la democracia», en «Incurrus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado», *Pensamiento constitucional*, año IV, núm. 4, p. 15.

¹²⁶ Una exposición sobre sus orígenes en GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* cit., pp. 14 ss.; en este sentido afirma BASSOLS COMA, «Las nuevas fuerzas políticas (cristianos sociales, socialistas y comunistas) que afrontaron la reconstrucción y modernización de la Europa de posguerra coincidieron en el mantenimiento de las instituciones clásicas democráticas en lo referente al estatuto de las libertades políticas, si bien rechazaron unánimemente la vuelta a los postulados del liberalismo en el orden económico y social», *Constitución y sistema económico*, 2.ª ed. Madrid, 1988, p. 40; Como nos dice GALLEGO MÉNDEZ: «Fue tras el final de la segunda Guerra Mundial cuando las democracias europeas debieron afirmar una fórmula política-jurídica que evolucionando desde sí misma pudiera adaptarse a las nuevas necesidades del desarrollo técnico, social y económico, impidiendo la caída en el totalitarismo fascista y las posibilidades de revolución y sistema de tipo soviético», «Estado social y crisis del Estado», Rafael del Aguila (ed.), *Manual de Ciencia Política*, 2.ª ed., Madrid, 2000, p. 120. También, ARNOLD, «Bases dogmáticas del principio del Estado social en el Derecho constitucional alemán», Cámara Villar y Cano Bueso, editores, *Estudios sobre el Estado social*, Madrid, 1993, pp. 30 ss.

¹²⁷ Sobre los diferentes significados atribuidos a la noción de Estado social, GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, 2002, pp. 36 ss. En este sentido, Ferrajoli entiende que los derechos fundamentales incluyen a los derechos sociales, y «forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión “sustancial” de la democracia, previa a la dimensión política o “formal” de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría», *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 2.ª ed., Madrid, 2002, p. 42.

¹²⁸ BALAGUER CALLEJÓN, «El Estado social y democrático de Derecho», cit., p. 91.

bienes y servicios tiene la opción política del Estado social, como expresión de la voluntad constituyente.

Un Estado Social, acaso débil, como afirma López y López, porque «se formula a partir del Estado liberal y con aceptación de muchos de sus postulados»¹²⁹, entre ellos el de economía de mercado, a la que sin embargo se somete a los nuevos principios constitucionales. En palabras de García-Pelayo: «El estado social parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que solo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado»¹³⁰. Por ello, a pesar de sus limitaciones, la formulación en el plano constitucional del Estado social no está exenta de trascendencia normativa, es decir, de capacidad para conformar el Ordenamiento jurídico, afirmándose al respecto¹³¹ que su potencialidad se despliega en una triple vertiente: como fijación teleológica del Estado, como valor interpretativo del resto del Ordenamiento y como parámetro de constitucionalidad. En otro plano, se ha dicho también que «El principio del Estado social viene a caracterizar la estructura del Ordenamiento y de la constitución, compromete a los órganos del Estado y a los mismos sujetos particulares en una acción de transforma-

¹²⁹ Continúa: «No fue esta la transformación que protagonizó la burguesía en relación con las formas políticas del antiguo régimen: las abatió a *radice*. El Estado liberal nace, pues, de una transformación *fuerte*. De una transformación revolucionaria, por llamar a las cosas por su nombre. En cambio el Estado social es más bien fruto del temor de unos a la revolución y el temor de otros a la dictadura, temores que se intentan conjurar con el encuentro de un punto medio de reformismo de compromiso, de reformismo defensivo para unos, único reformismo posible para a otros», «Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular» *Quaderni Fiorentini*, 1996, p. 430. En el mismo sentido, FERRAJOLI cuando afirma que el Estado social se ha desarrollado sin las formas y garantías del Estado de Derecho, solo en la mediación política, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, cit., p. 42.

¹³⁰ *Las transformaciones del Estado contemporáneo* cit., pp. 22 y 23. Como afirma DE CABO, «Surge el denominado Derecho Constitucional económico como conjunto de preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden económico y se generaliza la configuración constitucional de los llamados derechos sociales o preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden social», *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986, p. 19. Sobre el tema, GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución Española*, Vol. I, Madrid, 1981, pp. 107 ss. Como ha dicho APARICIO PÉREZ, el Estado social surge como producto de un pacto en virtud del cual se produce un cierto desapoderamiento de la capacidad de disposición del propio capital por parte de los empresarios, y se traslada capacidad directa decisoria sobre el proceso productivo y de intercambio al Estado y las organizaciones de trabajadores participan positivamente colaborando con el nuevo proceso, «El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Cámara Villar y Cano Bueso, editores, *Estudios sobre el Estado social*, cit., pp. 49 y 50.

¹³¹ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social*, cit., p. 56; GORRONEA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984, pp. 99 ss.

ción de la sociedad que tiene como últimos fines la igualdad y la extensión del bienestar»¹³².

En este contexto elaborar un discurso que considere a los intereses del mercado desligados de sus protagonistas y de cualquier compromiso social, supone abrazar una idea que fue superada en el plano constitucional. Y entender, en consecuencia, que la seguridad del mercado, es un trasunto de la seguridad jurídica que consagra el artículo 9 de la CE¹³³, supone negar su carácter instrumental para la realización de unos fines que tienen una indudable implicación social¹³⁴, en términos más o menos amplios, como permite la Constitución. Y sobre todo significa desconocer que la publicidad registral no es más que una de las posibles opciones del legislador en lo que se refiere a la seguridad del mercado¹³⁵, pudiendo incluso prescindir de ella sin contravenir la Constitución: no está dicha publicidad entre los que se consideran elementos básicos del Derecho privado de la economía, necesarios para poder afirmar que una economía es de *mercado*¹³⁶.

Descendiendo a la cuestión que tratamos, se puede decir que la dialéctica no se establece entre el mercado como beneficio global¹³⁷ y unos particulares negligentes, sino acaso entre un sector

¹³² *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988, p. 21.

¹³³ GARCÍA GARCÍA liga a la publicidad registral con el artículo 9 cuando alude a la seguridad jurídica. Cita al efecto la STC 15/1981, de 7 de mayo, y 27/1981, de 20 de julio y la STS 20 de septiembre de 1993, que aplica el artículo 34 Ley Hipotecaria frente al antiguo 878.2 CC. sobre la retroacción de la quiebra: «Ante esta perspectiva la transmisión de los derechos reales que integran el dominio de la finca o local enajenado permanece incólume protegido por la fe pública registral, principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario (artículo 9 de la Constitución) «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», *cit.*, pp. 331 ss.

¹³⁴ En el mismo sentido GORDILLO para el que la opción legal por la seguridad del tráfico frente a la seguridad de los derechos, nada tiene que ver con la exigencia constitucional de la seguridad jurídica. Un sistema legal formalmente claro y seguro, puede ponerse, sin merma de la seguridad jurídica, al servicio de la seguridad de los derechos, frente al tráfico, «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales. Sistema español», *cit.*, p. 563.

¹³⁵ Como afirma MIQUÉL GONZÁLEZ, esta es una posibilidad que depende del legislador que puede establecerla o no, y de modo más o menos amplio. «No incumbe al intérprete, alegando razones de protección del tráfico, desarrollar nuevos supuestos de adquisición a non domino no establecidos por la Ley, a partir de un principio o tópico que el legislador ha de combinar con otros», «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *cit.*, p. 47.

¹³⁶ Que son, a juicio de PAZ-ARES y ALFARO AGUILA-REAL: el reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción, la garantía de la libertad contractual y la fuerza vinculante de los contratos, el reconocimiento de derechos de propiedad industrial, la puesta a disposición de los particulares los medios jurídicos para constituir sociedades, y protección frente a la competencia desleal o el abuso de posición dominante «El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y la planificación», *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, *cit.*, p. 378

¹³⁷ «Que el sistema capitalista sea el que haga posible un mayor desarrollo económico, es algo que puede ser aceptado sin mayor debate. Que el desarrollo económico sea un

empresarial, del que no se duda su valor estratégico en el desarrollo de la economía, y unos sujetos que pueden tener la condición de consumidores y quieren realizar su derecho constitucional a una vivienda.

Y en este contexto no se duda de la importancia de la publicidad registral, ni se discute su trascendencia en la conformación de un mercado inmobiliario que transmita confianza a los inversores y a los adquirentes de derechos reales. Lo que se cuestiona es la absolutividad del discurso que impide tener en cuenta otros tipos de intereses que los representados por la seguridad del mercado; un discurso, así mismo, que se aleja de la lógica del sistema, entendida ésta como expresión de la idea de justicia que se quiere realizar, y que ha de responder al cambio constitucional.

5. LOS INTERESES EN JUEGO Y LA LÓGICA DEL SISTEMA

Retomamos pues el hilo conductor de esta reflexión sobre la publicidad registral, es decir, el alcance de los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria, cuyo tratamiento lo queremos abordar desde la ponderación de los intereses en juego y su contraste en el conjunto del sistema: con los principios que lo informan y con las reglas que lo gobiernan; pues entendemos que sólo desde esta perspectiva es posible medir si la solución que se propugna responde a la idea de justicia intrínseca a la que antes hacíamos referencia.

Hace ya algún tiempo tuve ocasión de expresar mi opinión acerca del debate doctrinal antes expuesto. Entonces afirmaba: «Sin desconocer la fuerza de estos argumentos –los esgrimidos por los defensores de la tesis dualista– hay una razón que nos lleva a manifestar recelos a esta segunda interpretación. Ésta es el distinto tratamiento que, según algunos autores, reciben uno y otro tercero, cuando los dos se pueden ver defraudados en la adquisición de sus derechos: en el primer caso, porque el que se lo transmite haya dispuesto su derecho a favor de otra persona, y, en el segundo, porque el negocio del que trae causa su transferente es nulo o anulable. Este resultado llama la atención cuando el fundamento último de uno y otro tercero es el mismo: la publicidad registral y su inciden-

fin en sí mismo al que todo tenga que ser supeditado es algo que no puede ser aceptado», BALAGUER CALLEJÓN, «El Estado social y democrático de Derecho», *cit.*, p. 95. Una exposición de las distintas interpretaciones acerca de la relación entre economía de mercado y Estado Social, en GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social*, *cit.*, pp. 99 ss.

cia en el orden civil»¹³⁸. «Se podría pensar que el artículo 32 Ley Hipotecaria constituye una versión del artículo 1473 CC sobre la doble venta de bienes inmuebles, en el que parece claro que no se exige la previa inscripción, sí, en cambio, la adquisición a título oneroso y de buena fe. Si ello fuera así no habría ningún inconveniente en seguir la tesis dualista, pese a tener que reconocer, entonces, que el artículo 32 se convertiría en un artículo innecesario, al ser una repetición de lo dicho en el artículo 1473, cuya aplicación requeriría el esfuerzo añadido de circunscribir el supuesto normativo al citado artículo 1473¹³⁹. Lo que no parece correcto es la excesiva vitalidad que se le concede al artículo 32, que lleva a proteger, según algunos autores, al adquirente a título gratuito e, incluso, de mala fe, siendo así que en nuestro Ordenamiento jurídico es principio general que este grado de protección sólo se le depara al adquirente a título oneroso y de buena fe». Esta afirmación se corresponde con una interpretación del artículo 1473.2 CC¹⁴⁰ que lo circunscribe a los supuestos en los que no se ha producido la tradi-

¹³⁸ Continuando que «Se podría explicar esta diferencia de tratamiento en el distinto papel asignado a cada una de las normas, en el sentido de que la primera, el artículo 32, se inserta en el proceso de transmisión de los derechos reales, culminando con la inscripción la plena eficacia del derecho sobre el que se dispone; mientras que el artículo 34 resuelve el problema de la apariencia del Registro. Sin embargo, nos parece que esta diferencia de trato obedece, más que a una opción legislativa en el sentido expuesto, a un arrastre histórico que se inicia con la Ley de 1861, en la que aparecen ambos artículos. En esta época aún no se había consolidado a nivel legislativo y doctrinal el principio de la fe pública registral, que se consagra en la Ley prusiana de 1872, y más definitivamente con la publicación del *BGB*. Sin embargo, hay indicios de que nuestro sistema registral apuntaba hacia lo que se conocerá más tarde como sistema alemán, con la implantación del folio real, del trato sucesivo o del principio de legalidad, si bien, le separe del mismo algo tan importante como la inscripción constitutiva. Y en este sentido se marca su línea de evolución que culmina con la reforma de 1944», *Derecho civil. Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 2 ed., Valencia, 2001, p. 609.

¹³⁹ Entiende que la aplicación del artículo 1473 CC responde al supuesto del artículo 32 Ley Hipotecaria, no necesitando inscripción previa, MÉNDEZ GONZÁLEZ, «La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del CC», *RDCI*, 2002, p. 871.

¹⁴⁰ La interpretación del artículo 1473.2 Código Civil no es una cuestión pacífica pues, como afirma MÉNDEZ GONZÁLEZ, el hecho de que se mantenga viva la controversia sobre la diversa significación de los artículos 1473 y 609 CC es un signo claro de las dificultades de entrar llanamente en la interpretación del básico texto legal de la doble venta sin tener a la vista las consecuencias de la interpretación del primero sobre el sistema de transmisión de la propiedad enunciado en el segundo, «La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», *cit.*, p. 832. Estamos ante un supuesto, el de la doble venta, cuyo tratamiento tiene una larga tradición jurídica, en el que se quiere resolver el conflicto que surge entre dos compradores que adquieren un mismo bien de un solo vendedor, y en su solución no se ha seguido la consecuencia lógica de primar a quien ha adquirido antes mediante la tradición, sino que se ha atendido a otros criterios, si bien éstos coincidan con alguna forma de tradición, a lo que se le ha añadido la exigencia de la buena fe, lo que permite pensar que dicho conflicto se sitúa en un momento anterior a la transmisión del dominio al primer comprador, con lo que se está ante un supuesto de adquisición a domino. Esta es la posición de ALBALADEJO que requiere que el vendedor sea en cada caso el dueño actual de la cosa, «Pluralidad de ventas de una misma cosa», *RDP*, 1976, p. 885. En este sentido, que sigue la tesis monista, PAU PEDRÓN para el que el

ción en la primera enajenación, es decir a los casos en los que no se ha consumado la venta anterior a la que accede al Registro, con lo que se está hablando de una adquisición *a domino* del titular registral amparado por el artículo 32 LH¹⁴¹. En los demás supuestos en los que se plantea una adquisición *a non domino* nos parece que no se justifica un tratamiento diferenciado.

Se quería señalar entonces que la solución a la que se llegara respecto de los artículos 32 y 34 LH no debía ser resultado de una interpretación aislada de cada uno de los supuestos sino consecuencia de la ponderación de los intereses en liza con el conjunto del sistema, atendiendo a los principios que lo informan y las soluciones que le identifican.

Para ello debemos superar la diferencia que desde un punto de vista técnico se ha puesto de manifiesto respecto a los dos terceros protegidos, en el sentido de que el tercero del artículo 32 expresa la regla de la inoponibilidad de lo no inscrito, al estilo francés, mientras que el del 34 el principio de la fe pública registral.

Respecto al primero de dichos terceros, el del 32, la explicación que la justifica supone admitir que en nuestro Ordenamiento los derechos reales sólo son plenamente oponibles a los terceros cuando se inscriben en el Registro, y ello implica subvertir las reglas

artículo 1473.2 no se aplica si la primera compraventa ha sido seguida de tradición, pues en el caso que haya sido así, la protección del segundo comprador no vendrá por la vía de dicho artículo sino por el 606 CC en los términos en los que él lo interpreta, «Comentario al artículo 606 CC», *cit.*, p. 1535. Para GARCÍA CANTERO las diversas compraventas a las que alude el segundo párrafo del artículo 1473 deben haberse realizado antes de que alguna de ellas haya alcanzado su consumación, «Comentario al artículo 1473 CC», *Comentario del CC*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 931.

En contra de lo expuesto existe otra línea interpretativa que incluye en el supuesto del artículo 1473 la venta de cosa ajena: así, AMORÓS GUARDIOLA, seguidor de la tesis dualista, para el que la norma del artículo 1473.2 CC no es más que la aplicación a un caso concreto del principio general formulado en los artículos 606 CC y 32 Ley Hipotecaria. En este sentido afirma que el marco en el que se insertan las tres disposiciones es el de ventas sucesivas de un inmueble por quien aparece como dueño del mismo, aunque deje de serlo como consecuencia de la primera venta; entonces, el problema se plantea entre dos compradores con tradición, real o instrumental, a su favor, no entre un comprador con tradición y otro al que la posesión ya ha sido entregada, «Comentario al artículo 606 CC», *cit.*, p. 290. También, RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, p. 50; PETIT, que considera que en el supuesto de segunda venta tras haberse consumado la primera mediante tradición, se está ante una venta de cosa ajena, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, p. 105. JORDANO FRAGA que, sin embargo, se inclina porque el segundo comprador que inscribe ha de reunir los requisitos del artículo 34 Ley Hipotecaria, «Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición *a non domino*. Responsabilidad por evicción (Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 4 de marzo de 1988)», *ADC*, 1989, p. 1361, en nota 5. Por su parte, LALAGUNA identifica el supuesto del artículo 1473.2 con el artículo 32 Ley Hipotecaria, diferente del 34 LHipotecaria, «La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, t. III, pp. 3973 ss.

¹⁴¹ Para TIRSO CARRETERO el tercero latino del artículo 32 lucha con un endeble *verus domino*. Suele ser un dueño de días o meses y que desde luego sabe que le falta cumplir un trámite legal para consagrarse su dominio, «Retornos al Código Civil», *cit.*, p. 92.

que rigen la inoponibilidad de tales derechos, consecuencia de su efectiva transmisión mediante el título y el modo. No existe en nuestro Código una disposición al estilo del artículo 1583 del *Code* que limite los efectos traslativos a la persona del adquirente y, por el contrario, sí contiene normas como la del artículo 609, referida a la eficacia transmisiva del título y el modo, o la del artículo 348.2 sobre la oponibilidad de la propiedad, por lo que la argumentación con que se quiere justificar este tercero diferenciado carece de base normativa suficiente¹⁴². Y además, consagrar esta solución supone, como se ha dicho¹⁴³, llegar a una inscripción quasi constitutiva, y ésta opción, como sabemos, no se hizo por los sucesivos redactores de la normativa registral¹⁴⁴. Ahora bien, lo dicho no significa que se esté en contra de tal inscripción, pero su implantación requiere de un conjunto de garantías en el acceso al Registro del que carece nuestro Derecho¹⁴⁵. Baste únicamente considerar los sistemas de inmatriculación que se contemplan en nuestra Ley Hipotecaria cuyos efectos, como es sabido, se suspenden durante un plazo de tiempo para el tercero hipotecario del artículo 34.

La comprensión del artículo 32 en los términos de los seguidores de la tesis dualista requiere situarlo en el plano de las excepciones a las reglas generales en la materia, y en esta línea, la excepción no puede ser otra que la de consolidar una adquisición *a non dominio* en atención a los intereses que se quieren proteger con la publicidad registral, y que son sustancialmente los del que accede al Registro para la inscripción de sus derechos y los intereses del mercado que se expresan a través de la seguridad de las transmisiones.

Y en este sentido ya hemos expuesto en el apartado anterior, cómo estos intereses pueden y deben ser atendidos por el legislador con soluciones específicas, que en el caso que nos ocupa se concretan en la publicidad registral y sus efectos, que obedecen a una misma lógica interna y se justifican en igual fundamentación.

Por ello, el argumento de que en cada uno de los artículos en cuestión se resuelve un problema diferente, la doble disposición

¹⁴² Sobre el tema, las interesantes puntualizaciones de MIQUEL GONZÁLEZ, «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *cit.*, pp. 45 ss.

¹⁴³ Esta es la posición de GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. I y II, *cit.*, pp. 583 ss. y 251 ss., respectivamente.

¹⁴⁴ En este sentido PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, *cit.*, p. 614. PAU PEDRÓN: Cuando la inoponibilidad registral produce un efecto máximo, es decir, cuando excluye cualquier vía de oponibilidad, deja de ser en sentido estricto oponibilidad, y se convierte en eficacia constitutiva, «Esbozo de una teoría general de oponibilidad», *La publicidad, registral*, Madrid, 2001, p. 359.

¹⁴⁵ Muchos son los autores que han manifestado su opinión favorable a la implantación en nuestro Derecho de la inscripción constitutiva, una exposición reciente en JEREZ DELGADO, «Inscripción registral y desarrollo del sistema inmobiliario», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, t. III, *cit.*, pp. 917 ss.

del artículo 32, y la falta de titularidad del transmitente del artículo 34, choca de frente con la regla de que nadie puede dar lo que no tiene, de indudable valor para la vigencia del sistema de transmisión de los derechos reales. Y, como afirma Miquel González, esta regla no sólo tiene una explicación lógica, sino también un valor normativo propio.¹⁴⁶

Y a tal fin, hay que señalar frente a los que defienden la protección por el artículo 32 del tercero de mala fe que inscribe, como el principio general de la buena fe¹⁴⁷ que informa nuestro Ordenamiento impide que pueda considerarse preferente a aquél cuando lo que se pretende precisamente es consolidar una situación que se aparta de lo que es la regla general en la transmisión de los derechos, con una consecuencia tan importante como es la adquisición *a non domino*. De igual manera se debe razonar respecto del adquirente a título gratuito que se ampara en el artículo 32 Ley Hipotecaria para hacer valer su derecho frente al que adquirió a título oneroso, pues no se ajusta esta solución a la lógica del sistema, ni responde a la valoración que en nuestro Ordenamiento se hace de los intereses en juego cuando se enfrentan un titular con derecho sobre la cosa y un adquirente que trae causa de un no dueño, situación que se rige por la regla *nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse habet*, que sólo cede ante los supuestos de adquisición *a non domino* en circunstancias muy concretas, que requieren en todo caso la adquisición a título oneroso del que pretende beneficiarse de la misma.¹⁴⁸

Así, cuando en el conflicto entra en liza un adquirente de buena fe y a título oneroso que inscribe en el Registro al que se le protege con una adquisición *a non domino*, los intereses a ponderar son los

¹⁴⁶ Su fundamento, a juicio de este autor, es el principio de autonomía privada: «La admisión del principio de autonomía privada significa la posibilidad que el Ordenamiento jurídico reconoce a las personas de regular sus intereses; como consecuencia de ese reconocimiento les atribuye el poder de decisión sobre su propio patrimonio y correlativamente se lo niega sobre el patrimonio ajeno. La regla *nemo dat quod non habet* es correlativa a la libertad del propietario para disponer de su propiedad. Por eso la adquisición *a non domino* no puede ser un principio general, porque es una derogación al principio de autonomía privada, y como tal requiere una argumentación especial», «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *cit.*, p. 47.

¹⁴⁷ Respecto a dicho principio, DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en Derecho civil español*, Barcelona, 1965; GETE-ALONSO, «Comentario al artículo 7 del Código Civil», ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. I, V. I, Madrid, 1992, pp. 862 ss.; MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 7.1 del Código Civil», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, t. I, Madrid, 1997, pp. 336 ss.; CORRADINI, *Il criterio di buona fede e la ciencia del diritto privato: dal Codice napoleónico al Codice civile italiano*, Milano, 1970.

¹⁴⁸ DÍEZ PICAZO, refiriéndose a este tipo de adquisición: «Lo cual ocurre, en particular, cuando su adquisición se ha realizado a través de un negocio oneroso que le ha impuesto un sacrificio patrimonial, y cuando el adquirente ha sido de buena fe», *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, *cit.*, p. 805.

que se quieren preservar con tal solución y los que están presentes en las reglas generales que rigen la transmisión de los derechos reales; en definitiva, los intereses del tercero o terceros que se quedan con el bien inmueble o derecho real, a pesar de la quiebra que se ha producido en el proceso adquisitivo del que trae causa, y los de aquél o aquellos a los que le corresponden la cosa o derecho de acuerdo con las normas civiles que regulan su transmisión.

Y en esta línea, como ya dijimos, si nos situamos en el plano material de los intereses que se enfrentan en los supuestos que se identifican con los dos terceros, el del artículo 32 y el artículo 34, podemos apreciar que existe una gran semejanza entre uno y otro, pues en definitiva nos encontramos ante dos casos de adquisición *a non domino* que se producen en virtud de un mismo fundamento, la publicidad registral, pero que, sin embargo, operan con requisitos muy diferentes, pues en el primero es suficiente la inmatriculación de la finca y en el segundo se requiere que traiga causa de un titular registral¹⁴⁹. Desde esta perspectiva es indiferente la causa por la que el tercero ve amenazado su derecho: la doble disposición de su transmitente o la anulación o resolución del derecho, pues en ambos casos nos encontramos ante una fuga del sistema que se ha de resolver con sólidos argumentos que tengan una coherencia interna. Y el argumento no es otro que los efectos del Registro en el orden civil, que entendemos no pueden operar diversificando los requisitos para lo que consideramos una misma realidad, la de adquirir a *non domino* en virtud de la inscripción registral.

Incluso, si descendemos a los casos concretos que se amparan en una y otra norma, nos encontramos que esta inicial diferencia de los supuestos de los artículos 32 y 34 se desdibujan por la doctrina cuando incluyen en el último de los artículos citados los supuestos de la doble disposición a los que se refiere el primero de ellos, de tal manera que el posterior adquirente que inscribe en el Registro está protegido por el artículo 32 y también por el 34 cuando reúne los requisitos, con lo que las diferencias se desvanecen¹⁵⁰.

¹⁴⁹ La valoración de los intereses en juego ha sido ponderada por diferentes autores, si bien con consecuencias diferentes; así, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS afirma que la exigencia de la buena fe es una solución que coordina con los principios de nuestro sistema, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, *cit.*, p. 615. Sobre la buena fe del tercero hipotecario, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. II, *cit.*, pp. 338 ss.

¹⁵⁰ Como afirman LACRUZ y SANCHO: «la protección al comprador diligente que inscribe y la que se presta a quien confía en el Registro no contemplan necesariamente supuestos distintos, sino que en los casos más frecuentes se solapan, se superponen», *Derecho inmobiliario registral*, *cit.*, p. 167. Para DÍEZ PICAZO hay casos cubiertos simultáneamente por el artículo 32 y por el artículo 34, casos cubiertos únicamente por el artículo 32 y casos cubiertos únicamente por el 34. Los dos conceptos no son círculos concéntricos ni tampoco círculos tangentes, sino círculos secantes, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, *cit.*, p. 478.

Por las razones expuestas, entendemos que la publicidad registral, que en nuestro Ordenamiento responde a los principios de inscripción declarativa, de legalidad y exactitud del Registro, y de fe pública registral, y que no alteró las disposiciones sustantivas que rigen la transmisión de los derechos reales, sólo suministra un fundamento a la excepción de que nadie puede dar lo que no tiene: la adquisición *a non domino* ha de sustentarse en los requisitos que recoge el artículo 34 LH.

Con estos argumentos mantenemos una posición en la interpretación de los artículos 32 y 34 LH muy cercana a la llamada tesis monista.

Ahora bien, en todo caso estamos hablando de un tercero al que se le identifica con unos requisitos generales, seleccionados por el legislador para que su posición pueda ser relevante jurídicamente en los términos expuestos. Un tercero que representa a un sujeto abstracto, descomprometido o aislado de cualquier otra circunstancia o condición que no haya sido tenida en cuenta, y en el que se puede encarnar tanto una empresa como un particular que puede ser incluso un consumidor; o un adquirente de un solar, de un local comercial o de una vivienda. A todos ellos protege y ampara la Ley cuando reúnen los requisitos exigidos. Frente a este planteamiento, nos preguntamos si es posible discernir otro tipo de requisitos o circunstancias en ese tercero protegido para darle relevancia jurídica, en otros términos a como se ha hecho hasta ahora respecto a la unidad o dualidad de terceros.

En nuestra cultura jurídica¹⁵¹ las normas y las reglas que en ellas se contienen están pensadas para la generalidad de los comportamientos individuales que, normalmente, se adaptan a lo dispuesto por el Ordenamiento, de tal manera que es posible racionalmente ordenar el conjunto de relaciones sociales, mediante proposiciones generales y abstractas en torno a un sujeto desligado de cualquier situación en la que se encuentre, o de cualquier condición que le adorne. Así, se habla del transmitente o del adquirente como actores de la escena jurídica perfilada en la norma. De igual modo, se inducen principios o se definen reglas que a la par que dotan de lógica al conjunto del sistema, expresan la noción de justicia que se quiere realizar; a este proceso responden el principio de la buena fe o la regla de que nadie puede dar lo que no tiene. De esta manera procede Gordillo cuando afirma:

¹⁵¹ Unas certeras reflexiones acerca de las diferencias en este punto entre el *common law* y el *civil law* en LÓPEZ Y LÓPEZ, «Sobre epistemología y tradiciones jurídicas (a propósito de una conferencia cantabrigense de Pierre Legrand), *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 27, 1998, pp 475 ss.

«Tres son las bases desde las que se levanta nuestro sistema: La teoría del título y el modo, la consideración de la inscripción registral como cuestión de forma –externa de suyo y ajena al proceso transmisivo–, y la ponderación ético-jurídica del comportamiento de quienes dilucidan en torno a la publicidad sus intereses en pugna: la negligencia –normalmente– de quien dejó de inscribir y, sobre todo, la buena fe de quien confió en el Registro»¹⁵².

Se perfila así un edificio conceptual en el que ha de encajar la realidad, tanto la que se adecua al diseño como la que se aparta del mismo; para esta última se crean figuras jurídicas a fin de reconduir los comportamientos patológicos al esquema general, evitando que éstos puedan triunfar sobre la norma, con lo que se imponen sanciones, se anulan efectos o se reparan las consecuencias negativas que estos comportamientos han producido, con lo que finalmente el sistema se impone a la propia realidad.

Ahora bien, puede ocurrir que esta lógica se quiebre en atención a concretos intereses que se quieren proteger, con lo que la conducta que se desvía de tal esquema general tiene efectos jurídicos propios. Pero en tal caso se está ante una *excepción*, aunque ésta se elabore igualmente recurriendo a la formulación de reglas generales y abstractas que representan unos intereses y unos sujetos desligados de las contingencias de la realidad concreta en la que están inmersos. Y a este planteamiento responde, por lo que aquí nos interesa, la formulación de la publicidad registral como garantía de la seguridad del tráfico jurídico, basado en la apariencia de los asientos registrales, y del tercero hipotecario que cree en esa apariencia y que resulta ser la encarnación del sujeto que debe ser protegido¹⁵³. Se elabora, así pues, una nueva categoría, la de la apariencia¹⁵⁴, en la que sustentar un conjunto de soluciones que encajen dogmáticamente, y ello se hace desde la neutralidad jurídica respecto de las situaciones concretas a las que se ha de aplicar; lo mismo ocurre con la definición del tercero protegido por el Registro, que resulta ser la formulación abstracta de un comportamiento típico, sin reparar, como antes se ha apuntado, que pueda ser una empresa inmobiliaria, o un consumidor, o que estemos ante un adquirente de una vivienda, de

¹⁵² «La peculiaridad...», *cit.*, pp. 70 y 71.

¹⁵³ Esta es la argumentación de BUSTOS PUECHE que sustenta la interpretación del artículo 32 LH, diferente al 34, en la apariencia negativa del Registro, que hay que considerarla dentro de la teoría general de la apariencia que él defiende, «El sujeto beneficiario de la protección registral», *cit.*, pp. 2593 y 2606 ss. De excepción trata también el régimen de la adquisición *a non domino* del artículo 34 LH JEREZ DELGADO, que lo justifica en la confianza en los datos publicados en el Registro, *Tradición y Registro*, Madrid, 2004, pp. 283 ss.

¹⁵⁴ En contra de esta idea de la apariencia, PAU PEDRÓN: «El Registro no es apariencia, es verdad oficial, es publicidad oficial», «Esbozo de una teoría general de oponibilidad», *La publicidad registral*, *cit.*, p. 344.

un aparcamiento o de un local comercial, por poner algunos ejemplos. Todos han de ser considerados iguales. Si se identifica otro posible tercero, éste ha de definirse igualmente desde la neutralidad jurídica respecto a las contingencias concretas.

Pero esta manera de proceder, hija del racionalismo jurídico de la que el CC y la LH son una buena expresión¹⁵⁵, ha sido, si no desbordada, al menos cuestionada por las Constituciones sociales, de las que se puede decir que suponen el paso de la igualdad formal expresa a través de un sujeto único a la igualdad sustancial del sujeto diferenciado. Se pasa, así pues, de un Derecho de la uniformidad, típico del Estado liberal, a un *Derecho de la diversidad*; de una diversidad muy dispar, que repara en distintos sujetos que se encuentran en situación de debilidad o desventaja social, unos sujetos que se identifican precisamente por unas circunstancias o unas características contingentes, para hacerlos destinatarios de unas políticas específicas que corrijan su situación de desigualdad en el plano material: los consumidores, los enfermos, los menores de edad, las personas mayores, por poner algunos ejemplos; unos sujetos, todos ellos, a los que se les reconoce como atributos jurídicos los derechos sociales, que reflejan el compromiso de los poderes públicos con el disfrute real de unos bienes que se consideran imprescindibles para la realización del principio constitucional básico de la dignidad de la persona, entre los que se encuentra, sin duda, la vivienda.

En este nuevo marco nos encontramos que la publicidad registral se desenvuelve entre la protección de los intereses que en su momento justificaron su creación y estas nuevas realidades jurídicas que deben ser atendidas.

La protección del tercero hipotecario en un sistema de fe pública registral como el nuestro, es una buena solución cuando el conflicto se plantea entre sujetos indiferenciados, pero puede ser cuestionable ante determinados sujetos que gozan de un amparo constitucional.

6. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LOS SUJETOS DIFERENCIADOS DEL ESTADO SOCIAL

El sujeto diferenciado del Estado social no responde a situaciones de privilegio en las que se puedan encontrar las personas por su

¹⁵⁵ Para GARCÍA-PELAYO, una característica del orden político liberal era que «El Estado era concebido como una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de estructura vertical o jerárquica, es decir, construida primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación. Tal racionalidad se expresa capitalmente en leyes abstractas...», *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., p. 21.

posición en una determinada estructura social, política o económica, que nos haría recordar a una sociedad, la estamental, que fue superada históricamente por el principio de igualdad formal que impuso el cambio revolucionario burgués, incompatible con la existencia de distintas clases de ciudadanos; de ahí, la formulación de los derechos y los deberes a través de reglas abstractas y generales referidas a un único sujeto de derecho, que antes hemos referido. Su existencia, por el contrario, responde a un fundamento muy diferente, pues tiene que ver precisamente con la igualdad, pero con la igualdad sustancial de los individuos como exigencia del Estado social, y presupuesto para el ejercicio de los derechos fundamentales¹⁵⁶; se entiende pues que no es posible la realización efectiva de las libertades democráticas si los ciudadanos no tienen resueltas sus necesidades vitales, si en la realidad de los hechos no cuentan con los medios necesarios para atender su sustento y pervivencia¹⁵⁷.

Ello coloca la relación del Estado con los ciudadanos en un escenario muy diferente a aquél en el que se había desenvuelto el modelo liberal, pues se le impone a los poderes públicos la obligación de intervenir en el orden social a fin de corregir, o al menos mitigar, las situaciones de desigualdad que genera el sistema económico capitalista¹⁵⁸, asumiendo, incluso, la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los mismos las prestaciones y servicios adecuados para subvenir a dichas necesidades vitales¹⁵⁹.

Esta última dimensión del Estado social se ha cristalizado en la constitucionalización de un conjunto de derechos que han merecido la calificación de sociales, y que tienen que ver con el disfrute

¹⁵⁶ GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., p. 26. También, PRIETO SANCHÍS, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, pp. 9 ss.

¹⁵⁷ La categorización de los distintos derechos fundamentales en derechos civiles y políticos y derechos sociales, o a través de otras expresiones como los de primera, segunda y tercera generación, está hoy superada por un importante sector doctrinal, posición a la que me adhiero, pues no se puede desconocer la influencia que los llamados derechos sociales tienen en el efectivo disfrute de los otros derechos fundamentales; una exposición de las distintas teorías al respecto la podemos encontrar en GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social*, cit., pp. 74 ss. También en TORRES DEL MORAL, «Naturaleza jurídica de los derechos constitucionales», en Balaguer Callejón (editor), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004, pp. 479 ss.

¹⁵⁸ GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., pp. 21 ss. TORRES DEL MORAL, refiriéndose al conjunto de los derechos fundamentales, afirma que todos contienen un mandato a los poderes públicos: «Se trata de una política de prestación, de promoción, de búsqueda de la eficiencia, de optimización de los derechos; de una tarea política positiva que busca crear la realidad y no meramente respetarla», «Naturaleza jurídica de los derechos constitucionales», cit., p. 523.

¹⁵⁹ Es decir, velar por lo que la doctrina alemana ha calificado de «procura existencial (*Daseinvorsorge*)», PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 5.^a ed. Madrid, 1993, p. 193.

de unos bienes que se consideran esenciales, como la salud, la educación, la vivienda, entre otros¹⁶⁰.

Esta preocupación por la persona ha propiciado que por parte de los poderes públicos se entre a discernir algunas de las situaciones en las que se puede encontrar, para hacerla destinataria de políticas específicas de atención a sus necesidades o destinadas a corregir su posición de desventaja social, es decir, de desigualdad real en la que se encuentra¹⁶¹.

En el plano normativo el tratamiento diferenciado de una categoría de personas se ha traducido en la elaboración de regímenes jurídicos específicos que vienen a quebrar la uniformidad de soluciones elaboradas para el sujeto único, que resulta ser la encarnación abstracta de la aplicación de la igualdad formal, fundamento indiscutible del Estado democrático; en todo caso, la aplicación de los postulados en los que se asienta el Estado social no está exenta de dificultades, pues se encuentra atrapada por dos principios cuyo desenvolvimiento puede ser contradictorio: el de la igualdad formal, antes aludido, que exige un mismo tratamiento jurídico a todas las personas –son sus manifestaciones la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley– y el de la igualdad sustancial, que requiere para su efectiva realización tener en cuenta la diferen-

¹⁶⁰ GONZÁLEZ MORENO, tras estudiar las distintas teorías acerca de la naturaleza de los derechos sociales, concluye afirmando la imposibilidad de elaborar una construcción dogmática unitaria desde el punto de vista de su estructura jurídica como derechos en sentido estricto, *El estado social*, *cit.*, pp. 123 ss. En este sentido ya se había pronunciado CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988, pp. 29 ss. y 47 ss. Por su parte, GALLEGU MÉNDEZ nos dice que el ejercicio de los derechos sociales procura la igualdad real y plena de las personas, «Se relacionan con la legitimidad contemporánea. Y constituyen un problema muy complejo, no resuelto. De una parte el Estado ha de garantizar derechos sociales y económicos que, en definitiva, están orientados al logro de la igualdad, pero son derechos distintos a los tradicionales derechos civiles y políticos, y la garantía de los primeros (trabajo, huelga, vivienda) puede colisionar con la garantía de los segundos (propiedad privada e igualdad ante la ley)», «Estado social y crisis del Estado», *cit.*, p. 122. Sobre el tema también PORRAS RAMÍREZ, «Caracterización y garantías de los derechos de prestación en el Estado constitucional», en Balaguer Callejón (editor), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004, pp. 659 ss.; AÑÓN ROIG y GARCÍA AÑÓN, coordinadores, *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, 2002, pp. 96 ss. Para CRUZ VILLALÓN, los derechos sociales son garantías institucionales en el sentido que tiene este concepto en el Derecho constitucional, «Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía», en Cámara Villar y Cano Bueso (coor.), *Estudios sobre el Estado social*, *cit.*, p. 103.

¹⁶¹ Como afirma PORRAS RAMÍREZ: «Se es, pues, consciente de que el logro de un orden social mínimamente justo, en el que se haga realidad el propósito constitucional, enunciado en el Preámbulo, de asegurar a todos una “digna calidad de vida”, no se alcanza de manera espontánea, con el mero ejercicio individual de los derechos de libertad, bajo la observante tutela del Estado. Éste debe, pues, responsabilizarse de que los derechos, acordes con el modelo político y social que ha dispuesto la Constitución, puedan llegar a ser ejercidos por aquellos que no se encuentran, inicialmente, en situación de acceder a los bienes y servicios que presuponen», «Caracterización y garantías de los derechos de prestación en el Estado constitucional», *cit.*, p. 662.

te situación social en la que se pueden encontrar las personas, para depararles una atención específica. Ni que decir tiene que en esta dialéctica de la igualdad formal y la sustancial tiene más vigor la primera, como presente está el Estado liberal¹⁶².

En el ámbito del Derecho civil, este fenómeno ha sido descrito por López y López: «La desigual consideración de los sujetos privados en función de su real posición social, tenía que dar lugar a una legislación de clase o categoría. Y ello abocaba, como es consecuente, a una fragmentación normativa que no solo tiene una vertiente externa o cuantitativa, sino que porta en sí una fragmentación del sujeto, que empieza a comparecer en diferenciados roles, los que la existencia concreta le arroja a representar: trabajador, empresario, propietario, consumidor, arrendatario, menor. De esta manera la legislación de clase o categoría se convierte en el epifenómeno significativo, en la apariencia exterior de la nueva era del Derecho civil»¹⁶³.

Así tenemos que lo que surge a impulsos de las Constituciones sociales, como antes se ha dicho, es el *Derecho de la diversidad*: aquél que diferencia al trabajador, al arrendatario, o al consumidor, pero también el que tiene en cuenta a la mujer, al discapacitado, al niño o al adolescente, e, incluso, al que contempla a la persona como demandante del derecho a la educación, a la salud, o a una vivienda digna, por poner algunos ejemplos¹⁶⁴.

Ocurre, en consecuencia, que la uniformidad de regímenes jurídicos y la generalidad de las soluciones, garantes de la igualdad formal, se quiebran con la proliferación de tratamientos jurídicos diferenciados que reparan en distintos sujetos de derecho, pero también en determinados bienes destinados a satisfacer las necesidades vitales de las personas, y que están contemplados en la Constitución; son los derechos sociales que tienden a realizar la igualdad sustancial.

Centrándonos ya en la cuestión que más directamente nos concierne, nos planteamos la trascendencia que para el régimen de publicidad registral inmobiliaria tienen estos sujetos diferenciados de la Constitución social, si bien debemos señalar que no se preten-

¹⁶² Como dice LÓPEZ Y LÓPEZ, «el núcleo jurídico duro del principio de igualdad en las Constituciones del Estado Social, lo constituye la igualdad *en y ante la ley*, la prohibición de discriminaciones; la igualdad sustancial es un concepto mucho más débil, en su operatividad jurídica», «Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular», *cit.*, p. 433.

¹⁶³ «Estado social y sujeto privado. Una reflexión finisecular», *cit.*, p. 457.

¹⁶⁴ BOBBIO describe este proceso como el paso del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea en la especificidad de sus diversos *status sociales*, en relación a distintos criterios de diferenciación, *El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991, pp. 115 ss.

de ahora concretar todas las posibilidades que el tema propuesto sugiere, pues entendemos que son tantas sus implicaciones que desbordarían el objeto de este trabajo: apuntar una línea de interpretación y aplicación de las disposiciones del Registro más respetuosa con nuestra Constitución.

Y en este punto nuestra atención se centra inicialmente en el consumidor. Respecto de él puede ser discutible que nos encontremos ante una categoría o clase de personas que encarna un sujeto diferenciado, pues en definitiva la posición que éste representa abarca a la generalidad de las personas que en cualquier momento se pueden encontrar realizando actos o negocios de los calificados de consumo, por lo que bien podría identificarse con la del ciudadano en la sociedad del consumo¹⁶⁵. No obstante, es cierto que existe un conjunto normativo o, al menos, un conjunto de leyes que atienden a la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor para elaborar regímenes jurídicos diferenciados de las reglas generales en la materia, con una clara finalidad de protección, que tienen su fundamento en el artículo 51 CE, cuando afirma que «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios».

Estas disposiciones afectan también al régimen de la publicidad registral. Ello es evidente cuando hay una mención expresa en este sentido, como ocurre en el artículo 10.6 LGDCU en el que se afirma: «Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales»¹⁶⁶; o el artículo 6 de la Ley Aprov. Inm., que impone al registrador la obligación de comprobar si en los estatutos hay apartados o artículos que impongan a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno alguna obligación o

¹⁶⁵ Ello explica en cierta medida que la noción jurídica de consumidor no tenga un significado unívoco, pues depende en cada caso del nivel de protección que se quiera depurar al ciudadano frente a los intereses de la empresa en los diferentes sectores económicos. Una exposición reciente sobre las diferentes concepciones de consumidor en CARRASCO PERERA (director), *El Derecho de consumo en España: Presente y futuro*, Madrid, 2002, pp. 21 ss.; LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2003, pp. 57 ss.; FERNÁNDEZ GIMENO, en Reyes López (coordinadora), *Derecho privado de consumo*, Valencia, 2005, pp. 95 ss.

¹⁶⁶ En el segundo inciso se establece que «Los notarios, los Corredores de Comercio, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones, informarán a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia».

limitación en contra de la Ley, debiendo en tal caso suspender la inscripción¹⁶⁷.

Ahora bien, cuando no existe una norma que expresamente vincule al registrador en la calificación registral, entendemos que la finalidad de protección que ha impulsado la normativa de consumo no puede ser ajena al funcionamiento de la publicidad inmobiliaria. Por ello suscribimos plenamente las palabras de García García¹⁶⁸ cuando afirma que «Todo el Registro de la Propiedad y la Ley Hipotecaria, en sus diferentes procedimientos, está inmerso en esta función de protección de los consumidores, no sólo por la vía de la claridad de los asientos, sino también por las garantías del procedimiento registral y por la protección que se le da a los consumidores a través de la calificación registral»; de ello deducimos que el registrador, a pesar de la literalidad del mencionado artículo, debe entrar a valorar conforme a la legislación vigente la licitud de las cláusulas de un contrato en el que participe un consumidor a fin de decidir sobre su inscripción.

Refiriéndonos específicamente a la materia que más directamente nos ha ocupado en este trabajo, cual es la protección del tercero registral, nos planteamos cómo afecta a ese tercero otro sujeto diferenciado, que concretamos en aquél cuya posición jurídica respecto a un bien inmueble inscrito tiene como finalidad realizar su derecho constitucional a una vivienda, reconocido en el artículo 47 CE cuando afirma que «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación».

De entrada, se debe señalar que, a diferencia de otros preceptos sobre los principios rectores de la política social y económica, en el 47 se reconoce la existencia de un derecho¹⁶⁹, con lo que parece que la necesidad de la que se trata, la de una vivienda, se cualifica en el plano constitucional hasta tal punto que su reconocimiento no se vincula exclusivamente a la acción de los poderes públicos¹⁷⁰,

¹⁶⁷ La Ley de Ordenación de la Edificación establece en su artículo 20 que no se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones sometidas al régimen de la Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a las que se refiere el artículo 19 del mismo texto legal.

¹⁶⁸ «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», *cit.*, pp. 348 ss.

¹⁶⁹ Sólo tres artículos que regulan los principios rectores reconocen expresamente un derecho: artículo 43, el derecho a la protección de la salud; artículo 45, derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, y artículo 47 que es objeto de comentario.

¹⁷⁰ BASSOLS COMA señala algunas intervenciones de los poderes públicos que él considera comunes y genéricas: normativa para diseño, calidad y seguridad de las construcciones; transparencia en el mercado de la vivienda y protección de los usuarios, rég-

sino que se hace extensivo a todas las personas, que pueden realizar tal derecho a través de diferentes vías. Sin embargo, en la doctrina¹⁷¹ ha primado la perspectiva prestacional del derecho a la vivienda que lo vincula a las clases sociales más necesitadas de la acción de los poderes públicos, para hacer efectiva la igualdad sustancial respecto a este bien.

Pero ello no debe suponer que la protección constitucional se limite exclusivamente a determinados colectivos, y se concrete necesariamente a través de las políticas públicas de promoción de este derecho; como hemos dicho, éste pertenece a todos, y su realización afecta igualmente a todos los particulares¹⁷².

Así, cuando los poderes públicos asumen su protección, pueden utilizar diversas vías, y recurrir a instrumentos jurídicos propios del Derecho público, o del Derecho privado, tal cual ha acontecido con la normativa de los arrendamientos en la LAU. Como se dice en su EM: «La finalidad última que persigue la reforma es la de coadyuvar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pieza básica de una política de vivienda orientada por el mandato constitucional consagrado en el artículo 47, de reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada»¹⁷³.

Y precisamente este reconocimiento nos coloca ante un sujeto diferenciado, como es el arrendatario de vivienda, al que se le hace destinatario de un conjunto de soluciones que tienden a preservar su posición durante un tiempo determinado. Y a este arrendatario se le protege incluso frente al tercero hipotecario, pues en la ponderación de intereses que hace el legislador se considera prioritaria la

men jurídico del uso de la vivienda; fiscalidad general de la vivienda; articulación del régimen de financiación, crédito y mercado hipotecario...». «Comentario al artículo 47 de la Constitución española», Alzaga Villaamil (editor), *Comentarios a la Constitución española*, t. IV, Madrid, 1999, p. 319.

¹⁷¹ Un estudio de este derecho desde la disciplina urbanística, en JIMÉNEZ BLANCO, «El derecho a una vivienda digna y adecuada», *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, cit., pp. 1711 ss. Una visión de este derecho desde las inversiones públicas, en DÍEZ MORENO, *El Estado Social*, cit., pp. 263 ss. Por su parte, AGOUES MENDIZÁBAL analiza este derecho en las transmisiones entre particulares de las viviendas de protección social, «La función social de la vivienda frente a los intereses entre particulares», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1998, núm. 51, pp. 9 ss.

¹⁷² Como nos dice BASSOLS COMA, la vivienda es una necesidad social común a todos los ciudadanos, «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Urbanístico*, 1983, p. 18.

¹⁷³ La exigencia constitucional sobre el derecho a una vivienda unida a la protección de la familia justifican igualmente las normas del CC sobre la vivienda familiar. La STC 222/1992, de 11 de diciembre, recurre a estas normas, entre otros preceptos constitucionales, para fundamentar la declaración de inconstitucionalidad del artículo 58 de la anterior LAU, un comentario en GARRIDO, «El valor constitucional de los principios rectores (Comentario a la STC 222/1992, de 11 de diciembre)», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1994, núm. 40, pp. 215 ss.

realización del derecho a la vivienda frente a los intereses de dicho tercero y los generales del mercado presentes en el sistema de publicidad registral. Así se dispone que «El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 Ley Hipotecaria» (art. 14), solución que contrasta con la que se establece en el artículo 29 del mismo texto legal, respecto de los arrendamientos para un uso distinto del de vivienda, pues en caso de enajenación de la finca a un tercero que reúne los requisitos del mencionado artículo 34, no se produce la subrogación en los derechos y obligaciones del arrendador.

Resulta de lo anterior que la seguridad del mercado, que se ha visto como un trasunto del principio de seguridad jurídica, y que constituye el fundamento último de un sistema de publicidad registral que consolida adquisiciones *a non domino* cuando concurren determinados requisitos, no se ve alterada de manera sustancial con esta solución legal, ya que las figuras y soluciones que la soportan se mantienen con carácter general, como no podía ser menos en un Estado que apuesta por el tipo de relaciones económicas típicas de la economía de mercado. Desde esta perspectiva podemos afirmar que siguen teniendo plena vigencia los postulados en los que se asienta nuestro modelo de publicidad registral, y que el tercero hipotecario expresa la igualdad formal en la que se asienta el sistema. Ahora bien, ello no significa que consideremos a la seguridad del mercado como una superestructura que se impone al diseño constitucional de las relaciones económicas, de tal manera que pueda desconocer a otros sujetos diferenciados cuando han sido amparados por la Constitución. Con este razonamiento no se trata pues de iniciar sin más un proceso de deconstrucción del sujeto abstracto para diluirlo en una diversidad de realidades contingentes, marcadas por las circunstancias concretas en las que se puedan encontrar las personas, y proceder a partir de ahí a una ponderación *ad hoc* de los intereses en juego, si no de admitir que las propuestas generales pueden y deben ceder ante unas concretas necesidades cuya satisfacción ha sido asumida en el plano constitucional en forma de compromiso de los poderes públicos, tal como ocurre con la vivienda.

Ello es evidente cuando existe un desarrollo normativo de las disposiciones constitucionales sobre tal derecho, pero nos podemos plantear la identificación de estos sujetos diferenciados en atención a un bien que ha sido protegido constitucionalmente, sin necesidad de que una norma expresamente lo disponga. En defini-

tiva, lo que nos estamos planteando es la eficacia de la Constitución social sobre el resto del Ordenamiento jurídico y, más concretamente, la virtualidad de los derechos sociales.

Como es sabido, los derechos sociales no gozan en el plano constitucional del mismo grado de eficacia que los demás derechos fundamentales; aquéllos se encuentran entre los principios rectores de la política social y económica que requieren de la intermediación legislativa para poder fundamentar una pretensión judicial de los particulares¹⁷⁴. Los derechos sociales, se dice, son diferentes a los tradicionales derechos y libertades fundamentales que garantizan espacios de inmunidad frente a la acción del Estado, pues tienen un contenido prestacional que requieren de la acción de los poderes públicos para su satisfacción, por lo que se denominan también derechos de prestación¹⁷⁵. Y está en la libre decisión del legislador optar por el remedio que estime más adecuado para su realización, incluso, determinar el nivel de atención que estos dere-

¹⁷⁴ La posición dominante en la materia la expresa PORRAS RAMÍREZ cuando afirma: «Y en un Estado de Derecho, basado en la división de poderes, el juez no puede reemplazar al legislador, usurpando el ámbito político en el que debe formarse la voluntad parlamentaria, reflejo de un orden democrático, pluralista y abierto, para determinar en sus resoluciones, dictadas en ejecución directa de las Constituciones, las potencialmente muy distintas posibilidades y condiciones de ejercicio de, valgan los ejemplos, los autodenominados derechos a la protección de la salud (art. 43 CE), de acceso a la cultura (art. 44 CE), al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45 CE), o al goce de una vivienda digna (art. 47 CE)», «Caracterización y garantías de los derechos de prestación en el Estado constitucional», *cit.*, p. 665. Tesis que repite para la vivienda, GARCÍA MACHO, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, 1982. Por su parte, GARRONEA MORALES defiende que tales principios o derechos pueden fundamentar pretensiones jurídicas ante los Tribunales siempre que concurren otros preceptos, con el fin de fijar su auténtico sentido y alcance, como los artículos 14 y el 9.2, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, *cit.*, pp. 102 y 103. Por su parte, GOMES CANOTIHL estima que las objeciones a la eficacia inmediata de los derechos sociales se basan en una conjeta que se debe refutar: la de que las *posiciones jurídico-prestacionales* se reducen a un tipo de situación jurídica regulada por normas indeterminadas, vagas, injustificables, no accionables y en último término no vinculantes, «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, p. 249.

¹⁷⁵ En el tratamiento de los derechos sociales, y más concretamente en el de la vivienda, prima su dimensión prestacional por los poderes públicos; BASSOLS COMA afirma que el moderno constitucionalismo atiende fundamentalmente a la dimensión social de la vivienda y a su consideración de necesidad de índole colectiva, frente a la cual el Estado no puede mantenerse indiferente y seguir pretendiendo que los ciudadanos deban, con carácter absoluto, autosatisfacer sus necesidades de vivienda conforme a sus posibilidades económicas en el mercado, «Comentario al artículo 47 de la Constitución», *cit.*, p. 308; y MUÑOZ CASTILLO, para el que el artículo 47 garantiza con carácter mínimo que los poderes públicos promuevan las condiciones y la normativa pertinente para hacer efectivo el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, *El derecho a una vivienda digna y adecuada*, Madrid, 2000, p. 75.

Se ha afirmado, sin embargo, que aunque en la construcción habitual de esta figura aparece el Estado *a parte debitor* de la relación jurídica que vincula a los destinatarios obligados por la misma, lo cierto es que también los terceros particulares pueden venir afectados por esta situación, CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, *cit.*, p. 67.

chos merecen. Sólo son exigibles ante los Tribunales, pues, cuando exista esa determinación legal y en los términos que se establezca. Si bien, como sostiene Ferrajoli, la razón de esta propuesta está en la imposibilidad de formalizar y ritualizar las prestaciones públicas que estos derechos satisfacen, así como los procedimientos dirigidos a obtener su cumplimiento, y como continúa el mismo autor, se trata «de uno de los posibles resultados del uso de la teoría de los derechos en función legislativa: la existencia de derechos resulta en este caso denegada en virtud de una definición implícita que los identifica con una determinada técnica de garantía idónea para procurar su satisfacción y cuya falta, en vez de ser registrada como una laguna que el Ordenamiento tiene el deber jurídico de llenar, se supone inevitable y se confunde con la ausencia de los derechos mismos»¹⁷⁶.

Sin entrar ahora a valorar las distintas posiciones sobre este extremo, parece cierto, sin embargo, que la sujeción a las normas constitucionales que contienen los derechos no se puede reducir exclusivamente a su dimensión legal, pues como dispone el artículo 53.3 CE: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

Una vinculación que se puede realizar a través, como se ha dicho, de la actividad normativa, y también mediante la práctica judicial, interpretando el Ordenamiento conforme a estos preceptos constitucionales¹⁷⁷.

A los Tribunales de justicia cuando se enfrenten a conflictos en los que están involucrados derechos sociales reconocidos en la Constitución, les corresponde resolverlos de acuerdo con el Ordenamiento, es decir, con lo que disponga la norma aplicable, pero interpretada conforme a los principios constitucionales, señalada-

¹⁷⁶ *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, cit., p. 108.

¹⁷⁷ Hay que tener en cuenta que los derechos del capítulo III son también derechos constitucionales y gozan, por tanto, de las garantías comunes a todos los derechos constitucionales: la protección que supone la existencia de un TC con capacidad para enjuiciar la conformidad de las leyes con los preceptos constitucionales; la vinculación de todos los jueces y tribunales a los derechos y libertades constitucionales, y, en especial, realizar una interpretación de las normas *infraconstitucionales* favorable siempre a los derechos constitucionales; la institución del Defensor del Pueblo y la del Ministerio Fiscal. BALAGUER CALLEJÓN, «El Estado social y democrático de Derecho», cit., p. 104. Sobre la protección constitucional de estos derechos, CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, cit., pp. 79 ss. Como dice FERRAJOLI, la incorporación de los derechos fundamentales, entre los que están los derechos sociales, en el nivel constitucional, «cambia la relación entre y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos», *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, cit., p. 26.

mente, por lo que aquí interesa, el que recoge el mencionado artículo 47 CE. No se trata, como dice Predieri, de consagrar un «uso alternativo» de los poderes del aparato judicial, sino de reconocer que los principios rectores son inmediatamente operativos¹⁷⁸. Como se ha afirmado¹⁷⁹, «el juez ordinario ha de hacer necesaria aplicación de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución, como de todos sus demás preceptos, en ejercicio de la función judicial».

Con este razonamiento puede parecer que lo que lo que en definitiva se pretende es la eficacia horizontal de los derechos sociales, en parecidos términos a como se ha abordado para los derechos fundamentales; e incluso que estamos utilizando el recurso a la conocida finta alemana para sortear, como ha ocurrido con estos últimos, el obstáculo que para la eficacia directa de los derechos sociales supone el artículo 53.3 CE. Sin embargo, no es éste el planteamiento que pretendemos. En primer lugar porque la *Drittewirkung der Grundrechte*¹⁸⁰ se ha estudiado preferentemente desde la perspectiva de la competencia del TC para conocer en amparo de las violaciones a los derechos fundamentales (los reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.1 CE) por los particulares¹⁸¹ –posibilidad que en el caso de España chocaba de frente con el artículo 53.1 CE y los artículos 41.2 y 44 LOTC; de ahí que por parte del TC y de la doctrina se hayan mantenido posiciones muy restrictivas que a todo lo más han llegado a admitir *mittebalre*

¹⁷⁸ «Es sistema de las fuentes del Derecho», en PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, editores, *Estudio sistemático de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1981, p. 182. Incluso se ha defendido una tutela judicial ordinaria de aquellos preceptos constitucionales dotados de operatividad inmediata para las relaciones jurídicas entre particulares, CASCAJO CASTRO, *La tutela de los derechos sociales*, cit., p. 90. Por su parte, FERRAJOLI entiende que la constitucionalización de los derechos sociales no sólo vincula al legislador, sino que alcanza también a la jurisprudencia ordinaria y sobre todo a la del Tribunal Supremo, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, cit., p. 109.

¹⁷⁹ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social*, cit., p. 61.

¹⁸⁰ Como es sabido, con esta tesis se quiere superar la formulación unidimensional de los derechos sociales, del individuo frente al Estado, extendiendo su ámbito de influencia a las relaciones entre los particulares, si bien para CRUZ VILLALÓN, más antiguo que los derechos fundamentales –es decir, como derechos de los individuos frente al Estado– es la *Drittewirkung*, es decir, la garantía de los derechos fundamentales frente a los particulares a través y por medio del Estado, «Derechos fundamentales y Derecho privado», *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999, pp. 217 ss. Sobre el tema, HABERLÉ, «Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1999, pp. 21 ss. Una exposición de la elaboración doctrinal de la *Drittewirkung* en Alemania y su aplicación por el Tribunal Constitucional federal en GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La «Drittewirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986, pp. 19 ss. y 44 ss.

¹⁸¹ Esta limitación la han puesto de manifiesto GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO en la exposición que hacen del Derecho alemán como de la doctrina y jurisprudencia española, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La «Drittewirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 29 ss.

*Drittewirkung*¹⁸²—, lo que no es posible en el caso de los derechos sociales que, como es sabido, tienen vedado este recurso. Y en segundo lugar, porque cuando la cuestión se ha planteado en el plano material de la realización efectiva de los derechos¹⁸³, se han opuesto, de un lado, los derechos fundamentales que se quieren proteger, en sustancia la libertad y la igualdad, y, de otro lado, el principio de autonomía de la voluntad de los actores privados de las relaciones de producción e intercambio de los bienes¹⁸⁴, que tiene también un fundamento constitucional¹⁸⁵, de tal manera que

¹⁸² Como es sabido, estos términos expresan una eficacia indirecta de los derechos fundamentales que concreta su violación, no en el acto del particular, sino en el juez que no ha aplicado la norma conforme al imperativo constitucional, es decir, no ha procedido al restablecimiento del derecho violado, con lo que se consagra una vía de revisión por parte del TC de las resoluciones de los jueces cuando resuelven conflictos entre particulares; para su fundamentación se ha recurrido en algún caso a las cláusulas generales que se contienen en el CC (orden público, moral o buenas costumbres, entre otras) para dar cabida a los derechos fundamentales como límites a la autonomía de la voluntad. Una exposición de la doctrina del TC español en GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La «Drittewirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 59 ss.; más reciente, BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1997, pp. 383 ss. Sin embargo, también se han mantenido en nuestro país posiciones más cercanas a lo que se conoce como *unmittelbare Drittewirkung*, es decir, la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, así, DE VEGA GARCÍA cuando afirma: «la lógica jurídica más elemental debe imponer, por tanto, junto al reconocimiento de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, la admisión de la eficacia horizontal del recurso de amparo como garantía jurídica y mecanismo protector de los mismos. La apelación a la *Drittewirkung* indirecta o el reconocimiento de significado objetivo y el vigor expansivo de los derechos fundamentales, defendido por la *Werttheorie* o teoría de los valores, y asumido por el propio Tribunal Constitucional de Alemania, no pasarán de ser meros subterfugios, más o menos ingeniosos, para eludir el obligado reconocimiento y la asunción doctrinal de la eficacia de los derechos y libertades fundamentales ante los particulares», «En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales», *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, V. I, Madrid, 1997, p. 341; en la misma línea se han manifestado, FERNÁNDEZ SEGADO, *La dogmática de los derechos humanos*, Madrid, 1994, pp. 313 ss, y BILBAO UBILLOS, en la obra ya citada, pp. 325 ss. En Derecho civil, ROGEL VIDÉ, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bologna, 1985, pp. 176 ss.

¹⁸³ Tal es la línea que sigue ALFARO ÁGUILA-REAL, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC*, 1993, pp. 93 ss.

¹⁸⁴ «No conviene perder de vista que la autonomía de la voluntad es plasmación (como los derechos fundamentales) de un principio general de libertad que la Constitución, como es obvio, no ha podido sino reforzar», si bien advierten que la *Drittewirkung der Grunrdrechte* y limitaciones a la autonomía de la voluntad no son lo mismo, GARCÍA TORRES, JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La «Drittewirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 14. Sobre el tema, ALFARO ÁGUILA-REAL, «Autonomía privada y derechos fundamentales», cit., pp. 155 ss. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Príncipio de igualdad y Derecho privado», *ADC*, 1990, pp. 408 ss.

¹⁸⁵ Aunque también se ha suscitado esta cuestión respecto al comportamiento de las asociaciones en el ejercicio de su libertad para decidir los criterios que rigen su funcionamiento, esencialmente aquellos que se refieren a las condiciones que deben reunir los asociados respecto del principio de igualdad, sobre el tema J. FERRER I RIBA y Salvador CODERCH, «Asociaciones, democracia y *Drittewirkung*», Salvador Coderch (coor.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997, pp. 55 ss.

el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se ha abordado desde la perspectiva de la libertad de contratar y los límites que se le pueden imponer, habida cuenta de que aquélla está igualmente garantizada por la Constitución. La tesis mayoritaria sobre este extremo la resume García Rubio: «En las relaciones estrictamente privadas... únicamente cuando las violaciones a los derechos y principios fundamentales sean de tal entidad que constituyan discriminaciones insoportables por implicar renuncias inadmisibles a sus derechos por parte del sujeto afectado o tocar a su dignidad como persona (es decir, contraria al “orden público constitucional” en los términos de la STC 108/1989, de 8 de junio) habrá de ceder aquel principio de libertad»¹⁸⁶.

Como se ha dicho, este trabajo no se sitúa en el escenario de la libertad contractual *versus* derechos sociales, lo que podría suponer una extensión a estos supuestos de la doctrina de la *Drittewirkung*, sino en el plano de la virtualidad de los principios rectores de la política social y económica para conformar el Ordenamiento jurídico, no sólo como legitimación al legislador para aprobar determinadas normas que intervengan en las relaciones del mercado, sino en su capacidad de influencia sobre la norma vigente, cuya interpretación y aplicación se ha de acomodar a las exigencias constitucionales. Ahora bien, no cabe la duda de que cuando se hace referencia al Derecho privado se está aludiendo a relaciones entre los particulares, en consecuencia, lo que del mismo se diga incide directamente sobre estos últimos¹⁸⁷, pero esta eficacia general de la norma privada no se debe identificar con las limitaciones que se puedan imponer a la autonomía de la voluntad de los actores del mercado en virtud de la doctrina de la *Drittewirkung*.

Nos desenvolvemos pues en el ámbito de la aplicación de la norma dada, en el que el intérprete ha de adecuar las disposiciones legales a los principios constitucionales, señaladamente, por lo que aquí nos interesa, aquellos que reflejan el modelo social de Estado

¹⁸⁶ «La eficacia “inter privatos” (*Drittewirkung*) de los derechos fundamentales», *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, La Coruña, 2002, pp. 312 y 313. En este tema es imprescindible la obra de ALFARO ÁGUILA-REAL, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *cit.*, pp.; también, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Principio de igualdad y Derecho privado», *cit.*, pp. 412 ss.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares», *Teoría y realidad constitucional*, 1999, pp. 193 ss.

¹⁸⁷ Este planteamiento más general también está presente en el trabajo de GARCÍA RUBIO cuando aborda, por ejemplo, la nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida de la normativa del Registro civil que amparaba la ocultación de los datos de la filiación materna, cuestión resuelta por la STS de 21 de septiembre de 1999, «La eficacia “inter privatos” (*Drittewirkung*) de los derechos fundamentales», *cit.*, p. 297.

y que especifican sujetos diferenciados que deben ser objeto de atención por parte de los poderes públicos. Las consecuencias pueden ser muchas, y no las podemos abordar en este momento, por lo que nos centraremos en lo que creemos es un supuesto altamente significativo de cuanto se ha dicho. Nos referimos al conflicto que surge en torno al tercero hipotecario cuando lo que está en liza es la titularidad de un bien inmueble que está llamado a resolver el derecho a la vivienda de uno de los actores. En tal caso nos planteamos si se debe entrar a discernir las situaciones en las que se pueden encontrar los sujetos indiferenciados protagonistas de dicho conflicto, de tal modo que deba valorarse con distinto criterio la protección que se le ha de deparar a aquél que destina tal bien a vivienda respecto de otro para el que el inmueble no cumple tal finalidad; sobre todo, si este último es una empresa que ha adquirido el inmueble mediante contrato o ejecución judicial a la sociedad promotora o constructora de las viviendas, de tal modo que los adquirentes de los pisos que no han accedido aún al Registro se ven sorprendidos con el hecho de que un tercero deviene propietario de los mismos por cumplir los requisitos expresados en el artículo 34 LH. Así, en el caso en el que el enfrentamiento se dé entre aquellos que creen que tales viviendas les pertenecen y los del tercero, que argumenta a su favor los efectos de la publicidad registral, se han de ponderar los intereses en juego, y parece que los que están presentes en el tercero hipotecario deben ceder a los que han de satisfacer su necesidad básica de contar con una vivienda.

En este supuesto la realización del derecho a una vivienda no depende de la decisión de los poderes públicos, que pueden elegir un medio u otro, como ha acontecido con la regulación de los arrendamientos urbanos, o con las políticas públicas de promoción de viviendas, de tal manera que el particular ha de acomodar su comportamiento y, sobre todo, ha de fundar su pretensión judicial en lo dispuesto en las normas reguladoras de tales supuestos. Tampoco se trata de imponer límites a la autonomía de las empresas dedicadas a la construcción y comercialización de estos inmuebles para que puedan acceder a ellos las personas que tienen tal necesidad. Aquí nos encontramos con que el adquirente que puede ser desposeído en su derecho en virtud del juego de los principios de la publicidad registral ya ha realizado su derecho a contar con una vivienda, y lo ha hecho mediante los actos necesarios para su adquisición, respetando las reglas de juego que se sustentan en la autonomía de la voluntad. Y parece que en tal caso se ha de considerar preferente su posición jurídica. Se trata, en consecuencia, de entender que los intereses generales del mercado representados en

la seguridad y certeza de las transacciones para aquellos que confían en el Registro, y que tienen en el principio de la fe pública registral su máxima expresión en el tema que tratamos, merecen también hoy su protección, pero, sin embargo, han de ceder a unos concretos requerimientos de la Constitución, señaladamente aquellos que expresan los valores del Estado social.

Como se ha dicho, en este trabajo se pretende apuntar una línea de interpretación y aplicación del Derecho que sea coherente con los valores, principios y derechos que se contienen en nuestro texto constitucional, por lo que la idea expuesta merece un tratamiento más pormenorizado que se hará en sucesivos trabajos.

La aplicabilidad de la «excusa razonable» contenida en el artículo 44 CISG*

JUAN DAVID SÁNCHEZ CASTRO
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción*: 1.1 Significado de la norma. 1.2 Antecedentes y génesis. 1.3 Propósito del trabajo. 2. *Excusa razonable. Comunicación de la falta de conformidad al vendedor*. 3. *Excusa razonable. Jurisprudencia*. 3.1 Casos arbitrales y judiciales en los que el comprador no pudo acogerse al artículo 44 CISG. 3.2 Casos arbitrales en los que el comprador pudo acogerse al artículo 44 CISG. 4. *Conclusiones*. 5. *Bibliografía*.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Significado de la norma

El artículo 39 CISG exige al comprador que comunique la falta de conformidad de las mercaderías objeto de la compraventa al vendedor y que lo haga, además, en un plazo razonable. Transcurrido dicho plazo y en aplicación de la precitada norma, el comprador perdería los derechos derivados de la falta de conformidad existente y con ellos los remedios jurídicos aplicables al caso¹.

Existen sin embargo preceptos en la CISG que tratan de suavizar estas severas consecuencias, evitando así perjuicios injustos a

* Proyecto de investigación BJU-2002-02356.

¹ En el mismo sentido y con idénticas consecuencias se pronuncia el artículo 43.1 CISG, al exigir comunicación al vendedor respecto de la existencia de un derecho o pretensión de tercero.

los compradores. Es el caso del artículo 40 CISG, que impide al vendedor invocar la pérdida de derechos del comprador derivada de la omisión o retraso en la exigida comunicación, en aquellos casos en que el propio vendedor conociendo o no pudiendo ignorar la falta de conformidad no informó de la misma al comprador². Otro límite a las exigencias contenidas en el artículo 39 CISG lo constituye precisamente el artículo 44 CISG, que despliega determinados remedios jurídicos, en supuestos en que existe omisión o retraso en la comunicación del comprador. En efecto, esta excepción nos permite rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia entre el valor efectivo de las mercaderías y el que debían tener según lo pactado, o exigir la indemnización de daños y perjuicios, excepto el lucro cesante. La condición necesaria para poder evitar la pérdida total de derechos para el comprador derivados de la falta de conformidad es la existencia de una «excusa razonable».

Se hace imprescindible por ello conocer el alcance que la doctrina y la jurisprudencia otorgan a la «excusa razonable»³, toda vez que constituye el supuesto de hecho necesario para configurar la excepción contenida en la norma que es objeto de nuestro estudio.

1.2 Antecedentes y génesis

No existen precedentes del artículo 44 CISG en los proyectos de 1936 y de 1956 de la Ley Uniforme sobre venta internacional, ni tampoco en la Convención sobre Derecho Uniforme en la venta internacional de bienes adoptada en la Conferencia de La Haya de 1964.

El precepto vio la luz por vez primera en la Conferencia de Viena de 1980, provocando acaloradas discusiones acerca de su contenido y extensión. Su redacción originaria se presentó como una propuesta común de Finlandia, Ghana, Nigeria, Pakistán y Suecia en un esforzado intento por asegurar el éxito de la Convención. En realidad, la discusión enfrentaba a los países desarrollados, que estando a favor de la carga de comunicación oportuna no deseaban una excepción demasiado amplia respecto de aquella, con los países en vías de desarrollo que como inexpertos en comer-

² *Mutatis mutandis* puede aplicarse el artículo 43.2 CISG (para obtener la misma consecuencia jurídica) si el comprador no comunicó al vendedor en un plazo razonable la existencia de un derecho o pretensión de tercero.

³ Huber afirma que la interpretación del concepto de «excusa razonable» no debe dirigirse a concepciones dogmáticas de los Derechos internos de cada Estado parte en la Convención. HUBER, en Von Caemmerer/Schlechtriem, *Kommentar*, artículo 44, n. 4.

cio internacional, no querían subordinar la posible invocación de los derechos derivados de la falta de conformidad a la comunicación oportuna exigida por la Convención. Finalmente, y en fase de negociación, el proyecto original fue rechazado por el primer Comité al incluirse en el último inciso del texto la pérdida económica previsible⁴. Más tarde fue aprobado por una ajustada mayoría, excluyendo de la disposición la pérdida previsible. El Plenario adoptó el artículo 44 junto con el 39 CISG por 43 votos a favor, ninguno en contra y cuatro abstenciones⁵.

1.3 Propósito del trabajo

A pesar de lo expuesto hasta el momento, el precepto que hoy es objeto de nuestro estudio ha suscitado muy escasa atención en la doctrina. Ello podría explicarse no sólo por el hecho de que su formulación se establece en términos de excepción respecto de la norma general enunciada en la Convención, sino también por la rigidez de sus presupuestos de aplicación.

En el presente estudio nos dedicaremos a analizar única y exclusivamente la aplicabilidad del concepto de «excusa razonable». El supuesto de hecho del que surge la posible aplicación del artículo 44 CISG es la omisión (o retraso) en la comunicación requerida. Por este motivo, comenzaremos el trabajo con unas breves reflexiones acerca de tal comunicación, para analizar seguidamente algunas de las resoluciones judiciales y arbitrales en que la «excusa» ha sido alegada y probada con más o menos éxito. Como veremos, y desde la entrada en vigor de la Convención de Viena, los Tribunales arbitrales tan sólo han estimado en dos ocasiones⁶ (hasta hoy) la aplicación del artículo 44 CISG, aun siendo numerosísimas las demandas fundadas en él. Del análisis de los supuestos estudiados, acaso puedan extraerse los requisitos o condiciones que la denominada «excusa razonable» exige.

⁴ Rezaba así: «Sin embargo, el vendedor estará legitimado para solicitar, en cualquier reclamación realizada por el comprador de acuerdo con esta disposición, cualquier pérdida económica previsible que la falta de comunicación del comprador le haya causado». Traducción nuestra del *Official Records*, I, 108.

⁵ *Official Records*, II, 208. M. BIANCA y M. J. BONELL, *et al.* «Comentario al artículo 44 CISG», en *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milán, 1987, p. 325.

⁶ Estudiaremos ambas con detalle. Sin embargo, ya anticipamos su referencia. La primera fue dictada por la International Court of Commercial (ICC) Arbitration No. 9187, junio de 1999, Unilex. La segunda emanó del ICC Arbitration of the Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 24 de enero de 2000.

2. EXCUSA RAZONABLE. COMUNICACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD AL VENDEDOR

Al tratar de aplicar los argumentos derivados del artículo 44 CISG es esencial probar las circunstancias concretas que concurren en cada caso, dilucidando en base a las mismas qué intereses son los dignos de protección, esto es, los intereses de qué parte deben prevalecer⁷. Precisamente, sobre la idea expuesta, construye Huber el concepto de excusa razonable (*vernünftige Entschuldigung*), en el sentido de equidad (*Billigkeit*)⁸. También pone en conexión el citado autor la «excusa» con la idea de «culpa» en sentido técnico (*Verschulden*). Huber asevera que no puede concebirse aquella sin la infracción del deber de cuidado exigible al comprador; o sin la culpa (en sentido subjetivo) atribuible a la persona del vendedor. Esto le lleva a colegir que la excusa no puede ser entendida como ausencia de culpa, pues, de lo contrario, el artículo 44 CISG quedaría sin ámbito de aplicación⁹. Harry Flechtner destaca asimismo ese carácter subjetivo propio de la «excusa razonable», el cual exige un acercamiento más particularizado y subjetivo a la figura del comprador que el manejado en el de «plazo razonable»¹⁰. Sería necesario, por ende, atender a las circunstancias concretas del comprador para decidir sobre la aplicabilidad del argumento.

En cualquier caso, y como establece el artículo 39.2 CISG, transcurridos dos años a contar desde la entrega efectiva de los bienes pactados, el comprador pierde *todos* los derechos (incluidos los del art. 44 CISG) respecto de la falta de conformidad no comunicada en dicho plazo al vendedor¹¹. Honnold destaca la generosidad del plazo máximo fijado, comparado con los reconocidos en el Derecho interno de algunos países¹². Sin embargo, y en

⁷ Ulrich HUBER, en Von Caemmerer/Schlechtriem, *Kommentar*, artículo 44, n. 5.

⁸ Ulrich HUBER, en Von Caemmerer/Schlechtriem, *Kommentar*, artículo 44, n. 4.

⁹ Idem.

¹⁰ Harry FLECHTNER, «Comentario al artículo 44», en *The Draft UNCITRAL Digest on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1980), p. 692. Más adelante ampliaremos lo expuesto, mediante el estudio de una resolución judicial emanada de un Tribunal alemán.

¹¹ Como ha puesto de manifiesto Fritz Enderlein, el artículo 44 CISG remite al primer párrafo del artículo 39 CISG y no al segundo. Por ello, transcurridos los dos años el comprador pierde también el derecho a invocar la excusa razonable. ENDERLEIN, Fritz, *Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein1.html>

¹² John Honnold cita los períodos fijados por el Derecho interno de Suecia (un año), Suiza (un año incluyendo defectos descubiertos más tarde), México (cinco días desde la recepción respecto de defectos en la cantidad y calidad y treinta días respecto de defectos inherentes a la cosa), etc. HONNOLD, J. O. *Uniform Law for International Sales. Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, 1987, Deventer, The Netherlands, p. 281.

el caso de la Unión Europea, dicho plazo se ha visto unificado por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. En efecto, el artículo 5.1 de la precitada norma comunitaria preceptúa que si, con arreglo a la legislación nacional de cada Estado miembro, los derechos derivados de la falta de conformidad están sujetos a un plazo de prescripción, este no podrá ser inferior a dos años a contar desde la entrega del bien¹³. En lo que sin embargo se separa la Directiva respecto de la Convención de Viena es en la carga de denunciar la falta de conformidad. El Considerando 19 de la norma comunitaria permite garantizar un mayor nivel de protección al consumidor renunciando a establecer dicha carga de comunicación al vendedor. Ahora bien, aquellos Estados que impongan tal exigencia han de respetar un plazo mínimo de dos meses para que el consumidor pueda poner en conocimiento del vendedor las posibles faltas de conformidad existentes en los bienes de consumo. A diferencia de cómo se regula esta exigencia en la CISG, en la Directiva prevalece la seguridad jurídica y la protección del comprador (consumidor) frente a la incertidumbre de lo que debe entenderse por «plazo razonable». España precisamente se encuentra entre aquellos Estados miembros que han decidido imponer al consumidor la obligación de informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses (mínimo exigido), desde que tuvo conocimiento de aquella¹⁴.

Finalmente, y una vez expuesto el Derecho sustantivo tanto de la Convención de Viena como de la Directiva comunitaria en lo relativo a la comunicación de la falta de conformidad, queda por determinar qué parte ha de soportar la carga de la prueba. La respuesta a la cuestión planteada nos viene dada en la propia Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, cuando en su artículo 9.4, párrafo segundo, se dice: «Salvo prueba en contrario, se entenderá que la comunicación del consumidor ha tenido lugar dentro del plazo establecido». En la Convención de Viena no encontramos ninguna presunción similar. Según

¹³ La transposición en España de la Directiva se ha realizado mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, cuyo artículo 9.1 obliga al vendedor a responder de las faltas de conformidad que se manifiesten en el plazo de dos años desde la entrega. En el mismo sentido se pronuncian los párrafos 438.3 y 475.2 BGB alemán.

¹⁴ El lector puede encontrar un estudio detallado de los problemas que plantea la transposición española de la Directiva 99/44/CE, en MORALES MORENO, A. M., «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La compraventa», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, IV, pp. 13 ss.

la jurisprudencia, el comprador debe probar que la ausencia o el retraso en la comunicación, exigida por el artículo 39.1 CISG, no se debió a su propia negligencia¹⁵. De ello se deduce que la carga de la prueba recae sobre el comprador que ha fallado en la comunicación¹⁶, por lo que en aquellos casos en que no se consiga probar la existencia de tal argumento, sencillamente se desestimarán la pretensión en perjuicio del que la había alegado (comprador).

Aun así y como veremos, la actividad probatoria no es la única dificultad para ver estimada la excusa a la comunicación fallida. Es también condición necesaria que la excusa, alegada y probada, sea válida bajo el artículo 44 CISG.

3. EXCUSA RAZONABLE. JURISPRUDENCIA

3.1 Casos arbitrales y judiciales en los que el comprador no pudo acogerse al artículo 44 CISG

En ocasiones da la impresión de que el recurso al artículo 44 CISG va más encaminado a incluir en la demanda un argumento alternativo a la consideración del «plazo razonable» del artículo 39 CISG, que a mantener y probar la «excusa» por convencimiento de que realmente se cumplen los requisitos necesarios. Ello invita a examinar con detenimiento las resoluciones dictadas en base a la norma para así conocer dónde reside la dificultad de su estimación. Examinaremos, en primer lugar, aquellas resoluciones judiciales y arbitrales en las que dicha excusa fue desestimada.

1) *CLOUT case no. 167, Germany, 1995*¹⁷

HECHOS. Un vendedor alemán y un comprador austriaco celebraron un contrato para la adquisición de un producto químico granulado, que había de ser transformado posteriormente de acuerdo con las composiciones químicas especificadas en el contrato. Según lo pactado, el vendedor había de examinar las mercancías y entregarlas a una compañía danesa. El vendedor entregó el plástico

¹⁵ Sø og Handelsretten (Tribunal Marítimo y Comercial de Copenhague), Denmark, 31 de enero de 2002. CLOUT case no. 285, Germany, 1998. CLOUT case no. 280, Germany, 1998.

¹⁶ En las siguientes resoluciones se ha fijado expresamente que es el comprador el que ha de soportar la carga de la prueba al invocar la excusa razonable: CLOUT case no. 285, Germany, 1998; CLOUT case no. 292, Germany, 1993.

¹⁷ La resolución se dictó por el Oberlandesgericht (Tribunal Provincial de apelación), München (Alemania), el 8 de febrero de 1995.

sin comprobarlo previamente y, un mes después de la entrega, la compañía danesa notificó al comprador la falta de conformidad con lo pactado, reclamando daños. A su vez, el comprador informó de los hechos al vendedor dos meses más tarde, esto es, fuera de lo que se considera un plazo razonable.

Doctrina y comentario. Estamos ante los denominados negocios de «paso rápido», que requieren con frecuencia decisiones rápidas y prontas acciones. Obviando el problema que con relación al plazo razonable surge aquí¹⁸, el Tribunal desestimó la excusa, aseverando que la rapidez de los negocios del comprador no justifica la omisión o tardanza en la comunicación exigida por la CISG. Se añade en la resolución que, teniendo en cuenta las circunstancias y consideraciones equitativas, sería más fácil acoger la excusa a un comerciante individual, artista o profesional autónomo. Se apela a la necesidad de atender a la situación concreta del comprador para valorar la aplicabilidad de la excusa tal como destaca Harry Flechner. Hasta tal punto es importante dicha subjetividad, que un Tribunal suizo¹⁹ insinuó la posibilidad de que el reducido tamaño de las operaciones del comprador justificase alguna suerte de retraso en el examen de los bienes, motivado por la dificultad económica de contratar empleados a tiempo completo para la realización de esas tareas. Sin embargo, y como veremos en otras resoluciones, no todas las dificultades del comprador van a encontrar respuesta a la hora de solicitar la aplicación de la excusa razonable.

2) *CLOUD case no. 230, Germany, 1997*²⁰.

HECHOS. Un vendedor alemán (demandado) entrega una «película protectora de superficie» a un comprador austriaco (demandante), para ser usada por el socio de este último. El comprador no comprueba el producto entregado, si bien la película había de ser autoadhesiva y separable. Cuando la película fue separada de productos refinados con alto grado de acero, aquella dejaba residuos de pegamento en la superficie. Una vez advertido el hecho, el comprador lo notificó al vendedor al día siguiente, aunque realmente habían transcurrido ya veinticuatro días desde la

¹⁸ El problema, en el que no profundizaremos por no ser el «plazo razonable» el objeto de nuestro estudio, surge cuando una actuación negligente del tercero (en el sentido de que no realiza la comunicación exigida en el art. 39.1 CISG) repercute en el comprador que, incluso habiendo actuado con la máxima diligencia, puede perder los derechos derivados de la falta de conformidad.

¹⁹ CLOUD case no. 192, Switzerland, 1997. El Tribunal, sin embargo, no apreció relación causal entre la excusa alegada y la falta o retraso en el examen de las mercaderías.

²⁰ La resolución se dictó por el Oberlandesgericht (Tribunal Provincial de apelación), Karlsruhe (Alemania), el 25 de junio de 1997.

entrega. El comprador abonó los gastos derivados de la retirada del residuo y presentó una reclamación para repetir dichos gastos contra el vendedor. El Tribunal declaró que si el comprador hubiera realizado las oportunas comprobaciones, incluso dentro de los tres o cuatro días siguientes a la entrega, el defecto podría haber sido descubierto en el plazo de siete días. Se refiere el Tribunal aquí al plazo para la comprobación de los bienes, esto es, diez u once días a contar desde la entrega. Concluido el tiempo establecido para dicho examen, comienza a correr el plazo razonable para comunicar la falta de conformidad al vendedor: ocho días, para bienes duraderos. El plazo total para cumplir lo preceptuado en el artículo 39 CISG es, por tanto, de diecinueve días desde la entrega. Transcurridos veinticuatro, el comprador pierde el derecho a invocar la falta de conformidad.

Doctrina y comentario. Llama sin duda la atención en la resolución de este Tribunal alemán el motivo por el que se considera inaplicable el artículo 44 CISG²¹. Asegura que el precepto no se aplica, en ausencia del examen oportuno *ex artículo 38 CISG*. Se convierte así la comprobación de las mercaderías a la que alude el artículo 38.1 CISG, en condición *sine qua non* para desplegar los efectos de la excusa razonable. El modo de razonar del Tribunal es el siguiente: El artículo 44 CISG permite al comprador la omisión o retraso en la comunicación al vendedor exigida en el artículo 39 CISG, ante la existencia de excusa razonable. Sin embargo, la excusa no le exime de llevar a cabo el examen o inspección de las mercaderías entregadas, razón por la cual, en los casos en que falte tal examen, el comprador no podrá invocar el artículo 44 CISG.

Existe sin embargo en el razonamiento un salto lógico que se nos escapa. En efecto, es comprensible que no deba extenderse el alcance de la excusa razonable hasta el punto de incluir la falta de examen exigido en el artículo 38 CISG. Ahora bien, que la omisión de ese deber de examinar los bienes entregados tenga como consecuencia la imposibilidad de alegar un precepto que no está en absoluto relacionado con dicho deber (como es el de la excusa razonable) es algo que sencillamente no recoge la CISG. Ni el artículo 38 menciona las consecuencias específicas para el caso de su incumplimiento, ni el artículo 44 CISG exige tal deber. En realidad, la única condición incluida en la CISG para poder invocar este último

²¹ Acerca de las peculiares interpretaciones de los Tribunales alemanes con relación al artículo 44 CISG, véase Danielle ALEXIS THOMPSON: *Buyer beware: German interpretation of the CISG has led to results unfavorable to buyers*. En él se comentan los artículos 38, 39, 40 y 44 CISG, centrándose la atención en el papel que los Tribunales alemanes otorgan al examen de las mercaderías, cuando el comprador trata de alegar su falta de conformidad.

precepto es la existencia de una excusa razonable que justifique la omisión o retraso en la comunicación requerida.

Amén de lo expuesto, la interpretación dada aquí al precepto no tiene en cuenta aquellos supuestos en que no puede tener lugar la inspección de los bienes, pero no por ello se ha dejado de comunicar la falta de conformidad oportunamente. Perdería el comprador entonces, sin un fundamento jurídico sólido, la posibilidad de ejercitar las acciones oportunas derivadas de la falta de conformidad²², aun en el caso de que concurriese una excusa razonable.

En definitiva, y de acuerdo con la interpretación señalada, solamente sería aplicable el artículo 44 CISG ante la pérdida o retraso en el *envío* de la comunicación debida, algo que no ha sido mantenido en resoluciones ulteriores, como veremos, ni parece tener apoyo en la propia Convención. La mayoría de los casos analizados por los Tribunales²³ en torno a la excusa razonable no consideran el examen de los bienes un requisito necesario para su aplicación²⁴.

Más interesante nos parece, sin embargo, la cuestión inversa. El comprador examina de manera adecuada las mercancías recibidas, pero no realiza la debida comunicación dentro del plazo razonable, *aun conociendo ya la falta de conformidad*. ¿Cómo justificar que el comprador que ya tiene noticias de posibles defectos en los bienes no lo comunique al vendedor de manera adecuada? El problema ya fue planteado por Honnold²⁵, considerando que el comprador puede observar defectos que razonablemente parezcan de escasa importancia y descubrir más tarde la envergadura real de los mismos. Así, concluye este autor que el artículo 44 CISG puede aplicarse cuando la inspección realizada por el comprador no se llevó a cabo tan pronto como exige el artículo 38 CISG o con el grado de detenimiento que puede considerarse razonable²⁶. Ha de tenerse en cuenta, además, que aquel examen no servirá para descubrir posibles defectos en los bienes, cuando hayan sido envasados en recipientes cerrados o se trate sencillamente de tra-

²² Danielle ALEXIS THOMPSON, *Buyer beware: German interpretation of the CISG has led to results unfavorable to buyers*. En la conclusión final del artículo se explica la peculiar decisión del Tribunal alemán mediante la tendencia, encabezada por juristas estadounidenses, a interpretar la CISG en base a las normas internas. Véase la nota 3.

²³ Excepto los Tribunales alemanes, como vemos.

²⁴ No debe olvidarse lo dispuesto en el artículo 38.3 CISG (posibilidad de aplazamiento del examen en ciertos casos) cuya aplicación encontramos, v. gr. en CLOUT case no. 292, Germany, 1993.

²⁵ HONNOLD, J. O. *Uniform Law for International Sales. Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, 1987, Deventer, The Netherlands, p. 284.

²⁶ HONNOLD, J. O. *Uniform Law for International Sales. Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, 1987, Deventer, The Netherlands, p. 281.

bajos internos de maquinaria²⁷. En alguna resolución judicial²⁸ se ha llegado a afirmar que el embalaje de la mercancía que dificulta su examen, no constituye una excusa razonable cuando la comprobación de la falta de conformidad no era impedida por aquel embalaje.

3) *CLOUD case no. 270, Germany, 1998.*

HECHOS. El demandante C. con domicilio en Viena (Austria) produce láminas de acero inoxidable que después entrega a sus clientes. Para proteger el metal durante el transporte se cubren aquellas con una hoja autoadhesiva que el demandante compró al demandado V. El relato de los hechos insiste en que el comprador de la mentada protección C. ya la había adquirido de V. con anterioridad, sin que hasta entonces existiese reclamación alguna. Una vez que las láminas de acero inoxidable con la protección adhesiva fueron entregadas por el demandante C. a la Compañía B. GmbH, comprobó ésta que el adhesivo dejaba residuos en la superficie del metal. Por este motivo, la Compañía B. GmbH limpió los restos de adhesivo del acero inoxidable con un gasto total de 492.240 chelines austriacos. C. que, como sabemos, le había vendido el acero con las hojas protectoras reembolsó los gastos a la Compañía B. GmbH. C. negoció con V. el reembolso de los gastos ocasionados sin llegar a ningún acuerdo. Durante las negociaciones V. no mencionó el retraso de C. en la comunicación de la falta de conformidad.

C. demandó a V. alegando que el defecto del autoadhesivo no se manifestó hasta que fue retirado del acero que protegía, razón por la cual resultó imposible una comunicación más rápida del defecto. C. atribuyó además a V., la intención de engañarle al entregar un adhesivo distinto del habitual. V., como no podía ser de otro modo, alegó que la comunicación de la falta de conformidad no se realizó en un plazo razonable. V. añadió que el tipo de adhesivo acrílico entregado fue el mismo que se le había proporcionado a C. en otras ocasiones. A juicio de V. el problema no se encontraba en el tipo de adhesivo sino más bien en la carga adhesiva del producto. El *Landgericht* (Tribunal Regional) estimó parcialmente las pretensiones del actor, condenando a V. al pago de 35.160 chelines austriacos. En apelación, el *Oberlandesgericht* (Tribunal de Apelación) revocó la sentencia de primera instancia. C. acudió al *German Federal Supreme Court* (Tribunal Supremo Federal alemán), quien casó la sentencia de apelación y confirmó la de primera instancia.

²⁷ HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales. Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, 1987, Deventer, The Netherlands, p. 281.

²⁸ CLOUD case no. 292, Germany, 1993. Los defectos de la mercancía eran repetitivos en todas las unidades y fácilmente reconocibles examinando simplemente las muestras de los bienes, esto es, sin perjuicio de su embalaje.

Doctrina y comentario. Lo primero que examina el Tribunal es si la comunicación de la falta de conformidad de los bienes realizada por C., se llevó a cabo en un plazo razonable. Se distinguen aquí dos plazos diferentes, a saber, el periodo de que dispone el comprador C. para inspeccionar los bienes recibidos y el plazo para comunicar la falta de conformidad a la otra parte contratante V.. El primeros de ellos y en el supuesto que nos ocupa, oscila entre diez u once días a contar desde la entrega de la mercadería. Transcurrido el mismo, comienza el plazo para comunicar los posibles defectos de los bienes, esto es, el denominado «plazo razonable». El Tribunal considera que en el presente caso, y dado que estamos ante bienes no perecederos, el plazo de ocho días es razonable. Comenzaría a contarse a partir del momento en que el comprador descubre la falta de conformidad o, en su defecto, desde que se agotó el plazo de que el comprador dispone para examinar las mercaderías. Podemos ilustrar lo que acabamos de exponer con los propios hechos del caso. Las láminas adhesivas son entregadas a C. el 28 de marzo de 1995. Se concede así al comprador el plazo de diez u once días para proceder al examen de los bienes, buscando en ellos posibles defectos o imperfecciones. Agotado dicho plazo, esto es, el 7 u 8 de abril de 1995 comenzaría a contar el plazo de ocho días en el que C. debe poner en conocimiento del vendedor V. la posible falta de conformidad de los bienes examinados en relación a lo pactado. Así, el 16 de abril de 1995 concluye el plazo razonable contenido en el artículo 39.1 CISG. Al notificar C. los defectos de los bienes el 21 de abril de 1995, el Tribunal asevera que dicha comunicación queda fuera del plazo razonable.

Partiendo, por tanto, de la existencia de una comunicación tardía, surge la pregunta de si el vendedor V. puede alegar dicho argumento una vez que en las negociaciones extrajudiciales con el comprador C. no apeló en ningún momento a él. La respuesta del Tribunal es categórica: El demandado V. no pierde su derecho a invocar la comunicación tardía de C. por el hecho de que durante la negociación previa al litigio no mencionase dicho argumento²⁹. De lo contrario, la buena voluntad de las partes para negociar podría poner en peligro los derechos de una de ellas, concretamente del vendedor V., si olvidara invocar el argumento a lo largo de dicha negociación.

²⁹ El Tribunal apoya su decisión en los principios de buena fe consagrados en el artículo 7.1 CISG. También cita el § 377 HGB, cuando se refiere a que las negociaciones mantenidas entre las partes acerca de los defectos alegados no hacen perder al vendedor la objeción del retraso en la comunicación requerida.

Así las cosas, el comprador C. trata de acudir al argumento de la excusa razonable para evitar la pérdida total de derechos. Una vez alegada la excusa, el Tribunal Supremo Federal alemán la considera inaplicable, por los mismos motivos que ya estudiamos en la resolución anterior, esto es, falta de examen adecuado de las mercaderías al ser entregadas al demandante C. A pesar de no ser acogida la excepción del artículo 44 CISG, el Tribunal condena a V. a pagar una indemnización a C. por los gastos que abonó a la Compañía B.³⁰ El órgano jurisdiccional alemán parece fundar su decisión en las propias declaraciones del demandado en torno a los defectos del adhesivo.

4) *CLOUT case no. 285, Germany, 1998*³¹

HECHOS. Un comprador marroquí (actor) compró materia prima para la fabricación de tuberías de plástico PVC a un vendedor alemán (demandado). Cuando el comprador descubrió que la sustancia química adquirida³² no era indicada para su uso en las instalaciones manufactureras, reclamó la falta de calidad y demandó al vendedor por daños. El Tribunal alemán desestimó la demanda, al entender que el comprador había comunicado la falta de conformidad al vendedor tres semanas después de la entrega, esto es, fuera del plazo razonable del artículo 39.1 CISG. Añadió el Tribunal que lo razonable habría sido una semana para la inspección de los bienes y otra para la comunicación.

El comprador alegó la excusa razonable, afirmando que su incapacidad para la comprobación de los bienes en un plazo más breve fue motivada por el hecho de que tal examen sólo podía realizarse a través de las instalaciones manufactureras, y estas todavía estaban en construcción, al producirse la entrega de los bienes. El Tribunal respondió que, en efecto, un requisito previo para estimar la excusa razonable es siempre que el comprador haya actuado con el cuidado y diligencia necesarios según las circunstancias, y haya reaccionado razonablemente dentro del ámbito de sus posibilidades concretas. Sin embargo, el Tribunal no apreció en este caso la concurrencia de tales condiciones, lo que le llevó a desestimar las pretensiones del comprador.

Doctrina y comentario. El presente caso es un claro ejemplo de cómo la «excusa razonable» exige un acercamiento más particularizado y subjetivo a las circunstancias del comprador que el con-

³⁰ La indemnización, como ya vimos en el relato de los hechos, no cubrió sin embargo todos los gastos abonados por C. a la Compañía B.

³¹ La resolución se dictó por el *Oberlandesgericht* (Tribunal Provincial de apelación), Koblenz (Alemania), el 11 de septiembre de 1998.

³² Se trata de un material denominado *dryblend*, una sustancia química necesaria para la fabricación de las tuberías de PVC.

cepto de «plazo razonable». El Tribunal insiste en que no quedó probado en el proceso el cuidado y diligencia exigible al comprador según las circunstancias concretas del caso. En otras palabras, el comprador tiene la responsabilidad de comprobar que sus instalaciones funcionan correctamente, antes de adquirir productos que sólo pueden ser examinados mediante aquellas, por lo que se concluye que la falta de organización por parte del comprador respecto del examen exigido por el artículo 38.1 CISG, no es un argumento sólido para justificar la (siempre excepcional) excusa razonable.

En realidad, como cada vez que entra en juego el artículo 44 CISG, lo que subyace aquí es un conflicto de intereses ante el que ha de decidirse, si prevalece el derecho del comprador a invocar la falta de conformidad de los bienes, o la seguridad jurídica del vendedor, transcurrido un plazo razonable. Hasta tal punto se protege en mayor medida este último interés que se impone al comprador la obligación de tener organizada toda la maquinaria necesaria para la comprobación de los bienes que han de ser entregados, olvidando que en muchas ocasiones las transacciones comerciales se realizan aprovechando cierta coyuntura económica o determinados precios existentes en un momento muy concreto. Exigir tal grado de organización al comprador para la realización del negocio supone un obstáculo al tráfico comercial, que ha de tenerse en cuenta por parte de los aplicadores de la Convención. Concretamente, no parece derivarse de los hechos que el comprador adolezca de una mera falta de organización en cuanto a la instalación de la maquinaria necesaria, sino tan sólo que adquirió los bienes antes de que aquella instalación hubiese concluido.

5) *Resolución de 31 de enero de 2002 dictada por el Sø og Handelsretten (Tribunal Marítimo y Comercial de Copenhague), Dinamarca*

HECHOS. El 2 de diciembre de 1996, un comprador ruso C. encargó una cantidad de pescado a un vendedor danés V. La descripción de la especie de pescado se realizó con enorme detalle y fue incluida, *ab initio*, en la petición realizada por el comprador³³. Más tarde, el 5 de febrero de 1997, el vendedor confirmó la aceptación de la orden, repitiendo la descripción salvo el nombre en latín de la especie de pescado. El 10 de febrero de 1997, tres camiones

³³ La descripción detallada de los bienes es habitual en este tipo de transacciones comerciales. Se incluyó el nombre de la especie de caballa, su denominación en latín, el tamaño de la misma, la manera de empaquetarla, la fecha de su captura, la temperatura del pescado durante su almacenaje y transporte, etc.

debían partir desde Harlingen (Holanda) hasta San Petersburgo (Rusia), para entregar la mercancía a un cliente del comprador [T]. El pescado llegó a su destino el 17 de febrero de 1997 y fue entregado al cliente del comprador el 19 de febrero de 1997. Desde esa fecha y hasta finales de 1997 la mercancía fue almacenada en contenedores refrigerados.

Entregada la mercancía, [T] notificó a C. en un breve espacio de tiempo³⁴ tras la entrega, que el pescado era de una especie distinta a la pactada. El 10 de marzo de 1997 el comprador C. notificó el incidente al vendedor V., mediante carta. Tras varios meses de negociación sin alcanzar un acuerdo, el comprador se dirigió nuevamente al vendedor (ya siete meses después de la entrega) para comunicarle que el momento de captura del pescado no era el que habían convenido.

El vendedor declinó toda responsabilidad y presentó una reclamación contra el comprador, solicitando el pago del precio pendiente. Por su parte, la alegación mantenida por el comprador entraña sin duda con las interpretaciones de *aliud pro alio* que esbozamos más arriba. El razonamiento del comprador fue el siguiente: las partes celebraron un contrato de compraventa cuyo objeto era una especie concreta de pescado. Al entregar el vendedor una cosa distinta de la pactada, se produjo un incumplimiento contractual en virtud del cual se consideró resuelto el contrato, y, por ende, la aplicación del artículo 44 CISG no podía verse impedida por ninguna falta de comunicación o examen de los bienes entregados. El silogismo aducido por el actor es impecable desde el punto de vista formal (teórico), aunque no se ha logrado su aplicación por parte de los Tribunales.

Doctrina y comentario. Estamos ante una decisión judicial en la que se planteó un caso de *aliud pro alio*. El interés que suscita un supuesto de estas características viene dado por el hecho de que puede catalogarse como *falta de conformidad*, de acuerdo con lo que dispone el artículo 35 de la Convención, o como *falta de entrega*, lo que exime al comprador de las obligaciones exigidas por la Convención, a saber, el deber de examen (art. 38 CISG) y, en su caso, el deber de comunicación al vendedor de los defectos detectados en los bienes (art. 39 CISG)³⁵. Puede apreciarse fácilmente cómo existen enormes diferencias con relación a los remedios que pueden desplegarse ante un *aliud pro alio*, en ambos casos. Si a ello añadimos la importancia que tienen aquellos deberes exigidos al comprador para alegar con éxito la excusa por falta de comunicación, podemos concluir que el acoger

³⁴ No se especifica en la resolución.

³⁵ El lector puede encontrar un análisis riguroso de la cuestión en MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 35 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir. y coord.), Civitas, Madrid, 1998, p. 295.

una u otra interpretación condicionará en gran medida el comportamiento de aquel.

Lo cierto es que, celebrado un contrato de compraventa cuyo objeto es pescado de una clase determinada, la entrega por parte del vendedor de otro tipo de pescado nos remitirá al supuesto de hecho del artículo 35 CISG, más que a considerar la existencia de una falta de entrega. El tenor literal de dicho precepto obliga al vendedor a entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y *tipo* correspondan a los estipulados en el contrato. Si encuadrásemos los supuestos de *aliud pro alio* en la falta de entrega, vaciaríamos de contenido la falta de conformidad basada en la entrega, por parte del vendedor, de bienes cuyo *tipo* no corresponde a lo pactado contractualmente.

En el caso que analizamos, el Tribunal dio un tratamiento distinto a cada una de las dos faltas de conformidad comunicadas por el comprador (demandante). La primera de ellas (entrega de una especie distinta de pescado), se notificó al vendedor inmediatamente después de la entrega, pero fue considerada inexistente por el juzgador. La causa reside en que el pescado entregado coincidía con el descrito en el contrato, por lo que no puede existir falta de conformidad basada en dicho motivo³⁶. Igual suerte corrieron los motivos que fundaron la otra falta de conformidad. El Tribunal arguyó que la *fecha de captura del pescado* es un dato que podía haber sido conocido fácilmente por el comprador, atendiendo tan sólo a lo que rezaba el empaquetado de la mercancía, y lo mismo podía predicarse respecto de la *falta de calidad* alegada. Así las cosas, y comunicada dicha falta de conformidad siete meses después de la entrega del pescado, se incumplió el requisito del plazo razonable y, por tanto, el comprador perdió sus derechos derivados de la falta de conformidad.

Llegados a este punto, tan sólo restaba al Tribunal pronunciarse acerca de los motivos aducidos por el comprador, para acudir al artículo 44 CISG. Como es lógico, el interés del comprador se centró en defender la interpretación del *aliud pro alio* como falta de entrega, para así sortear los deberes que la Convención le imponía. Sin embargo, según el Tribunal, el considerar resuelto unilateralmente el contrato por incumplimiento, para así justificar la comu-

³⁶ Como ha puesto de manifiesto Harry Flechtner, el comprador había consentido la descripción escrita del pescado y por tanto no podía ulteriormente oponerse a su entrega conforme a tal descripción. Harry FLECHTNER, «Comentario al artículo 44», en *The Draft UNCITRAL Digest on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1980), p. 694. Parece que la aquiescencia del comprador con relación a la descripción le impidió después alegar con éxito la falta de conformidad basada en el *aliud pro alio*.

nicación tardía de algunas de las faltas de conformidad presentadas, no es una causa válida para sostener la aplicación del artículo 44 CISG.

3.2 Casos arbitrales en los que el comprador pudo acogerse al artículo 44 CISG

- 1) *Tribunal Internacional de Arbitraje Comercial, caso no. 9187, junio de 1999*³⁷

HECHOS. El demandado vendió al actor una cantidad de coque³⁸, que fue ulteriormente suministrado por un tercero. Se acordó hacer posible una reducción del precio, en el caso de que existiese discrepancia entre las condiciones reales del combustible y las pactadas en el contrato. Su cantidad y calidad fueron analizadas por A., en el puerto de carga y registradas en un certificado analítico vinculante para ambas partes. Al llegar la mercancía a su destino se realizó otra inspección (a cargo de B.), que reveló importantes discrepancias con relación al análisis anterior. Una nueva inspección llevada a cabo conjuntamente por A. y B., confirmó los resultados del informe de B. En el mismo sentido se pronunció un análisis elaborado por un tercero independiente a ambas partes.

Como consecuencia del desacuerdo, el demandante (comprador) rechazó el combustible. El demandado aseguró ser un mero vendedor, remitiendo la responsabilidad de la falta de conformidad al suministrador de la mercancía.

Doctrina y comentario. Así las cosas y a los efectos que ahora nos interesan, el Tribunal apreció que en base a lo dispuesto en el contrato la comunicación de no conformidad fue tardía. Dirigió entonces la atención a comprobar si concurría en el supuesto alguna de las dos excepciones relevantes a la pérdida de los derechos derivados de la falta de conformidad, a saber, la imposibilidad de que el vendedor invoque lo dispuesto en los artículos 38 y 39 CISG o la excusa razonable que justifique el retraso en aquella comunicación. La primera de las excepciones contenida en el artículo 40 CISG es aplicable, según el Tribunal, en aquellos casos en que el vendedor ha actuado con dolo o negligencia grave. O bien el vendedor conocía la falta de conformidad de los bienes y la ocultó dolosamente al comprador, o aquella se refería a hechos que el vendedor no podía ignorar. Sin embargo, no puede aplicarse al

³⁷ *International Court of Commercial (ICC) Arbitration No. 9187, June 1999, Unilex.*

³⁸ Combustible sólido.

caso el supuesto de hecho que, como tal, dispone el artículo 40 CISG, toda vez que como hemos visto no fue el vendedor quien suministró el combustible al comprador. ¿Cómo resolver entonces los casos en que el vendedor se sirvió de terceros, o por utilizar la terminología del Tribunal, de «personas auxiliares», para entregar los bienes pactados? La doctrina, en estos supuestos, se encuentra dividida en torno a si lo que debe probarse es la buena fe del vendedor o la mala fe de las personas que actúan en su nombre. Magnus afirma que, aunque el contrato sea ejecutado por personas auxiliares, las consecuencias de que dichas personas conocieran o debieran haber conocido de la falta de conformidad han de ser soportadas por el vendedor como si hubiese actuado él mismo. El vendedor habría de probar, por tanto, su buena fe³⁹. Schwenzer, por el contrario, defiende que es el comprador quien ha de probar, en estos casos la mala fe del vendedor⁴⁰.

El Tribunal apoya su decisión sobre la tesis de Schwenzer. Al no tener el demandado, en su calidad de intermediario, conocimiento de la mala calidad del combustible entregado, difícilmente puede probarse su mala fe, salvo que se trate de defectos o deficiencias evidentes. Quien sí tenía la obligación de certificar la insuficiente cantidad y calidad de la mercancía es A., *a fortiori* cuando actuó en nombre de ambas partes y no a petición del demandado. Por todo lo expuesto, se concluye que el artículo 40 CISG no puede suponer, en base a los hechos alegados, una excepción a la pérdida de los derechos del comprador enunciada en el artículo 39 CISG.

La «excusa razonable» es, como sabemos, otro argumento tendente a evitar la pérdida total de derechos derivados de la falta de conformidad. La razón fundamental en la que basa el Tribunal la estimación del argumento es que el dictamen elaborado por A. había generado una expectativa errónea en el comprador, que le llevó incluso a pagar el precio. El referido dictamen había sido considerado vinculante y así se hizo constar en el contrato. Sin embargo, y a pesar de ello, reconocida la imprecisión absoluta de dicho certificado analítico y habiendo solicitado *ambas partes* una nueva inspección del combustible, que apreció deficiencias en la cantidad y calidad de la mercancía acordada, el Tribunal colige que, si bien la comunicación de la falta de conformidad no se llevó a cabo por el comprador en un plazo razonable, las cir-

³⁹ Magnus en Honsell (ed.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin and Heidelberg 1997, artículo 40, n. 7. El argumento se sustenta en la aplicación analógica del artículo 79.2 CISG, citado en la resolución.

⁴⁰ SCHWENZER, en Von Caemmerer/Schlechtriem, *Kommentar*, artículo 40, n. 4. Citado en la resolución.

cunstancias, que acontecieron en el caso permiten excusar la tardanza, en el sentido del artículo 44 CISG.

Repárese en el hecho de que juega un papel esencial en la estimación del argumento el que se nombrara conjuntamente, por ambas partes, el inspector independiente que corroboró las imprecisiones analíticas de A. Recordemos que la excusa razonable arrebata al vendedor la confianza que le proporciona el artículo 39 CISG, a saber, tener conocimiento de los posibles defectos de las mercaderías y tenerlo en un plazo razonable. Contando con el consentimiento del vendedor para el mentado certificado de análisis independiente, ninguno de sus intereses se ve mermado por la comunicación tardía. Procede por ello la reducción del precio según el artículo 50 CISG o la indemnización de daños y perjuicios, excepto el lucro cesante⁴¹.

El último aspecto destacable de la resolución arbitral está también relacionado con un tema ya examinado. No se nos escapa que la entrega, por parte del vendedor, de un combustible en cantidad y calidad distinto al pactado, puede constituir un supuesto de *aliud pro alio*. No es extraño, además, que la cuestión fuese planteada por el Tribunal al hilo de los fundamentos jurídicos aducidos. Lo que sorprende verdaderamente en el modo de razonar del Tribunal es que califique, sin ningún pudor, los hechos como un *incumplimiento contractual* basado en la *falta de entrega* de la cosa debida. Casi se convierte en reproche del Tribunal el que el demandante no solicitara la resolución contractual basada en el artículo 49 CISG, ni el cumplimiento específico que permite el artículo 46.2 CISG. A pesar de ello, y sin perjuicio de los motivos estimados, el Tribunal estudia la posible aplicación del artículo 25 CISG⁴² y parece insinuar que se cumplirían –en caso de que hubiera sido alegado el motivo– los requisitos necesarios para su aplicación, y, por ende, para calificar los hechos como un incumplimiento *esencial*. Ello significa (y de ahí nuestra sorpresa), no sólo atribuir al vendedor alguna suerte de previsibilidad respecto del resultado perjudicial sufrido por el comprador (en contradicción con lo mantenido por el propio Tribunal en párrafos anteriores), sino además hacer innecesarios los deberes exigidos al comprador en los artículos 38 y 39 CISG.

⁴¹ El Tribunal asevera que «el demandante sólo está legitimado para recibir una compensación limitada [...] el montante de la indemnización por los daños está determinado por la envergadura de la pérdida, salvo el lucro cesante».

⁴² El artículo 25 CISG preceptúa: «El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».

Reconocemos que el *aliud* también puede ser interpretado como una falta de entrega y, por tanto, como un incumplimiento contractual. Sin embargo, el Tribunal arbitral parece conceder conocimientos distintos al vendedor, en función del argumento jurídico que sea alegado. Al examinar la posible falta de conformidad de los bienes, no se atribuye al vendedor conocimiento de la misma, toda vez que fue un tercero el que suministró el combustible. Cuando, por el contrario, trata acerca del posible incumplimiento contractual basado en la falta de entrega, no sólo parece otorgar conocimiento de la falta de conformidad al vendedor⁴³, sino también de la previsibilidad del resultado perjudicial para el comprador⁴⁴, necesaria para calificar el incumplimiento como esencial (art. 25 CISG). En cualquier caso, y a nuestro juicio, puede afirmarse que lo más razonable es considerar los supuestos de *aliud* como falta de conformidad, cuando el vendedor desconoce el defecto⁴⁵. De lo contrario, creemos que el propio vendedor quedaría huérfano de la protección que le otorgan los artículos 38 y 39 CISG.

2) *Resolución de 24 de enero de 2000 por el Tribunal Internacional de Arbitraje Comercial de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa*⁴⁶.

HECHOS. Una empresa estadounidense (comprador) ejerce una acción de reclamación de daños y perjuicios contra una compañía rusa (vendedor), en base a un contrato celebrado en enero de 1998 y por el cual se acordó la entrega de los bienes⁴⁷ en dos envíos bajo las condiciones FCA⁴⁸. El contrato incluía algunas

⁴³ En realidad, falta de entrega.

⁴⁴ El Tribunal dice literalmente: «no [estamos] convencidos de que el demandado [el vendedor] no hubiera previsto el perjuicio y como una persona razonable pudiera haber previsto tal resultado».

⁴⁵ Mantenemos la idea expuesta por MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 35 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*. Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir. y coord.), Civitas, Madrid, 1998, p. 296.

⁴⁶ Arbitration 054/1999, ICC Arbitration of the Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 24 de enero de 2000.

⁴⁷ La resolución no menciona de qué bienes se trata.

⁴⁸ Téngase en cuenta que el citado INCOTERM se refiere a la revisión operada en 1990, la cual ha estado vigente hasta finales de 1999. La última revisión data del año 2000 y en ella, se han tratado de adecuar los «términos comerciales» o INCOTERMS a la práctica comercial. En concreto, la venta FCA (Franco Transportista) es un INCOTERM del Grupo F. El vendedor está obligado a entregar los bienes al transportista u otra persona designada por cualquiera de las partes. El vendedor asume además los gastos de embalaje y examen de los bienes hasta que son entregados al transportista. TAMAYO CARMONA, J. A., *Responsabilidad y riesgo contractual: Normas de la Convención de Viena, sobre Venta Internacional de Mercaderías e INCOTERMS 2000*, Valencia, 2002, pp. 28 ss.

estipulaciones acerca de la calidad de la mercancía, referidas a determinadas condiciones técnicas vigentes en Rusia. Los bienes habían de partir de la estación de ferrocarril situada en el lugar del domicilio del vendedor para, ulteriormente, ser transportados por vía marítima a un país extranjero, desde un determinado puerto ruso. El vendedor tenía la obligación de examinar antes del embarque si la calidad de los bienes era conforme a las exigencias de las condiciones técnicas rusas, así como proporcionar al comprador documentos que verificaran dicha inspección.

El comprador, por su parte, intentó comprobar los bienes relativos al primer envío en el puerto de embarque, si bien resultó imposible el examen por razones técnicas. Fue más tarde, al llegar los bienes al país de destino, cuando pudo realizar la inspección, comprobando entonces ciertas diferencias entre los bienes entregados y lo pactado. Como consecuencia de esas deficiencias, el envío fue aceptado por los consumidores finales, pero con la reducción de su precio. Por ello, el comprador solicitó, en su reclamación, una indemnización tendente a compensar la reducción del precio que los bienes experimentaron. Respecto del segundo envío, el comprador reclamó además el reembolso del lucro cesante, causado por el hecho de que la entrega de los bienes no conformes en el primer envío había dañado su reputación como fabricante en el mercado.

El vendedor solicitó, naturalmente, que la reclamación fuese desestimada. Alegó que el comprador había violado las reglas de inspección en lo relativo al examen de los bienes y, en cualquier caso, que no había comunicado la supuesta falta de conformidad de los bienes en el plazo expresamente fijado en el contrato, a saber, en los cincuenta días acordados.

Doctrina y comentario. El Tribunal, ante los hechos expuestos, se plantea si puede servir como base, para desestimar la reclamación del comprador, el hecho de que la notificación de la no conformidad de los bienes fuese enviada al vendedor fuera del plazo fijado, al efecto, en el contrato. De acuerdo con el contrato, el periodo de cincuenta días, establecido para dar la citada comunicación, había de contarse no desde la fecha en que la no conformidad se descubriera o debería haberse descubierto, sino desde la fecha de entrega de los bienes, esto es, la estampada en el certificado de embarque expedido en la estación de tren. Sin embargo, a juicio del Tribunal arbitral, teniendo en cuenta el tiempo que debía emplearse para transportar los bienes desde la estación de ferrocarril hasta el puerto de embarque, el periodo de cincuenta días fue fijado, a sabiendas, para reducir las posibilidades de presentar una reclamación por falta de conformidad. Parece apreciarse al menos mala fe del vendedor, al incluir el órgano arbitral el término *knowingly*, para referirse al conocimiento que de aquella circunstancia tenía el demandado. Al tiempo, la inspección

que debían realizar las partes, en el puerto de embarque, es calificada como evidente, técnica y económicamente irrazonable desde las propias condiciones técnicas reguladoras de la calidad de los bienes. A *sensu contrario*, el examen de los bienes realizado por el comprador, en el puerto de destino, puede calificarse como *razonable*, máxime cuando el contrato no limitaba temporalmente el examen de la mercancía, sino su mera comunicación.

El apoyo necesario para tales conclusiones se encuentra en uno de los principios generales de la Convención de Viena, la cual permite evaluar la conducta de las partes de acuerdo con la regla de la razonabilidad, según las circunstancias. La posición adoptada por el Tribunal, respecto del plazo máximo de cincuenta días, constituye además el argumento más sólido para la aceptación de la excusa razonable alegada por el comprador. Se asegura que la fijación de un periodo excesivamente breve para notificar los posibles defectos de los bienes, junto con la imposibilidad técnica de que el comprador procediese a su examen en el puerto de embarque, suponen una excusa razonable en el sentido del artículo 44 CISG.

Lo que no puede invocar el comprador es lo dispuesto en el artículo 40 CISG, y esto porque el aspecto de los defectos y su volumen (entre otros motivos) no permite atribuir al vendedor el conocimiento (o la exigencia del mismo) de la falta de conformidad. El comprador sugirió que existía dolo del vendedor, al no incluir en el certificado expedido tras la inspección los defectos apreciados en los bienes. El Tribunal no acoge el argumento.

Finalmente, ya conocemos los efectos que se derivan de la estimación del artículo 44 CISG. El Tribunal acordó reducir el precio en proporción al perjuicio sufrido por el comprador⁴⁹. Queda únicamente dar cuenta del *lucro cesante* solicitado. Como se aclara en el punto 4 de la resolución, dicha petición no puede derivarse de la excusa razonable, sino del artículo 74 CISG. El precepto nos remite nuevamente al estudio del concepto de *incumplimiento contractual* y su cabida en el caso examinado. Según el comprador, las condiciones del primer envío ocasionaron un deterioro en su reputación, de lo que se derivó la imposibilidad de vender el segundo envío. El Tribunal resuelve la cuestión afirmando que, a pesar de poder calificarse como incumplimiento contractual el primer envío, no se probó en el proceso que los daños causados a la reputación del comprador supusiesen un

⁴⁹ La reducción de precio se fijó en el 50 por 100 de la diferencia entre el precio de los bienes litigiosos según el contrato y el precio acordado entre el comprador y los consumidores finales.

daño serio, ni tampoco que existiesen dificultades para la venta de ese segundo envío. En definitiva, el Tribunal no aprecia la existencia de incumplimiento en el segundo envío y, por ello, desestima el mencionado motivo.

4. CONCLUSIONES

Del análisis de las resoluciones judiciales y arbitrales estudiadas puede colegirse una excepcionalidad muy acusada, que impide en la mayoría de los casos alegar con éxito el artículo 44 CISG. Las dos resoluciones arbitrales en que el comprador ve estimada la excusa razonable confirman sin lugar a dudas tal aserto.

En la primera de ellas, el comprador puede acogerse a los remedios que permite desplegar el artículo 44 CISG, pero sólo cuando el vendedor reconoció la falsedad del informe analítico en que la otra parte había confiado (y por el que había retrasado la comunicación exigida al vendedor), y solicitó conjuntamente con la otra parte un nuevo informe acerca de la calidad del bien entregado, que debía realizar un tercero independiente. Vemos, por ende, cómo para ver acogido el argumento de la excusa razonable es necesario que la otra parte de alguna manera condescienda con las pretensiones del actor. Todo ello, precisamente, para dejar a salvo la confianza que el vendedor legítimamente puede esperar de lo dispuesto en el artículo 39.1 CISG.

En la segunda resolución arbitral en que se estima el artículo 44 CISG, el vendedor sólo pierde tal expectativa de comunicación en la medida en que, *a sabiendas*, se fija un plazo en el contrato que es ostensiblemente insuficiente para comunicar una eventual falta de conformidad de los bienes.

En definitiva, podemos decir que para la aplicación del artículo 44 CISG es necesario, o bien que el vendedor reconozca la existencia de una causa justificada por la cual el comprador se retrasó en la comunicación de la falta de conformidad de las mercaderías, o bien malicia del vendedor, en el sentido de establecer contractualmente un plazo de comunicación de la falta de conformidad que resulte ostensiblemente insuficiente para cumplir las exigencias de denuncia del artículo 39.1 CISG⁵⁰.

⁵⁰ Este último supuesto parece configurarse como un híbrido entre las dos excepciones al artículo 39.1 CISG contenidas en los artículos 40 y 44 CISG.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXIS THOMPSON, Danielle: «Buyer beware: German interpretation of the CISG has led to results unfavorable to buyer». En <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970625g1.html>
- BIANCA C. M. y BONELL M. J. *et al.*: «Comentario al artículo 44 CISG», en *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milán, 1987, pp. 324 ss.
- CLOUT. Case Law on UNCITRAL Texts es un mecanismo de colección y distribución que tiene la finalidad de informar sobre las decisiones judiciales y arbitrales relativas a las Convenciones internacionales, emanadas de la Comisión de Naciones Unidas. Entre ellas se encuentra, naturalmente, la relativa a contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980.
- ENDERLEIN, Fritz: «Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods». En <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein1.html>
- FLECHTNER, Harry: «Comentario al artículo 44», en *The Draft UNCITRAL Digest on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1980), pp. 691 ss.
- HONNOLD, J. O.: *Uniform Law for International Sales. Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, 1987, Deventer, The Netherlands, pp. 278 ss.
- HUBER, Ulrich: «Comentario al artículo 44 CISG», en *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht –CISG–*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Múnich, 1995.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Comentario al artículo 44 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir. y Coord.) Madrid, 1998, pp. 398 ss.
- MORALES MORENO, A. M.: «Comentario al artículo 35 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir. y Coord.) Madrid, 1998, pp. 286 ss.
- «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La compraventa», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, IV.
- TAMAYO CARMONA, J. A.: *Responsabilidad y riesgo contractual: Normas de la Convención de Viena sobre Venta Internacional de Mercaderías e INCOTERMS 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Sobre el método en el estudio del Derecho civil: una aproximación a la Historia

ARTURO CALVO ESPIGA

Abogado del Tribunal de la Rota de Roma

Ha sido una constante en mi experiencia académica de los últimos cinco años constatar cómo quienes se dedican al estudio del Derecho civil recurren, cada vez con más frecuencia, desconozco si por adornar de erudición lo que no la necesita o porque, quizás, el recurso a la historia es para algunos aval de reputación o fiabilidad, a las Escuelas o modos medievales de crear Derecho con el fin, frustrado la mayoría de las veces por la ignorancia, de imprimir una especie de certeza o control añadidos a sus afirmaciones¹. Quizás por ello no esté de más advertir o recordar, según los casos, una verdad tan tópica como con frecuencia olvidada entre los civilistas españoles: *el Derecho medieval es el auténtico y verdadero fundamento del Derecho privado europeo*.

No pasa día sin que me pregunten cómo hacerme entender por estudiosos y curiosos cuando intento aclarar que el origen, sentido y razón de las instituciones de Derecho privado europeo no es tanto el Derecho romano, y desde luego de ningún modo el Derecho romano clásico, ni siquiera el imperial, cuanto la transmisión y reflexión que sobre este Derecho realizaron, sobre todo a lo largo de los siglos XI-XV, glosadores, comentaristas y profesionales de la aplicación jurisprudencial. El *ius commune* medieval, con todo lo en él implicado tanto desde la perspectiva normativo-práctica como desde la académico-especulativa, es el medio o puente histórico que hizo llegar el Derecho romano, tanto en la variedad de sus nor-

¹ Todavía recuerdo con profundo rubor, no exento de vergüenza ajena, el ridículo manifiesto en que quedó ante propios y extraños una concursante a cátedras que, después de haberse referido en repetidas ocasiones durante la exposición de su Proyecto docente, al *mos gallicus* y al *mos italicus*, fue incapaz no ya de describir o conceptualizar el contenido de ambos modos de hacer Derecho, sino, incluso, de mencionar ni siquiera un autor de cada Escuela.

mas como en la rica obra de los grandes jurisconsultos, hasta las decimonónicas codificaciones de Derecho privado².

Nuestras modernas instituciones de Derecho civil, hijas aparentemente del viejo Derecho romano y de las corrientes codificatorias herederas de la pandectística alemana³ y de la uniformidad napoleónica, no pueden entenderse en el meollo de su sentido y significado sin el recurso y referencia al filtro y lento decantamiento de la silenciosa y ardua peregrinación medieval⁴:

—¿Es, pues, jurídicamente aceptable que el estudioso contemporáneo se acerque a la comprensión de la estructura y problemática de las instituciones fundamentales del Derecho civil, actualmente vigentes, ignorando la metodología y los conceptos jurídicos básicos que abocaron en las conceptualizaciones del Derecho común medieval?

² Para una breve información de cómo se ha tratado por la literatura jurídica la cuestión de las fuentes medievales del Derecho en España, puede verse J. BENEYTO, «Para la clasificación de las fuentes del Derecho medieval español», *Anuario de Historia del Derecho Español* 31, 1961, pp. 259-268.

³ Surge este movimiento en Alemania en el siglo XIX y se denomina así por el hecho de que la mayor parte de sus manuales, incluso en los mismos títulos, se refieren a las *Pandectas* y al *Digesto*. Se consideran autores de mayor relieve dentro de esta corriente a G. PUCHTA, B. WINDSCHEID, Ch. F. GLNECK, C. G. WAECHTER, L. ARNDTS, A. BRINZ. Partiendo de las premisas de la Escuela histórica intentan elaborar una teoría sistemática del Derecho privado basada en fuentes románicas y, principalmente, en el *Corpus Iuris Civilis*. La pandectística, siguiendo los pasos del historicismo de F. von SAVIGNY para quien la esencia última del Derecho consistía en ser derivación y consecuencia necesaria del *alma* (*espíritu*) del *pueblo* y convencida, en consecuencia, de que el Derecho romano era, por tanto, patrimonio del espíritu del pueblo alemán, lo asumió como integrante esencial de la construcción de los dogmas del moderno Derecho privado. Los *pandectistas* iniciaron la recuperación formal del texto original del *Corpus Iuris Civilis*, en cuanto fuente del *Derecho romano común* y, por tanto, del Derecho vigente en Alemania casi hasta finales del siglo XIX. Además, se plantearon la reconstrucción teórica de las instituciones del Derecho romano privado, buscando, a través de la elaboración científica del Derecho, el instrumento más adecuado para la unificación material y formal del ordenamiento jurídico, así como para su construcción y desarrollo lógico-sistemático. La pandectística alumbró, desde los presupuestos de la Escuela histórica, el positivismo jurídico, constituyendo además una aportación definitiva al desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea. La metodología seguida tanto en la reconstrucción formal del texto justiniano original como en el análisis *institucional* del Derecho privado romano facilitó el descubrimiento de perspectivas jurídicas que habían pasado desapercibidas a los teóricos y profesionales del *Derecho medieval*, aun cuando éste era considerado medio fundamental, y en ocasiones único, de acercamiento al conocimiento del Derecho romano. La evolución del método de trabajo de la pandectística hacia posiciones de carácter más lógico y sistemático dió origen a la *Begriffjurisprudenz* (o jurisprudencia de conceptos), de gran trascendencia para la consolidación de la metodología institucional en el estudio del Derecho y como primeros pasos en el alumbramiento del método sistemático, y sentó las bases definitivas para la elaboración del *Bürgerlichesgesetzbuch* (BGB).

⁴ Ni debe jamás olvidarse que los grandes maestros de las modernas teorías de la codificación conocían, aunque quizás no con todo el rigor hermenéutico y metodológico que se ha conseguido posteriormente, la obra de glosadores, comentadores, decretistas y decretalistas. Por eso sigue siendo muy difícil acercarse al estudio de las instituciones básicas del Derecho privado desconociendo la obra de los teóricos medievales.

– ¿Qué entienden los civilistas contemporáneos cuando oyen hablar del Derecho intermedio, tan frecuente e inadecuadamente confundido con el *ius commune*, siendo, por el contrario, aquél un concepto que, en cierto modo, engloba a éste?

– ¿Les dice algo, sobre todo desde las implicaciones de la hermenéutica jurídica, la distinción escolástica entre *mos gallicus* y *mos italicus*?⁵.

I. ¿QUÉ HA DE ENTENDERSE POR DERECHO COMÚN?

Cabe recordar, antes de cualquier precisión ulterior, que el *topos Derecho común* ha de ser entendido más que como concepto jurídico o histórico como expresión, término o lugar jurídico por el que son designados *el Derecho romano justiniano* y *el Derecho canónico tal y como fueron interpretados por la doctrina y la jurisprudencia de los países de Europa occidental*⁶, sin perder de vista,

⁵ Por cuanto respecta a la relación/diferenciación entre el Derecho común y el intermedio, puede verse, entre otros, F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune* (Milán 1970) pp. 105-109. También quiero dejar claro, ya desde este lugar, que a lo largo de estas páginas evito, a propósito, cualquier referencia de comparación, que no tendría porque resultar anacrónica, a la situación de futuro que habrá de crearse en Europa como consecuencia de la tendencia a unificar instituciones políticas, recursos jurídicos y medios materiales. Sin embargo, no desisto, en publicación posterior, de volver sobre la luz que, tanto desde la perspectiva de su estudio como desde el compromiso de su elaboración, el método jurídico medieval, hijo de la fractura del Imperio y, en alguna medida, padre de las nuevas nacionalidades, puede ofrecer al intento contemporáneo de articular un sistema jurídico común en que se coherentes y coordinen las bases de un Derecho único que haga real la unión de los pueblos europeos con el respeto a las peculiaridades de cada Estado o nación, en cuanto señas de identidad que eviten su reducción a estéril y reductora uniformidad. La creación de un Derecho común de ámbito europeo por encima o al margen de determinados valores y tradiciones jurídicas que han ido conformando no sólo la identidad de los distintos pueblos que componen Europa, sino la propia base y los fundamentos que justifican el proyecto de la nueva Europa, abocaría a un sistema de relaciones jurídicas vacío e infecundo por articularse al margen de las raíces sociales y humanas a que debe responder cualquier cuerpo de normas que pretenda una verdadera efectividad social. Por lo que respecta al papel que puede desempeñar o a la ayuda que pueda prestar el Derecho romano en el camino hacia la unidad jurídica europea, puede verse G. ERMINI, «Tradizione romana e unità giuridica europea», *Archivio della Deputazione Romana di Storia Patria* 67, 1944, pp. 6-55; F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea», *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 64, 1998, pp. 529-536; Idem, «Retorno a Roma en la elaboración del futuro código europeo de contratos», *Ibid.* 66, 2000, pp. 245-261; y, desde un punto de vista más histórico-técnico, puede verse, A. FERNÁNDEZ BARREIRO, «El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea. Proyección histórica de la herencia jurídico-cultural romana», *Ibid.* 41, 1995, pp. 657-691.

⁶ «Los recientes movimientos fundamentalistas en algunos Estados árabes, con sus excesos que llegan hasta asesinatos, nos demuestran de modo terrorífico que resulta difícil, si no imposible bajo su régimen, una convivencia pacífica para personas con diferentes creencias. En cambio, el ordenamiento jurídico de los romanos, a causa de su carácter neutral, estaba predisposto para que se produjese la recepción por parte de sociedades medievales y modernas de carácter socio-cultural completamente diferentes tanto en Euro-

por otra parte, que entre los siglos XII y XVIII también influyó con notable éxito en la vida social y ordenamientos de las «orientales» Polonia, Bohemia y Rumanía.

No obstante lo dicho, se ha de reconocer que el intento de definir o delimitar con precisión el contenido de este término entraña cierta dificultad, ya que no nos hallamos ante un concepto que se manifieste de forma invariable y constante en cualquier sistema u ordenamiento jurídico, sea histórico o actual. Por el simple hecho de referirnos a un *Derecho común* establecemos necesariamente una relación o contraposición de ideas de carácter relativo, precisamente por su esencial y fundamental sentido *relacional*, ya que si hablamos de un *Derecho común* es porque, necesariamente, presuponemos la existencia de otro *Derecho* o sistema normativo que no puede ser calificado de *común*⁷.

En el ámbito de la ciencia jurídica, esta versatilidad o apertura a lo relativo ha marcado la pauta a la hora de partir de unas bases o elementos comunes que posibiliten o faciliten la comprensión de este topos o formulación. También se ha de tener en cuenta que, por tratarse de una realidad o conceptualización jurídica que fundamentalmente tiene su razón de ser en la historia, la propia noción de *Derecho común* o los límites de su definición varían según el tenor de la referencia o momento histórico en que centremos nuestra reflexión. En este sentido, y como ejemplo ilustrativo, cabe mencionar la disputa habida entre romanistas de los siglos XIX y XX sobre qué Derecho, si el *civile* o el *gentium*, había de ser considerado como Derecho común del imperio⁸.

Al hablar, pues, de Derecho común, podemos referirnos bien al *ius commune* que conforma un *corpus* o movimiento jurídico que se extiende desde los posglosadores o comentaristas hasta el movimiento codificador del siglo XIX; o bien a su versión alemana, el *gemeines Recht*, que influye en el Derecho germánico hasta el propio umbral del siglo XX; o al sistema de *common law* inglés, del que puede decirse otro tanto. Sin embargo, una vez constatada

pa como en otros continentes, piénsese sólo en el sur de África, donde el Derecho romano sigue estando en vigor aun hoy, sin que esté codificado» (A. WACKE, «Una porción hereditaria para Jesucristo». *La influencia del Cristianismo sobre el Derecho de sucesiones*, Studia et Documenta Historiae et Iuris 66, 2000, pp. 280-281). Y sólo desde esta conformación mental e ideológicamente romanista puede llegar a la construcción de sociedades auténticamente *pluralistas* en que, *afirmando* como propio o propios un valor o conjunto de valores, se defiende radicalmente que diversidad y desacuerdo son pautas o actitudes de comportamiento y acción social esencialmente necesarias para el desarrollo armónico del individuo y para el enriquecimiento de la propia sociedad.

⁷ Cfr. E. BUSSI, *Intorno al concetto di diritto comune* (Milán 1935) pp. 24-60; G. ERMINI, *Corso di Diritto Comune, I. Genesi ed evoluzione storica. Elementi costitutivi-Fonti* (Milán 1962), p. 27; Idem, «Diritto comune», en *Nuvissimo Digesto Italiano* (Turín 1960).

⁸ Cfr. G. ERMINI, l. c., pp. 33 y 34.

la riqueza y complejidad de este concepto, y teniéndola siempre como telón de fondo o referencia de contraste, hemos de aclarar que, por lo que a esta reflexión atañe, y desde el aspecto dominante de su operatividad, entendemos por *ius commune* o *Derecho común*, como se ha apuntado anteriormente, *el papel o función que el Derecho romano y, en su momento, el Derecho canónico desempeñaron como denominador común de todo el Derecho continental*⁹.

Hemos de notar como, ya desde este inicio, se ha de tener muy presente, siempre, como es evidente, desde la perspectiva escolástico-dogmática de la creación y elaboración del Derecho, que si bien el término *posglosador* suele utilizarse para designar genéricamente a los comentadores, sin embargo, en sentido estricto, identifica a los juristas que desarrollan su actividad durante el espacio de tiempo, en la segunda mitad del siglo XIII, en que se operó el tránsito metodológico de la *Glosa al Comentario*. Se conoce bajo la denominación de comentadores a los juristas de los siglos XIV y XV, en cuanto que el *comentario* fue la forma literaria típica en que se concretó su actividad científica. También se les llama *dialécticos* o *escolásticos*, por la mayor fuerza e intensidad con que aplicaron la lógica aristotélica, utilizada con anterioridad por los glosadores.

Uno de los mayores avances que introdujeron los comentadores respecto a los glosadores consistió precisamente en las consecuencias anejas a, o derivadas de, la distinta valoración y comprensión que unos y otros realizaban del antiguo Derecho romano, más en concreto del *Corpus Iuris Civilis*. Pues mientras, en caso de conflicto entre una *ley vieja*, con antigüedad incluso de siglos, y la realidad de la vida, los glosadores pensaban que ésta debía ceder ante aquella; los comentadores, a partir de un método interpretativo basado en la lógica y dialéctica aristotélico-escolástica, intentaban determinar hasta qué punto las normas antiguas, coordinadas con/integradas en las nuevas, podían ser utilizadas para regular las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la nueva situación social.

Aunque las primeras manifestaciones de esta nueva técnica de interpretación surgieron en Francia, principalmente por obra de juristas de la Escuela de Orléans encabezados por Jacques de Révigny († 1296) y Pierre de Belleperche († 1308); sin embargo, muy pronto este nuevo modo de hacer Derecho produjo sus mejores frutos en Italia, gracias a la obra pionera de Cino de Pistoia.

⁹ Cfr. F. CALASSO, *Medioevo del Diritto, I. Le fonti*, Milán, 1954, pp. 345-628; Idem, *Introduzione al Diritto Comune*, Milán, 1962; E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunte teorici nel diritto comune classico*, Milán, 1962.

Según este autor, la técnica de estudio e interpretación del texto normativo constaba de los siguientes pasos: 1. lectura del texto y descomposición/enumeración de todos sus elementos constitutivos; 2. resumen explicativo, con indicación de casos prácticos, en orden a aclarar la relevancia y amplitud del texto examinado; y 3. enumeración y descripción de las objeciones posibles y de las observaciones realizadas en orden a precisar y definir los límites de los problemas surgidos en torno al texto analizado.

De este modo, el jurista llegaba a descubrir la *ratio* de la norma o, lo que es lo mismo, el principio inspirador de la misma que, de este modo, podía ser aplicado después a casos o situaciones distintas de aquellas previstas por la norma objeto de interpretación. A diferencia de lo sucedido con los glosadores, cuya obra individual se diluye en el conjunto de la glosa, sobre todo la *acursiana*, entre los comentadores vuelve a imponerse la figura del *doctor iuris* que, desde su propia personalidad, incide activamente en la vida del Derecho. A partir, sobre todo, de la mitad del siglo xv, entre los géneros literario-científicos en que se manifiesta y expresa la actividad científica de los comentadores, además de los grandes *comentarios* al *Corpus Iuris Civilis*, las *repetitiones* y los *tratados*, adquieren una gran importancia las recopilaciones de *consilia*.

1. DERECHO COMÚN E IDEA IMPERIAL

Es evidente la dificultad que implica el intento de fijar con claridad los términos definitorios de un fenómeno jurídico, social y político tan extenso y complejo. Intelectualmente se ha de realizar un gran esfuerzo urgido por la necesidad de ampliar substancialmente el contenido de la noción clásica de Derecho común, teniendo muy presente que siempre se ha tendido a privilegiar, cuando se trataba de buscar y determinar las bases y fundamento de aquél, el papel del Derecho romano frente al canónico.

Aunque se reconozca que esta prevalencia o predominio del Derecho romano, como marco y fondo del Derecho común, haya podido tener una cierta justificación histórica fundada en la obra unificadora intentada por Carlomagno primero, como consecuencia práctica del título de *Emperador romano de Occidente* que le atribuyera el papa León III en su coronación el día de Navidad del año 800¹⁰, y por los Otones, posteriormente, sobre todo a través de

¹⁰ Recuerda a este respecto Menéndez Pidal: «La palabra emperador no nos sugiere hoy nada de lo que sugería a los hombres de antes. Modernamente puede haber un emperador en Alemania, otro en Austria, otro en Méjico o en el Brasil. Antes esto era un absur-

su pretensión de recuperar la vieja estructura imperial por medio de la *renovatio imperii*.

Se ha de notar, por otra parte, que, en la actualidad, constituye un lugar común entre los historiadores atribuir a la Iglesia, y más específicamente al papado, la iniciativa, principalmente a partir de la mitad del siglo VIII, para mantener vivo el Derecho romano en Occidente, sobre todo por la recuperación política de la idea de Imperio. A partir de la coronación de Carlomagno como emperador (Navidad del año 800), el Derecho romano, no exento de adherencias e influencias no romanas entre las que no faltaban las canónicas o eclesiásticas, llegó a lugares del Imperio en que jamás había estado en uso. Los emperadores germánicos que sucedieron a Carlomagno se dieron cuenta muy pronto de las ventajas que ofrecía el Derecho romano como medio e instrumento para extender y garantizar su control del Imperio. Otón III, ya en el siglo X, promovió de forma especial no sólo la idea imperial (*renovatio o restauratio imperii*), sino sobre todo la recuperación del Derecho romano como medio seguro para asegurar y reforzar su poder debilitado por el Derecho consuetudinario y los ordenamientos locales.

En consecuencia, del *unum imperium*, soñado y buscado ya desde el propio inicio de la agonía del occidente romano, hubiese debido derivar o nacer el *unum ius* destinado a regir y ordenar la vida jurídica de los distintos pueblos inter-relacionados en la deseada unidad imperial. Los principios que inspiraron el *novedoso* redescubrimiento de tal concepción político-jurídica fueron desarrollados en las *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, de autor anónimo y conocida en torno al siglo XII¹¹.

A pesar del convencimiento de que el único Derecho capaz de regular las relaciones jurídicas del entero género humano no podía ser otro, tanto por el nivel de desarrollo metodológico y práctico que había alcanzado como por el precedente de su vigencia univer-

do. El emperador era algo más importante: era un ser único, un supremo jerarca del mundo todo, en derecho al menos, ya que no de hecho. Tal concepción revestía una grandeza verdaderamente romana. Hacer de todos los hombres una familia, unidos por los dioses, por la cultura, por el comercio, por el matrimonio y la sangre, fue la gran misión del Imperio romano, ensalzada por los paganos desde Plinio hasta Galo Namaciano y por los cristianos a partir de los españoles Prudencio y Orosio y del africano San Agustín. El Imperio era la forma más perfecta de la sociedad humana; por eso Dios perpetuaba sobre la tierra el Imperio, desde los tiempos más remotos de la historia, transfiriéndolo de Babilonia a Macedonia, a Cartago y a Roma. El Imperio romano había ejercido esta potestad suprema, extensa y completa durante seis siglos, sobre todo desde Augusto hasta Justiniano. Luego, aunque muy deficiente y achicado, se renueva en el imperio carolingio de los siglos IX y X. Después, más achicado aún, sucede el Imperio romano-germánico» (R. MENÉNDEZ PIDAL, *Idea imperial de Carlos V*, Madrid, 1940, pp. 11-12). Cfr. también, G. ERMINI, *l. c.*, p. 17.

¹¹ Cfr. G. ERMINI, *Corso di Diritto Comune...*, cit., pp. 3-16.

sal, al menos en teoría, que el Derecho romano, al desconocido autor de las *Quaestiones* no se le escapaba la difícil situación política de su tiempo, caracterizada por la existencia de una vasta pluralidad de ordenamientos menores en el ámbito del imperio¹².

No sólo los ordenamientos monárquicos o regios, sino también los feudales, municipales y corporativos se regían por sus propias constituciones, o bien por medio de particulares y especiales cuerpos normativos, ya consolidados en razón de su calidad jurídica o por razones sociopolíticas, que abarcaban o incluían en su seno desde comportamientos comunitarios o prescripciones consuetudinarias propias hasta Derechos estatutarios específicos.

Resulta ocioso recordar que no estamos ante un sentido o significado moderno o contemporáneo del término constitución. En Derecho romano, reciben el nombre de *constitutiones Principum* las ordenanzas imperiales, que posteriormente, sobre todo a partir de la consolidación y difusión del Cristianismo en el marco socio-político y geográfico del Imperio, pasaron a designar las leyes emanadas de los Romanos Pontífices (*constitutiones Pontificum*). La voluntad del emperador (*princeps*), normativamente eficaz y vinculante, fue re conducida por los juristas, siguiendo la política romana de mantener las instituciones jurídicas y sociales preexistentes sustituyendo su contenido, a la denominada *lex de imperio*, que era formulada por el Senado y aclamada por el Pueblo.

Como consecuencia de este proceso, las constituciones imperiales acabaron denominándose *leges* y equiparadas a la constumbre, pero por encima de ella en cuanto a jerarquía normativa, en cuanto única fuente, autoritativamente contrastable, de derecho. Desde la perspectiva de su estructura formal, las *constitutiones* podían presentarse bajo la forma de *edicta*, *decreta* o *epistulae*; a su vez, estas últimas se denominaban *rescripta*, cuando contenían la respuesta a cuestiones planteadas por personas privadas; y *mandata*, cuando transmitían instrucciones dirigidas a funcionarios imperiales. En este caso, el concepto constitución se refiere a un conjunto normativo dotado de unidad sistemática y de una cierta

¹² Por cuanto respecta al desarrollo y aplicación del derecho en la primera mitad de la Edad Media, puede verse el monográfico sobre *La Giustizia nell'Alto Medioevo (Secoli IX-XI)*, correspondiente al contenido de la 44.^a Settimana di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 11-17 aprile 1997 (Spoleto 1997); y de manera especial: J.P. POLY, «Le procès de l'an mil ou du bon usage des *Leges* en temps de désarroi», en *La Giustizia...*, cit., pp. 9-46; G. SERGI, «L'esercizio del potere giudiziario dei signori territoriali», *Ibid.*, pp. 313-345; G. NICOLAS, «Formulari e nuovo formalismo nei processi del Regnum Italiae», *Ibid.*, pp. 347-384; O. CAPITANI, «Gregorio VII e la giustizia», *Ibid.*, pp. 385-425; O. GUILLOT, «Le judiciaire: du champ légal (sous Louis le Pieux) au champ de la pratique en France (Xie. s.)», *Ibid.*, pp. 715-795.

vocación de totalidad que tiende a ordenar y regular la vida común de una determinada sociedad.

Resulta paradigmática la utilización de este sentido en el texto del *dictum* inicial de la *Distinción* 10 del Decreto de Graciano: «*Constitutiones vero principum ecclesiasticis constitutionibus non preminent, sed obsecuntur*». Otro tanto se observa en las palabras con que Graciano introduce la segunda parte de esta misma *Distinción*: «*Ecce quod constitutiones principum ecclesiasticis legibus postponenda sunt*». Salvando las distancias y diferencias que han de ser salvadas, el *topos* medieval constitución tendría mayor semejanza con el conjunto normativo que estructura y regula fundamentalmente la vida de un Instituto religioso católico que con lo que también hoy denominamos Constitución o Carta constitucional o fundamental de un Estado.

Muy poco tiene que ver el *estatuto* o los *derechos estatutarios* medievales con el significado que este calificativo adquirió a partir del nacimiento del derecho administrativo como rama autónoma de la ciencia jurídica, en que se entiende por *estatuto* el acto normativo fundamental de un ente colectivo público o privado y que se presenta como manifestación de su potestad o capacidad de autoorganización; es decir, de darse normas estructurantes y delimitadoras de su organización interna, de sus fines, de los medios para conseguirlos, así como de los derechos y deberes de quienes forman parte del mismo.

Cabe recordar que en derecho romano, estatuto tenía el sentido de decisión judicial (cf. *Digestum*, l. L, tit. XVI, fragm. 46) y también el de ley (cf. *Codex*, l. VII, tit. XIII, c. 1). Al hablar de *derecho estatutario*, el jurista medieval se refiere al conjunto de normas que delimitan la estructura y esencia jurídica de instituciones o situaciones al margen del derecho clásico, entendiendo por tal el romano o el canónico, según los casos. No estamos, pues, ante normas derivadas de otras que operarían como originarias dándoles, en última instancia, fuerza y sentido, sino que nos hallamos ante ordenamientos auténticamente originarios, aunque sin pretensión de universalidad y reducidos en su competencia y aplicación únicamente a las ciudades o territorios para los que hubieren sido promulgados.

Los juristas definieron el estatuto como *el derecho propio de cada pueblo redactado por escrito*. Como se indica en varios lugares de estas páginas, uno de los problemas más importantes con que se encuentra el derecho medieval es precisamente el de conciliar la autonomía de estos estatutos con la soberanía del Imperio, reputado como fuente única de derecho. De todos modos, en la

llamada *época comunal*, los estatutos, como ocurrirá también con la legislación de las monarquías medievales, ocuparán el vértice en la jerarquía de fuentes jurídicas. Sólo en caso de laguna estatutaria se recurrirá al derecho *consuetudinario* o al *común*, en cuanto fuentes subsidiarias.

El estatuto fue un derecho de carácter territorial y obligatorio para quienes vivían en el ámbito geográfico en que había sido promulgado, implicando, al menos desde la perspectiva de las materias que en él se disciplinaban, la superación del sistema o concepción personalista del derecho. La historia del derecho estatutario, sobre todo desde el punto de vista de su eficacia en el sistema de fuentes de derecho, es una sucesión de altibajos que le llevó desde su puesto cimero en la jerarquía hasta el papel menor que desempeña en los ordenamientos contemporáneos.

El marco de la relación entre el *deseado*, aunque nunca realmente conseguido, *unum ius* del imperio y los *iura propria* de los ordenamientos particulares¹³, no sólo de los costumbristas o usuales sino también de los positivamente normados, se concretaba y explicitaba de manera especial en el *contraste de oposición*, en unos casos; de *exclusión*, en otros y de *omisión* o *ignorancia* en la mayoría¹⁴; entre un derecho, el romano justiniano, con seis siglos de antigüedad, referente, por otra parte, de una imagen unitaria del Imperio que nunca existió, y un derecho reciente, actual, contemporáneo, que se había forjado en respuesta a exigencias sociales y políticas desconocidas anteriormente en los ámbitos jurídicos¹⁵. La búsqueda de solución a tal contraste fue uno de los principales retos a que se enfrentó la doctrina jurídica medieval.

¹³ Se entendía por tales, o en singular *ius proprium*, el derecho emanado en el seno de ordenamientos que, de limitadas dimensiones (feudos, ciudades, corporaciones de artesanos, gremios, etc.) o de mayor amplitud (por ejemplo, el Reino de Sicilia), eran considerados como *particulares* respecto al ordenamiento universal del imperio. Las fuentes del *ius proprium* eran la costumbre, para el derecho feudal; los estatutos, para las ciudades y las corporaciones; y para los ordenamientos monárquicos, cuerpos o conjuntos consolidados de normas de distintas y diversificadas procedencia, sobre todo regias.

¹⁴ Cfr., en orden a clarificar los orígenes y antecedentes de este problema, F. CALASSO, «Il problema istituzionale dell'ordinamento barbarico in Italia», en *Il passaggio dall'Antichità al Medioevo in Occidente* [9 Settimana di studio (6-12 aprile 1961) del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo], Spoleto 1962, pp. 57-90; F. L. GANSHOF, «Les traits généraux du système d' institutions de la monarchie Franque», *Ibid.*, pp. 91-127; CL. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, «Pervivencia y crisis de la tradición jurídica Romana en la España goda», *Ibid.*, pp. 128-199.

¹⁵ Dada la gran expansión del Imperio romano y la variedad de usos, costumbres y tradiciones jurídicas de las sociedades y pueblos con que se relacionó, puede decirse que, *mutatis mutandis*, ya en plena edad imperial se plantea el problema de la relación entre la ley o normas del Imperio y los derechos locales, cuestión que se agudizó ostensiblemente con la generalización de la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio romano en tiempo del emperador Caracalla. Cfr. G. ERMINI, *Tradizione romana...*, cit.; J. M. MODRZEJESKI, «La loi des Égyptiens»: le droit grec dans l'Egypte romaine», en B. G. MAN-

Cabe recordar que, en cierto modo, la solución a que se llegó, al menos en la época en que mayoritariamente se creía en la posibilidad de un ordenamiento único y común para intentar, si no superar, al menos cohonestar los extremos de esa *contrastada* oposición jurídica, todavía sobrevive en los ordenamientos anglosajones de *common law*: metodológica y socialmente, la superación no podía ser fruto de la antihistórica negación de la existencia y vigencia de distintos ordenamientos, sino del esfuerzo e intento por conciliar pluralidad jurídica con el principio del *unum ius* del Imperio universal y único.

Tampoco debe perderse de vista que lo que hoy se contempla como una mera cuestión de Escuela supuso en la vida y reflexión medievales un problema profundamente inserto en la sociedad, tanto en su vertiente jurídica como en su entramado político. Precisamente por ello, había de arbitrarse una respuesta, o al menos una metodología de trabajo, que ofreciese una solución o soluciones esencialmente dinámicas, puesto que los planteamientos en torno a esta problemática no se realizaban desde el simple academicismo, sino que brotaban del propio crecimiento de la sociedad y de su desarrollo jurídico-institucional. Esta situación determinó que en la base y fundamento de la solución conciliadora por la que se optó se halle un concepto de tan difícil delimitación y comprensión como el de *ius commune*.

2. DERECHO COMÚN Y MONARQUÍAS NACIONALES

De este modo, tanto el *ius commune* como los *iura propria* eran contemplados como partes de un sistema normativo unitario, ya que se les consideraba como elementos constitutivos de una relación jerarquizada o asimétrica y asintótica en que el primero aparecía en una situación de intransgredible supremacía respecto a los segundos. Sin embargo, a lo largo de los siglos XIV y XV, la evolución de la ciencia jurídica hizo del *ius commune* un derecho integrativo y subsidiario de los ordenamientos particulares, cada uno de los cuales, completamente autónomo de cualquier derecho de corte universal, reconocía, como *derecho supletorio*, al universal derecho común en el ámbito de su propio sistema particular.

La posterior transformación del gobierno señorial en *principesco* o *regio* también incidió, como es lógico, en el ámbito jurídico,

DILARAS (ed.), *Proceedings of the XVIII International Congress of Papyrology (Athens, 25-31/5/1986)*, vol. 2 (Atenas 1988) 383-399; Idem, «Constitutio Antoniniana», en P. F. GIRARD y F. SENN, *Les Lois des Romaines*, 70 édition des «Textes de droit romain», t. 2 (Nápoles-Camerino, 1977) pp. 478-490.

llevando a sus últimas consecuencias la crisis definitiva de cuanto todavía quedaba de la concepción universalista del derecho común, hasta el extremo de que se llegó a invertir el sentido primigenio del término. Y, de este modo, para las tierras sujetas a un príncipe, había de entenderse por *ius commune*, en primer lugar, el derecho principesco o regio, es decir, el anteriormente reconocido como *particular*, en lugar del *antiguo* derecho romano imperial. Proceso que, según las distintas naciones, se desarrolla en Europa entre los siglos XIII-XV.

Con la desaparición de la idea del imperio, el derecho romano, siempre en su dimensión de derecho común con referencia a los neonatos ordenamientos particulares o nacionales, mantuvo su vigencia dentro de los límites en que lo ajustó, según los casos, la tolerancia del *placitum principis*¹⁶: el derecho romano permanecía como derecho común, pero siempre *subsidiario* respecto a las leyes del príncipe que pasaron a ser consideradas *communes et pri-mariae*¹⁷.

Con el término *placitum* se denominaba la reunión o asamblea con funciones jurisdiccionales principalmente, propia de los pueblos germánicos e introducida por ellos, con las invasiones de los siglos V y VI, en el Imperio romano de occidente. Su contextura jurídica se perfeccionó bajo la monarquía franca, donde el término *placitum* es frecuentemente utilizado junto a *mallum*. Los placita más frecuentes eran el regio y el comicial o condal, según fuese celebrado por el rey o por un conde en el territorio de su condado.

El *placitum regis* o regio era *general* cuando, al menos una vez al año, se reunían todos los grandes del reino, clérigos y laicos, con la finalidad de realizar un simple encuentro o asistir a una solemne parada militar, más que para ejercer una función jurisdiccional. El *placitum regio* más común era el que celebraba el soberano, o más frecuentemente el *comes palatii* en su nombre, en la Corte o donde se encontrara en el momento de la convocatoria, con la presencia de jueces elegidos por el monarca, a fin de juzgar en primera instancia cuestiones civiles y penales de especial interés, ya fuera por razón de las personas afectadas, como, por ejemplo, los sujetos al *mundio* o *tuitio* del rey, o en razón del objeto; o bien, en grado de apelación, las sentencias de los jueces locales o aquellos casos en

¹⁶ Para una adecuada comprensión de este asunto, sigue siendo fundamental el tratamiento que de él realizó L. A. MURATORI, «Antiquitates Italiae Medii Aevi», Diss. XXXI, *De placitis et mallis*.

¹⁷ Cfr. Y. BONGERT, «Vers la formation d'un pouvoir législatif royal (fin Xe.-début XIIIe. siècle)», en VARIOS, *Études offertes à Jean Macqueron* (Aix-en-Provence 1970), pp. 127-140.

que se había denegado la justicia. Gozaba de este mismo carácter el *placitum missi dominici*, cuando juzgaba en segunda instancia.

El *placitum comicial* o condal era convocado y presidido por el conde, o por magistrado delegado, para juzgar de las cuestiones propias del condado. El *placitum* o asamblea general, según el ordenamiento carolingio, había de ser reunido por el conde tres veces al año: Navidad, Pascua y S. Juan Bautista; y debían de participar, a no ser que mediara dispensa especial, todos los hombres libres y no sólo los propietarios o poseedores de tierras de un cierto valor. Por su parte, el *placitum simple* o *extraordinario*, que se realizaba con mayor frecuencia y que generalmente duraba tres días, se solía convocar tanto en la residencia del conde como en cualquier otro lugar del condado y, según la reforma de Carlomagno, tenían obligación de asistir los *scabini*, elegidos por una sola vez, para sugerir y aconsejar sobre el tenor y fallo de la sentencia.

De esta distinción entre *generales* y *especiales*, conocidos también como *ordinarios* y *extraordinarios*, pues los primeros se realizaban siempre en época fija, sin convocatoria especial, mientras que los segundos se anuncianaban coyunturalmente, mediante convocatoria personalizada para quienes estaban obligados al servicio del *placitum*, algunos autores han concluido la existencia de dos tribunales distintos, uno de carácter popular, como de *ius civile*, y otro que se fundaría sobre el *imperium* de la autoridad o como de *ius honorarium*. Sin embargo, quizás ofrezca una explicación más cierta de esta distinción el simple ejercicio de competencias distintas.

El *placitum*, en sus diversas modalidades, tuvo su máxima difusión en la época feudal, sobre todo entre los siglos IX y XI, para ir poco a poco desapareciendo o quedando recluido en contados dominios señoriales, laicos y eclesiásticos.

Se llegó, pues, a una situación en que la expresión *ius commune* resultaba totalmente equívoca, de modo que cada vez que en las leyes, resoluciones, decisiones o documentos privados de la época se invocaba o reenviaba al *ius commune* había de preguntarse, y con mucha más razón desde la perspectiva contemporánea, si se estaban refiriendo al derecho común romano o bien al derecho común del *príncipe* o del *rey*.

3. EL DERECHO CANÓNICO COMO DERECHO COMÚN

También el derecho canónico, independientemente del derecho romano, se consideraba, al menos desde una perspectiva ideal y doctrinal, como derecho común. El hecho de que el *ius canonicum* estuviese estrechamente vinculado al derecho romano o al *ius civi-*

le, según los casos, en una relación que se expresó en la fórmula *utrumque ius* no debe conducir al equívoco de pensar que ambos ordenamientos acabaran fundiéndose en el *ius commune*, integrándose como elementos a partes iguales, o al menos como partes, del mismo¹⁸.

1. *Ius commune* y *utrumque ius*

Antes bien, en el caso del *utrumque ius* nos hallaríamos ante una especie de *tercera vía* que en algunos momentos ha sido invocada como derecho común, aunque constituya una incorrección metodológica, no exenta de cierto anacronismo jurídico, denominar *ius commune* al *utrumque ius*. Como la propia significación de las palabras indica, *utrumque* hace referencia al periodo o situación de vigencia simultánea, en el mundo jurídico práctico y en el ámbito metodológico de la reflexión teórica, del derecho civil y del canónico.

Hemos de advertir, sin embargo, que, a pesar de que en esta sede y por referencia/distinción al *ius commune* hayamos optado por considerar el *utrumque ius* como «el sistema resultante» de la conjunción del derecho romano (civil) y del derecho canónico, esta fórmula no es, ni desde la perspectiva de su contenido ni desde la de su conformación histórica, tan clara como tópicamente se ha pretendido. Aunque, por el contenido de su formulación, pueda aparecer como un término de síntesis, se ha de reconocer que mediante esta fórmula se está llamando la atención sobre la existencia de dos derechos distintos, sobre la dialéctica de sus relaciones y sobre dos modos diversos de metodología, tanto en la enseñanza como en la investigación¹⁹.

¹⁸ Para la problemática subyacente a este término (*utrumque ius*), pueden verse los lugares citados de Calasso, Cortese y Érmini, así como el estudio de P. LEGENDRE, «Le droit romain, modèle et langage: De la signification de l' "Utrumque Ius"», Varios, *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, t. 2 (París 1965), pp. 913-930. Cfr. también, P. AVONS, *Jan van Hocsem in Leuven*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 38, 1970, pp. 191-194; G. ERMINI, «*Ius commune* e *utrumque ius*», en *Acta Congressus Iuridici Internationalis. Romae, 12-17 Nov. 1934*, vol. 2 (Roma 1935), pp. 505-535; R. FEENSTRA, *Les «Flores utriusque iuris» de Jean de Hocsem et leur édition au XV^e siècle*, *ibid.* 31, 1963, pp. 486-519. Y por cuanto se refiere a las implicaciones ideológico-conceptuales entre este término y la relación entre imperio y papado, puede verse el clásico trabajo de A. M. STICKLER, *Sacerdotium et Regnum nei decretisti e primi decretalisti*, Salesianum 15, 1953, pp. 575-612.

¹⁹ Cfr. A. GOURON, *Une école ou des écoles? Sur les canonistes français (vers 1150-vers 1210)*, en Varios, *Proceedings of the Sixth International Congress of Medieval Canon Law (Berkeley, 1980)* [Monumenta Iuris Canonici, Series C: Subsidia 7] (Ciudad del Vaticano, 1985), pp. 223-240; IDEM, «Sur les sources civilistes et la datation des Sommes de Rufin et d' Etienne de Tournai», *Bulletin of Medieval Canon Law* 16, 1986, 55-70; IDEM, *A la convergence des deux droits: Jean Bassien, Bazianus et maître Jean*, Tijdschrift voor

Por otro lado, a lo largo de la Edad Media, esta fórmula también ha tenido una significación más modesta ya que se llegó a utilizar para referirse a la especialización o titulación académica en ambos derechos (*in utroque iure peritus*); o bien, mediante la expresión *utraque lex*, para precisar la filosofía política subyacente a las relaciones Imperio-Papado, tal como queda perfectamente delimitado en una decretal de Honorio II (1124-1130) sobre la obligación de los clérigos a prestar el juramento *de calunnia*²⁰.

El Papa, en su *decretal*, plantea de manera indirecta la cuestión que referimos, hecho que dota de mayor valor al testimonio, ya que el interés del Pontífice se centra en la no obligación de los clérigos de prestar el juramento de calunnia en los supuestos en que se vean judicialmente implicadas sus Iglesias. Dentro del juramento judicial *asertorio*, pueden distinguirse tres clases o subtipos: de *calunnia*, de *malicia* y de *decir verdad*.

El juramento de calunnia hunde sus raíces en el derecho romano (*Digestum*, l. III, tít. VI, *De calumniis*; *Codex*, l. II, 59, *De iureiurando propter calumniam dando*; y *Novellae XLIX*, c. III y CXXIV, c. I) y es recibido posteriormente tanto por el derecho canónico (X 2.5 c. unic.) como por el derecho civil. Este juramento, conocido como de *calunnia* o *creencia*, deben hacerlo actor y demandado o reo, según los supuestos, sólo una vez en una instancia al principio del pleito: en las civiles afirmando el actor que promueve el pleito por estar convencido de obrar en justicia y que lo proseguirá de buena fe sin provocar fraude, suspensiones o prórrogas indebidas del procedimiento; y en las criminales, que la acusación no es falsa. Y el demandado que usará de sus excepciones y medios de defensa en idénticos términos.

El juramento de *calunnia* comprende: 1) no presentar la demanda con malicia, sino creyendo tener derecho; 2) decir la verdad siempre ante cualquier pregunta; 3) que ni se ha prometido ni prometerán a nadie cosa alguna para obtener el buen resultado del pleito; 4) que no se utilizarán ni pruebas falsas, ni excepciones fraudulentas y 5) que no se intentará la ampliación maliciosa de plazos con ánimo de prolongar el pleito o de perjudicar al colitigante.

En este contexto, pues, el Papa recuerda:

«... Nos itaque, *utriusque* divinae et humanae legis intentione servata, decernimus et imperiali auctoritate irretractabiliter defini-

Rechtsgeschiedenis 59, 1991, pp. 319-332; G. ERMINI, «Concetto di "Studium Generale"», Archivio Giurídico 127/1 (Series 5, vol. 7/1), 1942, pp. 4-24.

²⁰ Cfr., también, J. GARCÍA CAMIÑAS, «Régimen jurídico del "iusiurandum calunniae"», *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 40, 1994, pp. 457-468.

mus, ut non episcopus, non presbyter, non ciuiscunque ordinis clericus, non abbas, non aliquis monachus, vel sanctimonialis, in quacunque causa sive controversia, seu criminali sive civili, iusu-randum compellatur qualibet ratione subire, sed aliis idoneis defensoribus, si expedire ecclesiae suaue noverit, huiusmodi officium liceat delegare...» (X. 2.7.1).

Cabe señalar que la cuestión de eximir a ciertas personas de prestar este juramento ya se preveía en derecho romano y se aplicaba a quienes, por diversas razones, se debe *reverencia* (D. 12.2.16; 12.2.34.4; 37.15.7.3; 37.15.7.4, etc.).

Hemos, pues, de notar, ya desde este momento, la importancia que en la reflexión jurídica y en el progreso de la aplicación social de la norma desempeñaron las Escuelas de juristas. Cuando nos referimos al fenómeno de las Escuelas no sólo pensamos en su sentido más obvio, primario y elemental de lugar o estructura de enseñanza y transmisión del saber; sino que, desde la perspectiva que más nos interesa en este momento, nos referimos, sobre todo, a la Escuela en cuanto término que designa a un grupo o sucesión continuada de autores que profesan las mismas doctrinas, teorías o explicaciones en el entorno de una determinada rama del saber; o bien utilizan en su reflexión idéntica metodología, al tiempo que invocan y se sienten deudores de los mismos maestros, en el sentido, por ejemplo, en que se habla de la Escuela flamenca en pintura, de la Escuela de las formas en exégesis bíblica, de la Escuela de Salamanca, la tomista o la suareciana en teología, filosofía y derecho.

A tenor de los modos y formas de desarrollo en que el fenómeno de las Escuelas se ha manifestado y desarrollado en la historia, puede decirse que, en el sentido que nosotros hemos asumido, *Escuela* tiende a coincidir con *tradición*, bien entendido que nos hallamos ante dos nociones distintas, aunque tan cercanas que, a veces, llegan a confundirse.

La palabra *tradición* hace referencia, en principio, a la *transmisión* de una realidad, una verdad o una doctrina (*paràdosis, paràdónai*), que será más auténtica cuanto con más fidelidad se transmitan sus contenidos. La *Escuela* evoca, sobre todo, una comunidad o sintonía de estilo, de método o de pensamiento que actúa como catalizador en un ámbito determinado de la ciencia jurídica.

Además, en el caso de la *Escuela*, la relación maestro-discípulos juega un importantísimo papel, aunque ello no excluya que la propia dinámica de la *Escuela* provoque la discrepancia, por diferenciación o superación, entre discípulos y maestro: cosa que ocurre con frecuencia y que explica el que una determinada *Escuela* acabe evolucionando hacia posturas muy diferentes de las

que surgió, hasta el extremo que se ha podido decir que «*en el año 1100, la Escuela seguía al maestro; pero, a partir de 1200, será el maestro quien siga a la Escuela*»²¹.

2. La tortuosa recepción del derecho canónico como Derecho común

Que el derecho canónico haya sido el vehículo principal y más importante por el que el derecho romano común ha penetrado en distintos países europeos²², además de una obviedad, no es óbice para afirmar al mismo tiempo que el derecho canónico mismo ha sido considerado derecho común de modo específico y por distinto título que el derecho romano justiniano. Sobre todo, porque mientras el derecho romano de Justiniano acabó siendo un derecho con valor únicamente subsidiario y supletorio en el ámbito de los derechos particulares de las naciones o consolidadas naciones en el seno del Imperio, la Iglesia, en razón de su estructura comunional y descentralizada, por una parte, y del para sí reclamado gobierno directo e inmediato *in rebus spiritualibus*, por otra, no toleró ni

²¹ H. HASKINS, *The Renaissance of the Twelfth Century* (Cambridge, 1927), p. 368. Para todas las cuestiones relacionadas con el origen y modelos de escuelas, puede verse: R. ARNOU, «Nestorianisme et Néoplatonisme. L' unité du Christ et l' union des «intelligibles», *Gregorianum* 17, 1936, pp. 116-131; G. BARDY, *L'Eglise et l'enseignement au IVe siècle*, *Revue des Sciences Religieuses* 14, 1934, pp. 525-549, y 15, 1935, pp. 1-27; Idem, *Aux origines de l'École d'Alexandrie*, *Ibid.* 17, 1937, 65-90; E. CAILLEMER, «L'enseignement du droit civil en France vers la fin du XIIIe siècle», *Nouvelle revue historique de droit française et étrangère* 3, 1879, pp. 602-610; M. D. CHENU, *La théologie au douzième siècle* (París, 1957), pp. 116-135; IDEM, *Introduction à l'étude de saint Thomas d'Aquin* (París-Montreal, 1950), pp. 44-60; H. CROUZEL, «Le discussioni su Origine e l' origenismo», en *Storia della Teologia. I. Epooca patristica* (Casale Monferrato, 1993) pp. 215-220; A. FIERRO, «Las controversias sobre la resurrección en los siglos II-IV», *Revista Española de Teología* 28, 1968, pp. 3-21; A. GUILLAUMONT, *Les Kephalaia gnostica d'Evangile le Pontique et l'histoire de l'origénisme chez les Grecs et les Syriens* (París, 1962) pp. 148-159; A. DE HALLEUX, «Nestorius. Histoire et doctrine», *Irenikon* 66, 1993, p. 163; A. LE BOULLUEL, «L'école d'Alexandrie. De quelques aventures d'un concept historiographique», en *Alexandrina. Mélanges offerts à Claude Mondésert* (París 1987), pp. 403-417; A. MÈHAT, *Etudes sur les Stromates de Clément d'Alexandrie* (París, 1966), pp. 62-70; G. PARÈ, A. BRUNET, P. TREMBLAY, *La renaissance du XIe siècle. Les Écoles et l'enseignement* (París-Ottawa, 1933); M. SIMONETTI, «Quelques considérations sur l'influence et la destinée de l'alexandrinitisme en Occident», en *Alexandrina...*, cit., pp. 381-402; IDEM, «Modelli culturali nella cristianità orientale del II-III secolo», en *De Tertullien aux Mozarabes. Mélanges Jacques Fontaine* (París, 1992), pp. 381-392; IDEM, «Gli inizi della riflessione teologica in Occidente», en *Storia della teologia...*, cit., pp. 249-254; IDEM, *Lettera e/o alegoria* (Roma, 1985), pp. 156-201.

²² Cfr. G. ERMINI, «Diritti romano comune e diritti particolari nelle terre della Chiesa», en *Ius Roamnum Medii Aevi*, pars 5, 2 c. (Milán, 1975), pp. 3-67; J. GAUDEMENT, «Fragmenta iuris romani canonici», *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 65, 1999, pp. 249-253. Se trata de una interesante nota bibliográfica al libro del mismo título de G. L. FALCHI, en el que se estudia la recepción del derecho romano en las fuentes del derecho canónico a lo largo de la Alta Edad Media, incluido el Decreto de Graciano.

desviaciones hacia los ordenamientos nacionales, ni integración en su ordenamiento de los derechos particulares.

A todo ello se ha de añadir que, mientras el derecho común romano se desenvolvía como derecho jurisprudencial, con la debilidad añadida respecto a los ordenamientos de carácter jerárquico-legislativo, el derecho canónico, por el contrario, fue consolidándose progresivamente debido a la cada vez más intensa y depurada actividad legislativa de los Romanos Pontífices.

A lo largo de la Edad Media, y ello a pesar de la importancia y trascendencia de sus mutuas influencias, se detectan episodios y momentos difíciles en la relación entre el derecho de la Iglesia y el viejo derecho romano, en cuanto *invocado* ordenamiento imperial. Canonistas y civilistas-romanistas vivieron un duro enfrentamiento a raíz de las disputas entre Enrique IV, cuyos teóricos acudían a la cobertura del derecho romano como respaldo y garantía de su pretensión del *imperium mundi*, y Gregorio VII (1073-1085) que llegó a denunciar como «*diabólico*» el poder secular y como hostil a la Iglesia el derecho romano²³. Sin embargo, la experiencia demostró que el derecho romano, más que ruina, podía convertirse en puntal fundamental en la defensa y legitimación de los derechos de la Iglesia.

²³ Es cierto que Gregorio VII declara expresa y constantemente que el poder civil es de origen divino, que es querido por Dios y que los depositarios de este poder reciben su autoridad de Dios. Son muy numerosos los testimonios documentales salidos de la pluma papal que avalan esta afirmación. Sin embargo, tampoco puede negarse que el mismo pontífice se refiere al origen violento y diabólico del poder civil en dos cartas que dirige a Hermann, obispo de Metz. En la primera, de 25 de agosto de 1076, escribe: «*Sed forte putant, quod regia dignitas episcopalem praecellat. Ex earum principiis colligere possunt, quantum a se utraque differunt. Illam quidem superbia humana repperit, hanc divina pietas instituit. Illa vanam gloriam incessanter captat, haec ad coelestem vitam semper aspirat*». El día 15 de marzo de 1081, Gregorio VII escribe al mismo interlocutor: «*Itane dignitas a saecularibus –etiam Deum ignorantibus– inventa, non subcietur ei dignitati quam omnipotens Dei providentia ad honorem suum invenit mundoque misericorditer tribuit?... Quis nesciat reges et duces ab iis habuisse principum, qui, Deum ignorantes, superbia, rapinis, perfidia, homicidiis, postremo universis pene sceleribus, mundi principe diabolo videlicet agitante, super pares, scilicet homines, dominari caeca cupidine et intolerabili praesumptione affectaverunt?*». Aparentemente el papa expone y defiende dos tesis contradictorias: el origen divino del poder civil, por una parte, y su fuente violenta y diabólica, por otra; contradicción que se explica por la diversidad y dificultad de las circunstancias que vivió Gregorio VII. Cuando dirige su correspondencia a príncipes y nobles defiende la tesis del origen divino del poder secular desde la enseñanza de la Sagrada Escritura; mientras que cuando escribe al obispo de Metz, lo hace desde la indignación de un corazón sobrado de ofensas: «*La distinction... entre la question de droit et la question de fait est, à notre avis, la solution la plus plausible, la plus conforme aux témoins... Grégoire, en effet, s'inspire ici des idées de saint Augustin et de saint Grégoire le Grand. Or, il est incontestable que ces deux écrivains n'ont pas entendu nier l'origine divine du pouvoir, mais ont simplement voulu mettre en relief le caractère diabolique d'un pouvoir, lorsque de fait il s'est établi ou s'exerce à l'encontre de la loi chrétienne*» (CH.-J. HEFELE y H. LECLERCQ, *Histoire des Conciles d'après les documents originaux*, t. 5/1, París, 1912, p. 81).

En este contexto, ofrece Graciano su solución al papel y contenido que el derecho romano ha de desempeñar respecto a la sociedad y a la propia Iglesia: se podrá acudir al derecho romano en la medida que sus normas sean conformes con la ley de Dios y de la Iglesia, al tiempo que útiles para los planes de ésta²⁴. Más allá de la tradición gregoriana, en que se inscribe la respuesta de Graciano, esta utilización, esencialmente polémica y apologética del derecho romano, ofrece una importante pista de su valor e importancia al servicio de la idea de cristiandad, en la que derecho canónico y secular se apoyarán y complementarán mutuamente en favor de la construcción de la *civitas christiana*. Aquí, pues, aunque no exclusivamente, podría situarse el fundamento u origen del derecho común romano-canónico, objetivo del esfuerzo de la mayor parte de los juristas de los siglos XII y XIII.

Sin embargo, ello no significa que el derecho canónico se acomodara sin más, con la correspondiente pérdida de autonomía, al derecho romano, sea en razón de su acreditada y más acabada madurez técnica o bien a causa de la mayor perfección de algunas de sus instituciones, pues la Iglesia no quedaba obligada a recibir

²⁴ El primer *dictum* de Graciano a la Distinción 10 reza: «*Constitutiones vero principum ecclesiasticis constitutionibus non preminent, sed obsecuntur*». Previo al c. 7, como entrada a la segunda parte de esta Distinción, reitera Graciano: «*Ecce quod constitutiones principum ecclesiasticis legibus postponenda sunt. Ubi autem evangelicis atque canoniciis decretis non obviaverint, omni reverentia dignae habeantur*». Y continúa: «*Unde Augustinus ait in Dialogo contra Petilianum...* Si in adiutorium vestrum terreni imperii leges assumendas putatis, non reprehendimus...». Una importante línea de decretistas, encabezados como pionero por Esteban de Tournai, refieren la frase justiniana *Leges nostrae non dedignantur imitari sacros canones* (Novella 83, c. 1, 539) para justificar la primacía del derecho de la Iglesia, aun desde el recurso al derecho romano, reforzando e ilustrando el primer *dictum* de Graciano a la D. 10: «*Puisque l' empereur lui-même avait reconnu la prééminence du droit canonique, rien ne s'opposait à ce que l'on acceptât les services que pourrait rendre le droit romaine: lorsqu'on aurait retaillé ses vêtements sur le patron médiéval, ne serait-il pas un bon serviteur, dévoué à la cause de l' Eglise?*».

«La déclaration de Justinien apparaît immuablement, dans la *Summa Parisiensis* (vers 1160), la *Summa Coloniensis* (vers 1170), les Gloses de Stuttgart (1181-1185), la *Summa Lipsiensis* (vers 1186), quand se trouve abordée la question des recours au droit romain. Mais les Papes eux-mêmes l'exploitent: écrivant à l'évêque de Padoue, Lucius III (1181-1185) lui intime d'appliquer les règles de *novi operis nuntiatione*, pour trancher un différend local. Il convient de recourir aux *leges*, explique-t-il dans sa lettre, car elles peuvent aider l'Eglise, dont elles imitent les dispositions. Honorius III (vers 1219) admet le même principe: l'Eglise ne refuse pas les services des *leges* conformes à la justice et à l'équité: mais le Pape observe qu'il est peu de causes ecclésiastiques qui ne puissent trouver leur solution grâce aux seuls *canones*. Ces derniers doivent avoir la préférence, avait déjà rappelé Innocent III, en 1199».

«Les décretistes parisiens se sont appliqués à définir le rôle exact du droit romain: tâche subsidiaire, rôle de suppléance, mais très largement comprise. Etienne de Tournai énonce la règle suivante, empruntée à Gratien (dictum post c. 3, C. XV, q. 3): *ubique utendum est lege imperatorum ubi non est contraria legi canonum*, mais sans l' assortir des prudentes réserves du Maître de Bologne» (CH. MUNIER, *Droit canonique et Droit romain d'après Gratien et les Décretistes*, VARIOS, *Etudes d'Histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, 1964, p. 949).

las *leges* que no se opusieran a las divinas o a las disposiciones canónicas, sino que mantuvi su libertad para seguir las que más le convinieran²⁵.

La doctrina de Graciano sobre las relaciones entre el derecho romano y el derecho canónico, sobre todo tal como la expuso en la Distinción 10 de su *Concordia discordantium canonum*, comúnmente conocido como *Decretum Gratiani* o simplemente *Decreto*²⁶, fue ampliamente estudiada por decretistas y comentadores, que elaboran una doctrina, en torno a las fuentes jurídicas y a su uso, centrada, como ha señalado Munier, en los siguientes puntos: la distinción clara e inequívoca entre jurisdicción eclesiástica y jurisdicción secular-temporal; la incompetencia absoluta de los poderes temporales en materias eclesiásticas; el poder soberano del Papa en los asuntos espirituales, considerablemente ampliado por el recurso a las *res spiritualibus adnexae*; la función de suplencia, estrictamente controlada, del derecho secular, para salvaguardar siempre la autonomía y primacía jurisdiccional de la Iglesia, en razón de los principios superiores del bien común y de la equidad canónica²⁷.

Ahora bien, la *consolidación* de esta doctrina no fue consecuencia de un proceso pacífico, uniforme y unitario. Antes al contrario, cuajó como síntesis de una ideológicamente accidentada relación entre juristas y Escuelas. Rufino²⁸ comenta la doctrina de Graciano deteniéndose con mayor profundidad y extensión en la incidencia práctica de las *leyes*, se entiende las civiles o seculares,

²⁵ «Cum autem sacris canonibus accusationes omnino submoveantur, quas leges seculi non asciscunt, e diverso videntur admittendae que legibus seculi non prohibentur. Verum hoc non infertur... Quamvis igitur sacris canonibus submoveantur accusationes, quas leges seculi non asciscunt, non ideo consequenter recipiuntur quascumque leges principum admittunt. 1. Sed (sicut circa huius operis initium premissum est) tociens legibus imperatorum in ecclesiasticis negotiis utendum est, quociens sacris canonibus obviare non inventiuntur...» (C. 15. 3. 4, *dictum post*). Cfr. J. GAUDEMENT, «La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien», *Revue de Droit Canonique* I, 1951, 1-31.

²⁶ Si bien, conviene contextualizar el contenido de esta Distinción en lo que Graciano expone en el *dictum* final del c. 11, D. 9: «Cum ergo naturali iure nichil aliud precipiat, quam quod Deus vult fieri, nichilque vetetur, quam quod Deus prohibet fieri; denique cum in canonica scriptura nichil aliud, quam in divinis legibus inventiatur, divine vero leges natura consistant: patet, quod quecumque divinae voluntati, seu canonicae scripturae contraria probantur, eadem et naturali iuri inventiuntur adversa. Unde quecumque divinae voluntati, seu canonice scripture, seu divinis legibus postponenda censentur, eisdem naturale ius preferri oportet. Constitutiones ergo vel ecclesiasticae vel seculares, si naturali iuri contrariae probantur, penitus sunt excludendae».

²⁷ Cfr. Ch. MUNIER, *Droit canonique et Droit romain...*, cit., pp. 954.

²⁸ Jurista italiano del siglo XII. Fue de los primeros glosadores del Decreto de Graciano y, por el título de *magister* que se le atribuye, uno de los primeros que lo utilizó en la docencia. Con su *Summa decretorum*, de gran influencia en los juristas posteriores, contribuyó de forma muy especial a la fundación de la *scientia decretorum*. Compuso la *Summa* mencionada entre 1157 y 1159. Consta que en 1192 había muerto (Cfr. F. von SCHULTE, *Summa magistri Rufini*, Giesen, 1892; A. Singer (ed.), *Die Summa decretorum des magister Rufinus*, Paderborn, 1902).

sobre los derechos de la Iglesia. Distingue, por primera vez, en el ámbito de las relaciones jurídicas, así como en el de las políticas entre la Iglesia y los poderes seculares y sus ordenamientos, entre un *ius ecclesiasticum merum*, así llamado por tener su fundamento en la ley divina o haber sido promulgado por el legislador eclesiástico, y el *ius ecclesiasticum mixtum vel adiunctum*, que depende totalmente de las disposiciones del legislador secular.

El derecho secular que fuese contra el contenido del primero sería nulo, puesto que al tratarse de cuestiones *puramente* eclesiásticas la Iglesia estaría actuando dentro de la esfera de su competencia propia y exclusiva; mientras que las leyes seculares podrían abolir en todo o en parte el derecho eclesiástico *mixto* o *añadido*. En efecto, ciertos derechos, inherentes a la naturaleza de la Iglesia, necesitan para su ejercicio insertarse en las estructuras de la sociedad civil, definidas y delimitadas por el legislador secular. Si bien es claro que los derechos, en sí mismos considerados, son intangibles, las condiciones y requisitos para ejercerlos son susceptibles de ser cambiados por quien los ha establecido: en este caso, la autoridad o príncipe secular²⁹. Posteriormente, el Maestro de la *Summa Coloniensis* (h. 1170) afirmaba que «*quicquid in lege dicitur, si a canone non contradicitur, pro canone habeatur*», recordando que tanto Justiniano como algunos Papas consideraban las normas de derecho romano como leyes sagradas y venerables³⁰.

Desde una perspectiva distinta, Huguccio³¹, al resumir el contenido doctrinal de la *Distinción 10* del *Decreto*, manifiesta cuál va

²⁹ Entre los seguidores de Rufino, cabe enumerar en esta sede a Juan de Faenza (h. 1171), Simón de Bisiniano (h. 1177-1179) y Sicard de Cremona (h. 1179), «ils se contentent de rappeler qu'il existe un domaine réservé à l'Eglise: *quae sacerdotibus Domini solum convenient, scilicet in his quorum cognitio et dampnatio ad solos clericos pertinet*. Ils admettent avec Rufin que l'empereur peut édicter des lois *circa mixta iura*. Ils répètent ses doléances: *propter regum vel patronorum discordiam ecclesiam dampnificari non debere...* le même Simon conclut à l'égard du droit romain: *Jus quiritum etc. usque quae iura... hinc collige in causis ecclesiasticis vel aliorum hominum romanae leges locum non habere, ut Infra D. 19 In memoriam (c. 3), D. 17 Huic sedi (c. 3), D. 96 Cum ad verum (c. 6), C. 33, q. 2 Inter haec (c. 6), C. 11, q. 1 Continua (c. 5)*» (CH. MUNIER, *Droit canonique et droit romain...*, cit., pp. 948).

³⁰ «*Leges canonibus cedere. Hic animadvertisendum est quod leges et canones mutuas sibi vices reponunt, quia et leges canonibus assurgunt et invicem canones in sui defectum leges assumunt, ut quicquid in lege dicitur, si a canone non contradicitur, pro canone habeatur... Unde et Romanus Pontifex leges principum nunc sacras, nunc venerandas appellat, et invicem Imperator: Non deditur, inquit, nostrae leges sacros canones imitari. Et Nicholaus papa: Legibus imperatorum non in omnibus ecclesiasticis controversiis utimur, praesertim cum evangelicae et apostolicae sanctioni aliquotiens inveniantur obviare. Lex humana non est supra legem Dei sed subtus*» (Bibliothèque Nationale de Paris, Lat. 14997, fol. 4v., citado en CH. MUNIER, *Droit canonique et droit romain...*, cit., p. 950, véanse también las páginas 945-949; H. SINGER, *Die Summa Decretorum...*, cit., pp. 26-30 y 358 y 359).

³¹ Canonista y lexicógrafo, nació en Pisa hacia la mitad del siglo XII y murió el año 1210. Estudió en Bolonia y enseñó en aquella Universidad como decretalista (1178-1190),

a ser la orientación general, tanto metodológica como materialmente, de su comentario: proclamar la total independencia de la Iglesia frente al poder secular, la absoluta autonomía de su legislación y la superioridad de su jurisdicción³². Comentario que modifica abiertamente la intencionalidad del *dictum* de Graciano al exigir al derecho romano para ser aplicado que «*vero enim consonat omnino*» con el derecho canónico.

Huguccio se manifiesta contrario a Rufino al negar al derecho romano toda fuerza vinculante en el ámbito eclesiástico y privar al legislador secular de la capacidad para dictar leyes que obliguen, desde la perspectiva o dimensión que corresponda, a la Iglesia: «*imperator de rebus vel de iure ecclesiae nil potest statuere vel inmutare... In nullo saecularis constitutio praeiudicat vel potest praeiudicare, nisi ab ecclesia hoc statuatur*»³³.

Las soluciones propuestas por Huguccio oscurecieron totalmente la postura de Rufino y de sus seguidores. La distinción propuesta por Rufino entre el derecho eclesiástico propiamente dicho y el derecho eclesiástico mixto ni tuvo éxito, ni gozó de patente jurídico-social en su tiempo. Fue el axioma de la incompetencia absoluta de toda autoridad temporal en asuntos eclesiásticos el que

siendo profesor de Lotario de' Conti, futuro Inocencio III (cfr. M. MACCARRONE, *Chiesa e Stato nella dottrina politica di papa Innocenzo III*, Roma, 1940, 68-78, páginas que comprenden el capítulo titulado *La dottrina politica di Uguccione*; A. MARIGO, *I Codici manoscritti delle «Derivationes» de Uguccione. Saggio d' inventario bibliografico*, Roma, 1936).

³² «*Gratianus ostendit quod constitutio secularis cedit constitutioni ecclesiastice... Si ergo secularis constitutio invenitur contraria constitutioni ecclesiastice, OMNINO ei postponitur (non enim lex secularis dedignatur imitari canones); si vero ei consonat OMNINO, reverentia digna habetur et in adiutorium ecclesie assumitur*» (Bibliothèque Nationale de Paris, Lat. 3892, fol. 9v, col. b., según referencia de CH. MUNIER, *Droit canonique et droit romaine...*, cit., pp. 950).

³³ Por su posición contraria a influyentes decretistas anteriores, así como por su misma importancia y las consecuencias que tuvo en la teoría canónica y jurídica posterior, merece la pena transcribir el pasaje entero: «*Hic inutiliter distinguit quidam dicentes ius ecclesiasticum aliud merum sc. quod totum ex constitutione ecclesie descendit ut decimatum, oblationum, diocesum, in constituendas ecclesias et huiusmodi, aliud mixtum sc. quod ex constitutione seculari habuit initium, ut ius personarum, ius prescriptionis et huiusmodi. Dicunt ipsi quod merum ius ecclesiasticum non potest dissolvere constitutio imperialis sed mixtum potest*»^(*). *Alii aliter distinguit ius ecclesiasticum aliud esse scriptum, aliud non scriptum; scriptum non potest imperator immutare, non scriptum potest*»^(**)... *Sed neutra distinctio est de auctoritate, nec hec verba videntur esse; et ideo utramque distinctionem reprobo, quia imperator de rebus vel iure ecclesie nil potest statuere vel inmutare...*» (Bibliothèque Nationale de Paris, Lat. 3892, fol. 10 r, col. a, citado por CH. MUNIER, *ibid.*, pp. 951).

^(*) Se reconoce perfectamente la opinión de Rufino.

^(**) Se refiere a la opinión de la *Summa Lipsiensis* (h. 1186), para la que «*si vero solo usu ecclesiae fuerint probata (iura mixta), non in scriptis redacta, in totum poterit imperator mutare*» (Bibliothèque Municipale de Rouen, ms. 743, fol. 4r, col. b.).

acabó imponiéndose entre los canonistas y algunos civilistas de la época. Hubo que esperar al siglo XX para que canonistas y, sobre todo, eclesiasticistas retomaran el camino iniciado por Rufino, aun ignorando, en la mayoría de los casos, el origen y autoría medieval de esta idea.

Ha de tenerse en cuenta, sobre todo desde la sistemática de la ciencia jurídica, que la reflexión canónica del momento, sin olvidar lo difícil que resultaba todavía separar civilística de canonística³⁴, sobre todo a partir de la metodología inaugurada con el *Decreto de Graciano* (c. 1140), contribuyó en gran medida al éxito de jurisconsultos y jurisprudentes al someter la interpretación-aplicación de toda norma a las cuatro razones dialécticas fundamentales que

³⁴ Cada vez aparece con mayor claridad la imposibilidad metodológica de separar, a lo largo de la Edad Media, Teología, derecho y derecho canónico. La propia obra jurídica de Justiniano está repleta de referencias y de rasgos metodológicos impregnados de teología, de tal modo que no faltan autores que hablan del Justiniano teólogo, aun cuando se reconozca que no siempre, en sus escritos y decisiones, razona con profundidad teológica ni siempre presenta un desarrollo coherente de sus ideas. Justiniano se inspiró frecuentemente en obras teológicas y, además, se benefició de la ayuda tanto de teólogos como de escritos teológicos. Incluso inició sus obras legislativas con las palabras «In nomine Domini (Dei) nostri Jhesu Christi» (*Constitutio Maiestatem et Constitutio Tanta*). Aunque en su labor compilatoria no se encuentren invocaciones explícitas ni a Dios ni a los Santos, no cabe duda de que en la obra de Justiniano teología y política se dieron la mano a través de lo jurídico, hasta el extremo de que, en muchos momentos, las leyes sancionaban e imponían también principios de doctrina, llegando, en alguna ocasión, a intervenir el emperador, a través de determinadas leyes o decisiones, en asuntos estrictamente teológicos o dogmáticos. Para Justiniano, la Teología acaba haciéndose derecho y ambos están al servicio del poder imperial (cfr. M. AMELOTTI, *Giustiniano tra teologia e diritto*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 67, 2001, 469-491; M. JUGIE, *Justinien Ier.*, en *Dictionnaire de Theologie Catholique*, t. 8/1, París, 1924, col. 2277-2290; A. WACKE, *l. c.*, pp. 279). Esta relación entre Teología y derecho se extiende, en el tiempo y en el espacio, mucho más allá del ámbito del derecho justiniano, bien a través de la influencia e incidencia que la Biblia tuvo en el mundo jurídico ya desde la Alta Edad Media (cfr. C. G. MOR, *La Bibbia e il diritto canonico*, en *La Bibbia nell' Alto Medioevo [10 Settimana di studio (26 aprile-2 maggio 1962) del Centro Italiano di Studi sull' Alto Medioevo]*, Spoleto, 1963, 163-179; P. E. SCHRAMM, *Das Alte und das Neue Testament in der Staatslehre und Staatssymbolik des Mittelalters*, *ibid.*, pp. 229-255; W. ULLMANN, *The Bible and Principles of Government in the Middle Ages*, *Ibid.*, pp. 181-227); o por el influjo de la propia ideología cristiana (cfr. J. IMBERT, «L'influence du christianisme sur la législation des peuples francs et germaniques», en *La conversione al cristianesimo nell' Europa dell' Alto Medioevo [14 Settimana di studio (14-19 aprile 1966) del Centro Italiano di Studi sull' Alto Medioevo]*, Spoleto, 1967, 365-396; y discrepando del anterior, G. VISMARA, *Cristianesimo e legislazioni germaniche. Leggi longobarde, alamanne e bavare*, *ibid.*, pp. 397-467). Otro tanto se detecta en ámbitos y ambientes jurídicos medievales distintos e incluso lejanos al derecho romano y al derecho canónico, como ocurre, por ejemplo, en el derecho visigodo (cfr., para una visión de conjunto, P. D. KING, *Law and Society in the Visigothic Kingdom*, Cambridge, 1972; y más en concreto, C. GODOY y J. VILELLA, «De la Fides gothica a la Ortodoxia nicena: inicio de la Teología política visigótica», en A. BLANCO GONZÁLEZ (dir.), *Los visigodos. Historia y civilización* (Antigüedad y Cristianismo, núm. 3), Murcia, 1986, pp. 117-144; R. SANZ SERRANO, *La excomunión como sanción política en el Reino visigodo de Toledo*, *ibid.*, pp. 275-288; C. PETIT, *Iglesia y justicia en el Reino de Toledo*, *Ibid.*, pp. 261-274; Idem, «Iustitia y Iudicium» en el Reino de Toledo. Un estudio de teología jurídica visigoda», en *La Giustizia nell' Alto Medioevo (Scoli V-VIII) (42 Settimana di studio del Centro Italiano di Studi sull' Alto Medioevo. Spoleto, 7-13 abril 1994)*, Spoleto 1995, 843-932].

ya eran moneda de cambio habitual en otros ámbitos del pensamiento y de la reflexión medievales. Nos referimos a los criterios hermenéuticos de *tiempo*, *lugar*, *atribución* (dispensatio) y *significación*, desde los que, según la teoría de Graciano, ha de interpretarse cualquier norma.

También, a partir de este momento, aunque no siempre de forma explícita, empieza a cuajar lo que, posteriormente, se constituirá en líneas directrices de la elaboración y estudio del derecho canónico, a saber: el reconocimiento de la relación necesaria que existe entre estructura jurídica y realidad social, la aceptación de la necesaria historicidad del derecho respecto al concreto y particular actuar de las personas y, por último, la búsqueda del sentido de la norma refiriéndolo a la finalidad específica de la misma³⁵.

Sin embargo, como ya ha quedado señalado, si por una parte el derecho canónico se invocababa y utilizaba como derecho común, de

³⁵ Al tiempo que se inicia el proceso de separación y diferenciación del método de estudio de la Teología y del derecho canónico que culminará en el siglo XIII: «Mentre la teologia diventa sempre più speculativa, e si lega intimamente alla filosofia, il diritto canonico sull'esempio del diritto civile si volge piuttosto alla esposizione sistematica del voluminoso *corpus* e alla pura glossa. Si poteva ripetere ai decretalisti l' accusa che si faceva ai civilisti: "Glossant glossarum glosas"».

«Ciò portava un allontanamento dalla teologia, di cui i teologi avvertivano la gravità: "Mirum est -dice Ruggero Bacone- quod, cum ius canonicum eruatur de fontibus sacrae scripturae et expositionibus sanctorum, ad illas non convertitur principaliter, tam in lectio ne quam in usu ecclesiae: nam per illas debet exponi et concordari et roborari et confirmari, sicut per eas factum est hoc ius sacrum"».

«Ruggero Bacone chiedeva che il diritto canonico ritornasse al metodo della teologia, e lamentava come una novità del suo tempo le "cavillationes et fraudes iuristarum", introdotte sotto l'influenza del diritto civile. Soprattutto i teologi lamentavano la carenza di dialettica presso i canonisti: "Multa narrant magnis ambagibus, sed nihil probant nec rationari noverunt" dice con sarcasmo Giovanni Peckham in una questione in cui dimostra la superiorità dei teologi sui canonisti. Apertamente è asserita tale superiorità dal card. Nicola di Nonancour, in un interessante sermone tenuto nella Curia circa l'anno 1290: come l'angelo, nel racconto biblico (*Gen. XVI*, 7-1), comandò ad Agar di sottomettersi a Sara, "sic faciendum esset legistis, qui abiciendi essent nisi theologos et sacram paginam recognoscerent principari"» (M. MACCARRONE, «Teologia e diritto canonico nella Monarchia», III, 3», *Rivista di Storia della Chiesa in Italia* 5, 1951, 20-21). Véase, también, J. GAUDEMENT, «La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien», *Revue de Droit Canonique* 1, 1951, 1-31; St. KUTTNER, *New studies on the roman law in Gratian's Decretum*, The Jurist 11, 1953, 12-50; *Idem*, *Research on Gratian: Acta and agenda*, Varios, *Proceedings of the Seventh International Congress of Medieval Canon Law* [Monumenta Iuris Canonici. Subsidia 8] (Città del Vaticano 1988) 3-26; Ch. MUNIER, *Droit canonique et droit romain...*, cit., pp. 943-954; *Idem*, «L'autorité de l'Église dans le système des sources du Droit médiéval», en *Actas del III Congreso internacional de derecho Canónico*, Pamplona, 10-15 octubre 1976 (Pamplona, 1977) 113-134; A. VETULANI, «Gratien et le droit romain», *Revue historique de droit français et étranger*, 4e série, 24-25, 1946-1947, 11-48; *Idem*, *Encore un mot sur le droit romain dans le Décret de Gratien*, Apollinaris 21, 1948, 129-134; *Idem*, «L'origine des collections primitives de décretales à la fin du XIIe siècle», en *Actes du Congrès de droit canonique médiéval*, Louvain et Bruxelles, 22-26 juillet 1958 [Bibliothèque de la Revue d'histoire ecclésiastique, 33] (Louvain 1959) 64-72; *Idem*, *Le Décret de Gratien et les premiers décretistes à la lumière d'une source nouvelle*, *Studia Gratiana* 7, 1959, 275-353; *Idem*, *Autour du Décret de Gratien*, Apollinaris 41, 1968, 43-58.

otra, la propia ciencia canónica aportaba elementos y medios básicos para romper la fuerza de la tradición en favor de los nuevos legisladores³⁶ al atribuir, sin que ello implicara de hecho en aquella situación el no reconocimiento de autoridad a otras instancias jurídicas, al propio legislador la competencia exclusiva para interpretar el derecho:

«*Del mismo modo que sólo tiene derecho a interpretar los cánones quien puede crearlos, sólo puede ser intérprete de las leyes civiles quien tiene sobre ellas derecho y autoridad*»³⁷.

«*Solamente puede interpretar los cánones quien tiene derecho a crearlos*»³⁸.

Lo mismo defiende Inocencio III (1198-1216) en la *Decretal Inter Alia*³⁹. El Pontífice resuelve la disputa mantenida entre los

³⁶ Ya el Papa Gregorio VII (1073-1085) había defendido, en el séptimo de sus *Dictatus Papae*, que era derecho exclusivo del Papa promulgar nuevas leyes en caso de necesidad: «*Quod illi soli licet pro temporis necessitate novas leges condere...*»; así como que «*nullum capitulum nullusque liber canonicus habeatur absque illius (sc. Romani Pontificis) auctoritate*» (c. 17). A partir de este momento fue tomando cuerpo la idea de que el Papa no sólo tenía poder para interpretar y explicar las leyes, sino también para promulgarlas bien verbalmente en los concilios o directamente, por escrito. Poco tiempo después, Graciano confirma y completa esta tendencia, mediante la afirmación de que sólo interpreta auténticamente la ley quien tiene poder para promulgarla.

³⁷ La cuestión que se plantea Graciano en este pasaje del *Decreto* versa sobre la jurisdicción a que han de dirigirse los clérigos en razón de la materia objeto del pleito; o, dicho de otro modo, quién ha de ser considerado juez competente de los asuntos en que esté implicado un clérigo: «*Ex his omnibus datur intelligi, quod in civili causa clericus ante civilem iudicem est conveniendus. Sicut enim ecclesiasticarum legum ecclesiasticus iudex est administrator, ita et civilium non nisi civilis debet esse executor. Sicut enim ille solus habet ius interpretandi canones, qui habet potestatem condendi eos, ita ille solus legum civilium debet esse interpretes, qui eis ius et auctoritatem impertit. In criminali vero causa non nisi ante episcopum clericus examinandus est. Et hoc est illud, quod legibus et canonibus supra definitum est, ut in criminali videlicet causa ante civilem iudicem nullus clericus producatur, nisi forte cum consensu episcopi sui; veluti, quando incorregibiles inveniuntur, tunc detracto eis officio curiae tradendi sunt*» (C 11.1.30).

³⁸ Se trata en este caso de un amplio y extenso *dictum* de Graciano en torno a una especie de jerarquización de fuentes que intenta la armonización entre las distintas instancias legislativas en la Iglesia: Papa, concilios particulares, obispos: «*2. Quamquam si decretorum intentionem diligenter advertamus, nequaquam contra sanctorum canonum auctoritatem aliquid concedere inveniantur. Sacri siquidem canones ita aliquid consti- tuunt, ut suae interpretationis auctoritatem sanctae Romanae ecclesiae reservent. Ipsi namque soli canones valent interpretari, qui ius condendi eos habent. Unde in nonnullis capitulis conciliorum, cum aliquid observandum decernitur, statim subinfertur: "Nisi auctoritas Romanae ecclesiae imperavit aliter", vel: "salva tamen in omnibus apostolica auctoritate..."*» (C 25.1.16).

³⁹ Se conocen con el nombre de *Decretales* las resoluciones de los Romanos Pontífices dirigidas a solucionar un caso concreto y particular. Junto con los cánones de origen conciliar forman el llamado *ius humanae constitutionis*. A medida que los papas aumentaron su actividad legislativa, tanto los profesionales del foro y de las cancillerías como los estudiosos sintieron la necesidad de disponer de antologías de estas decisiones. Necesidad urgida por la propia estructura del derecho canónico que, a semejanza del derecho consuetudinario inglés, se basaba en el precedente: lo decidido por el Papa en un caso particular

maestros de Bolonia acerca del problema suscitado por la réplica-aplicación que el Arzobispo de Gran o Esztergom (Hungría) hizo de la constitución *Quoniam multos* de Gregorio VII (1073-1085), sobre ciertas excepciones de trato a determinados excomulgados⁴⁰. Recuerda el papa Inocencio III, en el razonamiento-justificación que realiza del contenido de la *Decretal*, que interpretación y producción de la norma son tareas concurrentes⁴¹.

Finalmente, también hemos de notar que tanto en los *dicta* de Graciano como en las ocasiones sucesivas en que se recurre a él late, unas veces de forma explícita y otras como marco o telón de fondo, la búsqueda, ya sentida en el propio derecho justiniano, de la armonización entre *auctoritas* y *ratio* que, en realidad, era más *rationabilitas* que *ratio*, sobre todo, por el intento de la consecución o realización de la *aequitas* a través del derecho⁴².

En última instancia, *rationabilitas*, en cuanto característica más relevante del derecho secular, y *aequitas*, en cuanto propiedad más exclusiva del derecho canónico, son, cada una a su manera, en el mundo medieval fuente de inspiración de dos órdenes jurídicos

sería de aplicación posterior en casos semejantes. De este modo, las *Decretales*, que eran, como se ha señalado, cartas escritas en respuesta a preguntas referidas a problemas particulares, acabaron por convertirse en la principal fuente de derecho canónico en el siglo XII, al coincidir el señalado aumento de la actividad legislativa de los papas con la decadencia de la actividad conciliar.

⁴⁰ Se plantea en esta decretal la situación jurídica y eclesial de quienes sin culpa o por necesidad se relacionan con excomulgados, estableciendo una serie de excepciones según las cuales, en determinadas circunstancias, no incurren en pena quienes «*ignoranter excommunicatis communicant*» (C. 11, q. 3, c. 103).

⁴¹ «*Ut igitur, unde ius prodiit, interpretatio quoque procedat, ambiguitatem huiusmodi taliter duximus absolvendam...*» (X 5.39.31). Para obtener una visión más completa del problema que se plantea a Inocencio III, han de verse también los capítulos 30 y 32 de los citados título y libro.

⁴² Para una idea general y básica de este concepto, puede verse CH. LEFEBVRE, «Equité», en R. NAZ (ed.), *Dictionnaire de Droit canonique*, t. 5 (París, 1953), col. 396-400. Una interesante recuperación, hecha desde la renovación de la doctrina del derecho natural y desde el intento de describir en plenitud el concepto y la realidad de la justicia, del concepto medieval de equidad, identificándola con el propio concepto de derecho, puede verse en LEIBNIZ, *De iustitia et novo codice*, en *Textes inédits*, vol. 2, edit. por G. GRUA (París, 1948) 621 y 622. Por otra parte, desde la recuperación de la categoría jurídica «derecho subjetivo» como fundamento legitimador y sustentador de los derechos humanos, comenta un autor contemporáneo: «La dottrina leibniziana del diritto naturale è, forse più di qualsiasi altra, il luogo di incontro di tradizioni non solo distinte ma addirittura opposte, poiché vi si ritrovano definizioni appartenenti alla tradizione antica, medievale e moderna...».

«Dunque la costruzione a strati del concetto leibniziano del diritto naturale permette di situare precisamente il posto che vi occupa il diritto soggettivo. Se Leibniz riprende il concetto di diritto naturale moderno, se ne rinforza anche l'aspetto di attributo del soggetto, non è nella prospettiva d'una affermazione unilateralale dei diritti dell'individuo. Il diritto soggettivo è risituato nel quadro di una dottrina del diritto naturale che riordina i concetti di moderno, antico e medievale. Se c' è convergenza di svariate tradizioni europee, questa convergenza si opera, più che in funzione dell'elaborazione di una teoria dei diritti individuali, attraverso la correlazione di due concetti maggiori del pensiero europeo: la carità e la ragione» (I. CH. ZARCHA, *L'altra via della soggettività. La questione del soggetto e il diritto naturale nel XVII secolo*, Nápoles 2002, 67 y 82).

destinados a complementarse mutuamente y no a destruirse. Si, desde la perspectiva de su universalidad, puede decirse que el derecho canónico es la primera experiencia de no reconocimiento de la efectividad universal del derecho romano; desde la asunción de su racionalidad, como constitutivo integrante de la misma canonidad, el ordenamiento eclesiástico contribuyó de forma privilegiada no sólo a la permanencia, encubierta en algunos momentos de la historia, del derecho romano, sino al reconocimiento de su necesidad como medio *racionalizador* de cualquier experiencia normativa particular.

4. EL DERECHO COMÚN COMO DERECHO DE JURISTAS

Debido precisamente al papel fundamental que la jurisprudencia desempeñó en la evolución e implantación del derecho romano común, el derecho común ni se agotó, ni quedó reducido a la normativa justiniana ni, dentro de los límites que acabamos de señalar, pudo ser reducido a los cánones eclesiásticos. Ambos sistemas normativos, el romano-justiniano y el canónico, muy relacionados con aquél, pero cada vez más independiente de la romanidad, constituyen lo que se considera como el fundamento *legal* sobre el que la jurisprudencia levantó el edificio jurídico del derecho común a través de una doble actividad: la científico-especulativa (*jurisprudencia dogmática o doctrinal*) y la estricta y específicamente jurisprudencial o forense (*jurisprudencia judicial*).

Ahora bien, aun reconociendo el gran protagonismo que en la consolidación del sistema civilista medieval tuvo la actividad jurisprudencial en la doble vertiente señalada, esto no significa, a diferencia de lo que ocurriera en Roma, que los jurisconsultos se erigieran en fuente de producción normativa. En efecto, los juristas romanos, también conocidos como *iurisperiti* o *iurisconsulti* en consonancia con la ciencia (*iurisprudentia*) que practicaban, no se limitaron en su quehacer jurídico a ser meros intérpretes de las normas, sino que desde el origen hasta el Bajo Imperio (s. III) fueron la fuente más importante de normas jurídicas. De hecho, el viejo sistema del *ius civile* fue creación integral de los juristas. Tanto el *ius honorarium* como el *ius gentium*, en cuanto formalmente creados por la actividad de los magistrados iurisdicentes, tienen su verdadero origen en los consejos (*consilia*) que juristas privados, en su función de *adsesores*, daban a los magistrados electos. Incluso las fuentes de producción normativa (*leges, senatus consulta* normativos y *constituciones imperiales autoritarias*) estuvieron, en su mayor parte, inspiradas y redactadas por los juristas, reclamados o

llamados por las autoridades políticas. Sus elaboraciones doctrinales permanecieron siempre dentro de los límites de la interpretación dogmática o académica de la norma, desarrollando el *ius* y reservando la *lex* en los límites de quien tiene poder y capacidad de legislar⁴³.

Sin embargo, no debe perderse de vista que precisamente la relación ley-interpretación es lo que realmente varía en la Edad media y moderna con relación a la contemporánea, pues, sobre todo a partir del siglo XVIII, la interpretación dogmático-doctrinal se considera como algo meramente instrumental respecto al contenido jurídico e incidencia social de la ley.

Es claro que, desde un punto de vista estrictamente técnico, tanto las decisiones judiciales como la doctrina o teorías elaboradas por los jurisconsultos, en cuanto elementos constitutivos de la *interpretatio*, son fuentes de conocimiento, *fontes cognoscendi* y no *fontes essendi*, del derecho. Pero, a pesar de ello, toda la cultura jurídica medieval dirigió su esfuerzo a extender al máximo la influencia de la *interpretatio* y a restringir proporcionalmente el influjo de la *lex*; o, dicho de otro modo, a minimizar el protagonismo de la nueva legislación de origen regio o principesco, sirviéndose para ello de los *textos justinianeos*, a los que se reconocía más perfección y calidad jurídicas, de las *costumbres* ya consolidadas, a las que se atribuía mayor incidencia social, y de la *normativa esta-*

⁴³ Los más antiguos maestros, intérpretes y conocedores del derecho eran los sacerdotes reunidos en colegio: pontífices, augures y feciales. Desde la edad antigua, el *ius* en sentido objetivo, entendido como conjunto de normas tradicionales de comportamiento, fue considerado distinto de la *lex*, concebida como fuente de derecho en situaciones excepcionales; y contrapuesto al *fas*, entendido como lo conforme con la voluntad de la divinidad. Más allá de su significación de norma o conjunto de normas, *ius* también designó, ya desde antiguo, tanto la facultad como el interés protegido por la norma en sentido subjetivo: es el caso, por ejemplo, del *ius agendi*, en cuya estructura jurídica se entrecruzan dos dimensiones, *ius* y *actio*, tan distintas e interdependientes en la praxis y pensamiento jurídicos clásicos y contemporáneos. O bien, el modo o mecanismo por el que, a través de la *actio*, el magistrado y las partes individuan la norma que ha de ser aplicada al caso en discusión. En derecho romano se denominaba *lex* a la aprobada por el pueblo en los comicios (*lex publica*). Con el paso del tiempo, el *plebiscito* se equipara a los comicios, dando origen a las leyes aprobadas en las asambleas de la plebe o *concilia plebis tributa*. De la *rogatio*, o consulta dirigida por el magistrado a la asamblea popular a fin de obtener su aprobación, la ley se adjetiva como *rogata* o *lata*. Normalmente, la *rogatio*, antes de ser propuesta al pueblo, se discutía en el Senado que la aprobaba mediante *senatus consultum*. El pueblo era informado mediante la *promulgatio*, que consistía en la exposición pública del texto legal durante tres mercados. Se denominaba *imperfecta* la ley que prohibía un determinado comportamiento, pero sin sancionarlo penalmente y sin conminar la nulidad del acto que violaba la norma, pero irrogaba penas al transgresor. *Perfecta* era la que establecía la nulidad del acto realizado contra la prohibición establecida en la norma. En la época posclásica, se abrió una fuerte discusión sobre el sistema de fuentes normativas, en torno a la contraposición entre *leges* y *iura*, entendiendo por *leges* las constituciones imperiales y por *iura*, las obras jurisprudenciales.

tutaria, considerada más efectiva en la aplicación práctica del derecho⁴⁴.

En esta situación, la jurisprudencia, desde la doble proyección apuntada anteriormente, adquirió tal autoridad y manifestó tales posibilidades de inventiva y reversibilidad que muy pronto igualó y superó en el uso corriente a los mismos textos legislativos que acabaron retirados en ignotos recovecos del planeta jurídico.

De este modo, la vida jurídica en el ámbito europeo acabó orientada y dirigida, cuando no claramente determinada, no por un cuerpo o conjunto de leyes, sino por la Glosa Acursiana, así como por los Tratados⁴⁵ y Consilia⁴⁶ en que fijaron su pensamiento los maestros de la Escuela de los Comentadores⁴⁷.

En la historia del derecho, mediante el término *consilium* o *consilia*, se han designado dos realidades jurídicas distintas. El término o términos señalados se refieren tanto al *consilium* que el juez pedía al perito conocedor del derecho sobre el modo de decidir una determinada causa como al que las partes requerían del jurisconsulto.

Al menos desde el siglo XI, en muchos lugares, el juez tenía obligación de recabar consejo de uno o más expertos en derecho, antes de pronunciar sentencia. Quienes daban estos consejos reci-

⁴⁴ Cfr. A. GOURON, «*Non dixit: Ego sum consuetudo*», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 105, 1988, 133-140; Idem, «*Coutume contre loi chez les premiers glossateurs*», en A. GOURON y A. RIGAUDIÈRE (ed.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat* [Publications de la Société d' Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit III] (Montpellier, 1988) 117-130; Idem, *Sur les origines de l' expression «droit coutumier»*, *Glossae* 1, 1988, 179-188; Idem, «*Aurore de la coutume*», en Varios, *Coutumes et libertés. Actes des Journées internationales de Toulouse, 4-7 juin 1987* [Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d' histoire de droit et des institutions des anciens pays de droit écrit XIV] (Montpellier, 1988) 181-187; Idem, «*La coutume en France au Moyen Age*», en *Recueils de la Société Jean Bodin pour l' histoire comparative des institutions LII: la coutume*, pars 2 (Bruselas, 1990) 193-217.

⁴⁵ Constituyen los tratados una de las formas de literatura científica a través de las que se expresa la actividad científica de los juristas medievales, consistente en el estudio de un tema o argumento con carácter monográfico.

⁴⁶ Cfr. B. BRUGI, *Per la storia della giurisprudenza. Nuovi saggi*, Turín, 1921, 78; P. PERTILE, *Storia del diritto italiano* (Turín, 1896-1903), vol. 2/1, pp. 139 y 247; vol. 6/2, pp. 210-225.

⁴⁷ No es posible una comprensión auténtica del método jurídico si se desconoce la estructura interna de la Glosa, así como la función que ha desempeñado en la formalización de las fuentes del derecho: «Tous les genres ont eu leur origine dans la glose. C'est au développement des gloses anciennes qu'il faut revenir pour découvrir la génèse des commentaires du XII^e et du début du XIII^e s. Avant de vivre, pour ainsi dire, à l'état libre, les *dissensiones*, les *summae*, les *questiones*, etc. ... ont trouvé leur première forme d'expression dans les gloses. On trouve dans les gloses la source de toutes les formes de commentaire» (P. LEGENDRE, E. M. MEIJERS y E. ROMANISTIQUE médiévale, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 29, 1961, 334). Cfr. también, ST. KUTTNER, *Zur neuesten Glosatorenforschung*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 6, 1940, 275-319; ST. KUTTNER y B. SMALLEY, *The Glossa Ordinaria to the Gregorian Decretals*, *English historical review* 60, 1945, 97-105.

bían el nombre de *consiliarii* o *asesores*. Todavía se discute si su origen es romano o, más bien, ha de ser considerado como resto de ciertas instituciones germánicas (cfr., al respecto, *supra*, nota 34 y 35). En todo caso, es claro que la institución de los *consiliarii*, convocada, en un primer momento, caso por caso, acaba convirtiéndose en parte integrante del organigrama y composición estable de los tribunales. Estos consejeros o asesores debían tener formación jurídica y, con frecuencia, se encuentran entre ellos nombres famosos en la historia del derecho, cual es el caso de Cino de Pistoia o Alberto da Gandino, entre otros.

A partir de la segunda mitad del siglo XII, los *consiliarii* van sustituyendo, según documentación de tribunales y cancillerías, a oficios más antiguos, como, por ejemplo, el de los *legum docti*, los *iurisperiti* o *causidici*, etc. La actividad de estos *consiliarii*, que mediante sus *consilia* vinculantes para los jueces, legos la mayoría de las veces, llevaban a la práctica lo aprendido en la Universidad, fue fundamental en el proceso que llevó al derecho romano a imponerse sobre derechos locales y particulares.

La glosa de Accursio es considerada como la consolidación *sistemática* de la actividad científica desarrollada por la Escuela de los Glosadores hasta el punto que es conocida, en el ámbito del derecho civil, como *glosa ordinaria* y supuso el reconocimiento general de la actividad interpretativa desarrollada por la escuela de los glosadores. Dentro del sistema de derecho común, la compilación de Justiniano encontraba su efectividad práctica sólo a través del aparato interpretativo formado por la *glosa ordinaria* de Accursio.

De modo semejante, en las fronteras del derecho canónico, se asumieron determinados comentarios como glosa ordinaria: el de Juan Teutónico, revisado y aumentado por Bartolomé de Brescia (c. a. 1245), al *Decreto de Graciano*; el de Bernardo Bottoni de Parma, al *Liber Extra (Decretales de Gregorio IX)*; el de Juan de Andrea, al *Liber Sextus*, que también elaboró el considerado como glosa ordinaria a las *Clementinas*.

Como se ha señalado, la obra de Francesco Accursio fue decisiva y pionera a la hora de dotar de una sistemática contrastada y fiable a la reflexión y producción jurídicas. Accursio nació, de humilde origen, en Bagnolo (Toscana) el año 1182 y murió en torno a los años 1258-1260. Fue asesor del *Podestá* de Bolonia y maestro de derecho en su Universidad, en la que se había doctorado en torno a 1213. Entre sus obras, destaca sobremanera la comúnmente conocida como *Glossa ordinaria* o *Glossa magna* al *Corpus Iuris*, en la que ofrece una síntesis prácticamente completa

de los comentarios que distintos maestros habían realizado a la compilación justiniana. Accursio con su obra, en la que se registran unas 96.000 anotaciones a todo el *Corpus Iuris*, puso fin al desorden generado por la abundancia y magnitud de glosas y comentarios sobre la obra de Justiniano, realizados con anterioridad.

Metodológicamente se inclinó por dar preferencia a los autores más antiguos, acudiendo también, en ocasiones, a la autoridad de los más recientes y contemporáneos. A pesar de ciertas críticas a su método por la inclinación mostrada y por la prevalencia en su comentario de la autoridad de los autores antiguos, ya en el siglo XIII la Glosa de Accursio se había convertido en texto común entre los juristas, conocida por ello como *Glossa ordinaria*. El autor recogió y sistematizó, realizando una cuidada crítica de fuentes, el conjunto de las costumbres feudales. Posteriormente, a la *Glossa Accursiana* se añadieron las *Glossae Cervottinae*, obra de sus hijos Francesco y Cervotto. La obra de Accursio, que llega hasta Bartolo, fue continuada por los denominados *Acursianos*⁴⁸.

Siguiendo la doctrina y prácticas docentes del maestro, estos juristas optan en la enseñanza y estudio del derecho por un método eminentemente práctico que, por otra parte, había sido discretamente iniciado en el *Studium* boloñés con anterioridad al propio Accursio: en el examen de cualquier problema se partía siempre de la doctrina que las Escuelas habían elaborado y de la Glosa realizada por Accursio sobre las distintas opiniones, así como sobre el propio texto del *Corpus iuris*, relegando a un segundo plano el estudio directo de los textos originales. En lugar de acudir a la exégesis de las fuentes se prefería, dada su mayor utilidad por ser la seguida por los tribunales, la discusión sobre la *Glossa accursiana*, a la que los juristas del siglo XIII concedieron tan alta estima que llegó incluso a influir negativamente en la originalidad de su propio pensamiento jurídico.

Aunque se reconoce que la Escuela acursiana representa un período de decadencia y transición en la ciencia jurídica, también se han de tener en cuenta los grandes méritos de esta Escuela que, además, dio grandes juristas, entre los que cabe destacar a:

⁴⁸ Cfr. L. A. MURATORI, *Rerum Italicarum Scriptores*, IX, 133; C. F. SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, I. 5, 42 y 91-101, y P. LEGENDRE, *Recherches sur les commentaires pré-accursiens*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 33, 1965, 353-429.

Rolandino de'Passegeri, famoso notario boloñés nacido en torno a 1234 y muerto el año 1300. Fue maestro de arte notarial en el Studio de Bolonia. A partir de su experiencia como notario, conjugada con su profunda cultura jurídica, en 1255 compuso una importante *Summa artis notariae*, conocida como *Rolandina*. Posteriormente publicó la *Flos ultimarum voluntatum*, dividida en cuatro libros: testamentos, codicilos, donaciones *mortis causa* y sucesión *ab intestato*⁴⁹.

Guillaume Durand (1237-1296) nació en Puimisson, cerca de Béziers, en el Languedoc francés. Estudió derecho en la Universidad de Bolonia y comenzó a enseñar derecho en Módena. Abandonó muy pronto el ejercicio de la docencia para dedicarse al servicio de la Iglesia, en la que desempeñó diversos oficios hasta ser designado por Bonifacio VIII, en 1295, Arzobispo de Ravenna, cargo que no aceptó, siendo nombrado gobernador de la Marca romana, oficio que ya había desempeñado con anterioridad a su promoción al episcopado el año 1285. Aun en medio de esta dedicación, en torno a 1271, publicó su *Speculum iudiciale*. En cuatro libros recoge, con un orden casi perfecto, todo lo que había sido publicado, con anterioridad a su obra, tanto sobre el procedimiento civil como sobre el canónico⁵⁰.

Alberto Gandino de Crema destacó como jurista en el último tercio del siglo XIII (c. a. 1278-c. a. 1317). Su obra se sitúa en el período de transición entre la Glosa (*glosadores*) y el Comentario (*comentadores*), llamada de los posglosadores o postacursianos, asumiendo, en consecuencia, los modelos y formas propias de la época, caracterizada por la tendencia de la ciencia a ajustarse a las exigencias de los problemas prácticos. Fue el primer sistematizador del derecho penal. Ya en su obra *Quaestiones statutorum* había tratado la represión de los delitos, pero donde aparece más claramente la originalidad de su trabajo sistematizador es en el *De maleficiis*⁵¹, publicación póstuma (1491), en la que por primera vez se realiza una exposición sistemática del derecho penal y procesal.

Pero, sobre todo, el mérito principal de esta Escuela fue el de haber introducido, a través de la discusión lógica de los principios jurídicos y de la continua referencia a la realidad social a la que el derecho sirve, el método y las corrientes doctrinales que, en el

⁴⁹ Cfr. A. PALMIERI, *Rolandino de' Passeggeri*, Bolonia, 1933.

⁵⁰ Cfr. D. VAISSETTE, *Histoire du Languedoc*, t. 4 (París, 1730) 547-549.

⁵¹ Cfr. L. A. GANDINI, *Alberto da Gandino*, Módena 1885.

siglo siguiente, posibilitaron a los Comentadores la creación del nuevo derecho italiano.

Este esfuerzo creativo de la ciencia jurídica se extendió, aunque no siempre en progresión ascendente, hasta mediados del siglo xv para iniciar un, quizá todavía hoy, inacabado e irreversible ocaso.

A pesar de este triunfo metodológico y práctico del sistema de derecho común, poco a poco se pusieron de relieve importantes defectos en el mismo. Probablemente el más grave y problemático fuese su alto grado de incertidumbre, consecuencia bien de una plural y en exceso compleja estructura de fuentes o de la falta de unidad tanto en la propia sistemática jurídica como en los contenidos normativos. No obstante, y a pesar de estas dificultades, urgidos por el deseo de conservar y servirse de la riqueza jurídica acumulada sobre todo desde la obra de Justiniano, príncipes y jurisprudencia buscaron remedio al problema a través de una especie de jerarquía oficial de fuentes en las denominadas «*Leyes de citas*», los primeros; y por medio del instrumento de la «*communis opinio*» la segunda. El florecimiento en Europa de las teorías de la codificación acabaron definitivamente con la vigencia y supervivencia del derecho común.

II. DERECHO COMÚN Y CODIFICACIÓN

El camino que, a través de retrocesos y dificultades, algunas ya señaladas, preparó el abandono y sustitución, en el ámbito del sistema europeo continental, del derecho común por las codificaciones privadas estuvo jalónado en cada momento por importantes cambios sociales y jurídicos, así como por decisivas adquisiciones metodológicas⁵². No es momento, aunque sea conveniente apuntar la crisis todavía no superada de la inserción y aceptación auténtica de la norma en la vida y sentimiento humanos, de entrar en valoraciones sobre la bondad del sistema jurídico común abandonado o los inconvenientes de una tendencia codificatoria que progresivamente ha ido alejando el derecho positivo de su única fuente *genética y cultural*: el pueblo. En consecuencia, pues, con los límites

⁵² Cfr. G. FRANSEN, *La structure des «quaestions disputatae» et leur classement*, *Traditio* 23, 1967, 517-525; A. GOURON, «Note sur les collections de «Quaestiones reportatae» chez les civilistes du XIIe siècle», en Varios, «*Houd voet bij stuk*», *Xenia iuris*

autoimpuestos a esta reflexión, procuraremos, a continuación, asomarnos, siquiera brevemente, a algunos hitos metodológicos involucrados en esta historia y que pueden revestir interés para el jurista contemporáneo.

1. LAS LEYES DE CITAS

En el mundo de la ciencia jurídica se denomina, por primera vez, de este modo a una Constitución del año 426, dada por el emperador Valentiniano III, que autorizaba, a fin de mantener y defender las pretensiones de las partes ante los tribunales, única y exclusivamente la cita de autoridad de cinco juristas: Gayo, Paulo, Ulpiano, Papiniano y Modestino⁵³.

Gayo, jurisconsulto romano del siglo II, también se dedicó activamente a la docencia del derecho. Sus *Institutiones*, una especie de manual compuesto en cuatro libros y dividido en tres partes: derecho de las personas, de las cosas y de las acciones procesales, en el que se exponen con gran nitidez y claridad las nociones elementales necesarias para quien se iniciase en los estudios jurídicos, fueron referencia necesaria para los estudiosos de derecho. De esta obra se ha conservado un ejemplar casi completo que, en consecuencia, es la única obra jurídica romana clásica conocida fuera de la compilación de Justiniano. También el Digesto nos ha transmitido fragmentos de los comentarios de Gayo a la *Ley de las XII tablas*, al *Edictum provinciale* y a otras leyes, siguiendo siempre un estilo y una metodología más didácticos que casuísticos.

Paulo Giulio vivió desde final del siglo II hasta principios del siglo III. Después de Ulpiano es el autor más utilizado por los compiladores del Digesto justinianeo, del que una sexta parte proviene de escritos paulinos. Se le atribuyen ochenta y seis obras en trescientos veinte libros. Entre ellas, cabe mencionar su amplio comentario, en ochenta libros, *Ad edictum* y el tratado de *ius civile ad Sabinum*, en diecisésis libros. Entre sus obras, más casuísti-

historiae G. van Dievoet obliqua (Lovaina, 1990), 55-66. Entre los juristas medievales, el género académico-práctico de la *disputatio* se conoce bajo el nombre de *quaestiones reportatae*, debido a que han llegado a nosotros a través de las notas sumarias que recogía un estudiante designado como *reportator*.

⁵³ Sobre el modo como se formaron y funcionaron las distintas Escuelas en torno a estos grandes juristas, cfr. E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 63, 1997, 1-106.

cas que dogmáticas o didascálicas, se conocen veinticinco libros de *Quaestiones* y veintitrés de *Responsa*. Dedicó a la docencia los dos libros de las *Institutiones* y un buen número de tratados monográficos. Se conserva, además, parte de las *Sententiae*, obra en cinco libros, de gran uso y difusión en la época posclásica, que constituye una especie de crestomacía o antología de citas de Paulo, realizada por autores anónimos hacia final del siglo III, después de su muerte, y cuyo título completo es *Sententiarum ad filium libri quinque*.

Ulpiano Domizio nació en Tiro en el siglo II y murió el año 228. Alumno de Papiniano, fue el máximo representante de la compilación jurisprudencial, en el sentido de que a él, junto con su contemporáneo Paulo, se debe la recopilación de la obra de los juristas clásicos a través de exposiciones muy claras y fácilmente utilizables tanto en la práctica forense como en la docencia. Esta característica hizo que los compiladores del Digesto utilizaran los escritos de Ulpiano en una tercera parte de la compilación. Entre sus obras más importantes cabe señalar el *Comentario Ad edictum*, en ochenta y tres libros; cincuenta y un libros *Ad Sabinum*; la exposición del *ius civile*; dos libros de *Responsa* y diez libros de *Disputationes*.

Papiniano Emilio nace a final del siglo II y murió a comienzos del siglo III. Completó la carrera de funcionario imperial hasta su grado máximo: la prefectura del pretorio. Fue ejecutado por el emperador Caracalla el año 212. Sus escritos, de carácter prevalentemente práctico-casuístico, se distinguieron por la concisión de la exposición, la eficacia de sus argumentaciones, la apertura ante las exigencias ético-sociales y, de manera especial, su interés por conseguir la realización, en la práctica, del ideal de la *aequitas*. Adquirieron gran fama en los círculos de la jurisprudencia sus *Responsa* en diecinueve libros, las *Quaestiones* en treinta y siete, las *Definitio-nes* en dos, además de su célebre tratado *De adulteriis*. Durante la época posclásica, la doctrina de Papiniano fue considerada superior a la de cualquier otro jurista.

Modestino Erennio desarrolla su actividad en la primera mitad del siglo III y es considerado el último exponente de la llamada jurisprudencia clásica. Fue alumno de Ulpiano y se dedicó, sobre todo, al ejercicio práctico del derecho y a la enseñanza. Sus obras principales fueron diecinueve libros de *Responsa*, doce de *Pan-dectae*, diez de *Regulae* y nueve de *Differentiae* que fueron muy utilizados en años sucesivos hasta influir en el Digesto de Justino.

También podía aportarse el testimonio de otros peritos, pero sólo si su autoridad se hallaba respaldada por los escritos de uno de los cinco jurisconsultos señalados. En este supuesto, debía adjuntarse prueba fehaciente, bien presentando el manuscrito correspondiente o por medio de referencia inequívoca y auténtica de autoridad. Si la opinión de estos autores respecto a la cuestión controvertida no era unánime, prevalecía la de la mayoría; y siempre la de Papiniano, en caso de empate. Si no era posible aplicar ninguno de estos criterios, el juez quedaba libre para resolver según su opinión.

Durante la época del derecho común se promulgaron en distintos lugares de Europa *Leyes de citas*. Sirvan como ejemplo la promulgada en 1427 por Juan, rey de Castilla, que prohibía invocar en juicio a ningún jurista posterior a Juan de Andrea, entre los canonistas, y a Bartolo, entre los civilistas. Del mismo modo, en Portugal, desde 1603, las *Ordenações Filipinas*, vigentes en el aspecto del que tratamos hasta la promulgación de los códigos contemporáneos, consagraba la autoridad de la Glosa acursiana y de Bartolo.

2. LA *COMMUNIS OPINIO*

Se designa con esta expresión el parecer más aceptado y difundido entre los juristas que, sobre todo desde finales del siglo XIV, adquirió una especial utilidad de carácter práctico-jurídico en el ámbito del derecho y de las relaciones sociales. Fenómeno que aparece como consecuencia de la consolidación y éxito de la escuela de los Comentadores, tanto desde la perspectiva de su papel en la superación de casos jurídicamente dudosos y controvertidos como por la afirmación, sobre todo entre los bartolistas, de un nuevo principio de autoridad.

Responde este instituto jurídico a la situación creada en una época en que la jurisprudencia, ante la incapacidad o imposibilidad del legislador propio de cada nación de desarrollar su función legislativa, hubo de asumir la tarea, por una parte, de proporcionar a la sociedad normas que respondieran a la novedad de situaciones y problemas de un mundo y de unas ideas en transformación; y, por otra, de satisfacer y asegurar la certeza del derecho y de la norma, garantía última de la efectividad y seguridad del tráfico jurídico.

Ante la variedad, multiplicidad, disparidad y, en ocasiones, deformidad de teorías y criterios en que abundaba la doctrina, a la *communis opinio*, cuyos elementos constitutivos se conformaban a partir del número y autoridad de los juristas que a ella se adherían, se le reconocía fuerza de ley caso de que no existiese norma legal

(ley), consuetudinaria (*costumbre*) o racional (*principios generales del derecho*) absolutamente claras.

3. *MOS ITALICUS-MOS GALLICUS*

Por medio de estas expresiones, apócope de los dicta «*mos italicus, mos gallicus iura docendi et discendi*», se indican, por referencia a los lugares en que cada uno de ellos tuvo más difusión, los diferentes métodos de estudio, enseñanza e interpretación del *Corpus Iuris Civilis*.

1. **El *mos italicus***

El *mos italicus* se identifica con el método, más de carácter práctico-exegético, utilizado generalmente por glosadores y comentadores. Su característica más relevante es la tendencia a considerar el derecho justiniano como un *derecho vivo* y, en lógica consecuencia, *vigente* y directamente *aplicable*. Los juristas fieles a esta tradición o modo de elaborar la ciencia jurídica son conocidos en la historia del derecho, sobre todo a partir de comienzos del siglo xv, por el sobrenombre de Bartolisti.

La generación de juristas que, sobre todo a partir de finales del siglo xv, desarrollaron su trabajo en el área del bartolismo se caracterizaron por su tendencia a no aceptar las opiniones que no coincidían con las propuestas por sus predecesores más prestigiosos, sobre todo con la llamada *opinio Bartoli*, que se aceptaba sin discusión alguna. La autoridad de Bartolo se traducía, por parte de sus seguidores, en la aquiescencia acrítica a sus concepciones y opiniones.

De estos seguidores de Bartolo han llegado hasta nosotros colecciones de *Distinctiones* y de *Contrarietas Bartoli*, así como comentarios y repertorios de las obras de Bartolo que, por su excesiva dependencia del maestro, nacen carentes de originalidad y frescura. El bartolismo opta por un fuerte pragmatismo jurídico que se manifiesta, sobre todo, en el recurso a la producción de *tractatus* y repertorios de *consilia*. Precisamente la literatura jurídica centrada en los *consilia* es clave en orden a garantizar la funcionalidad y operatividad de un ordenamiento que, dada la pluralidad y variedad de fuentes sobre las que se fundamenta, se ve abocado a asumir la incertidumbre de la norma. En esta función eminentemente práctica, el bartolismo sobrevivió hasta el advenimiento de la codificación.

Esta designación genérica que, en principio, abarcaba a todos los juristas italianos es, sin ningún género de duda, la prueba más clara del prestigio de que llegó a gozar en el mundo del derecho medieval, e incluso posterior, la obra de Bartolo de Sassoferato (1314-1357), hasta el extremo que, desde mediados del siglo XIV, solía citarse en Italia el siguiente brocardo: «*nemo iurista nisi bartolista*», o bien, «*nullus bonus iurista nisi sit bartolista*». Lo que nos lleva a una de las técnicas de creación y elaboración de derecho más usadas y de mayor éxito entre los juristas medievales: nos referimos al uso de la técnica del brocardo.

Se entiende por brocardo *toda breve proposición en la que se encierra o comprende una regla fundamental y general de derecho*. Probablemente su nombre deriva de Burcardo de Worms, autor de una importante colección canónica, conocida con el nombre de *Decreto*. El brocardo gozó de prestigio en el mundo jurídico tanto por su capacidad de representar de manera sencilla verdades y principios jurídicos, como por su utilidad con fines mnemotécnicos. En la medida en que, por la sencillez y simplicidad de su formulación, ayuda a fijar y cristalizar el pensamiento jurídico, también obstaculizó, precisamente por el fixismo de sus formalizaciones excesivamente estáticas, el desarrollo del derecho, hasta el extremo de que maestros como Cino de Pistoia se mostraron absolutamente opuestos a esta práctica, sin que, en sentido opuesto, faltan juristas tan prestigiosos como Pillio da Medicina⁵⁴ o Azón⁵⁵ a quienes se atribuye la elaboración de influyentes *brocardica* o colecciones de brocardos.

Bartolo nació el año 1313/1314 en Sassoferato, Ancona, y murió en Perugia el año 1357. En torno a los 14-15 años de edad comenzó en Perugia los estudios de derecho, siendo alumno de Cino de Pistoia, y los continuó en Bolonia donde obtuvo el grado de doctor el año 1334. Después de unos años en los que, al parecer, se retiró de la vida social y académica para dedicarse exclusiva e

⁵⁴ Nació en Medicina, Bolonia, a finales del siglo XII y murió en la primera mitad del siglo siguiente. Abogado famoso, fue también profesor en Bolonia y Módena. Escribió obras de gran éxito en el campo del derecho feudal: *Summa feudorum*; y del derecho procesal: *Summa «Cum essem Mutinae»*, *Summa «de testibus»*, *Summa de reorum exceptionibus*.

⁵⁵ Nace en Bolonia o Casalmaggiore en torno a la mitad del siglo XII y murió alrededor del año 1230. Su nombre aparece en documentos datados entre 1190 y 1220. Fue maestro de Acurcio y ocupa un lugar relevante en la Escuela de los Glosadores. La *Summa Codicis*, también conocida como *Summa Azonis*, que ofrece una síntesis sistemática de todo el derecho civil, gozó de gran acogida tanto en el ámbito de la ciencia como en el mundo de la práctica judicial y forense, alcanzando numerosas ediciones hasta el siglo XVII. También tuvieron gran prestigio sus *Brocarda* (como ya se ha indicado, *colecciones de reglas generales de derecho*) y las *Quaestiones sabbatinæ*, discusiones académicas que recibían tal denominación por celebrarse en sábado.

intensamente al estudio, aparece en 1339 como profesor en el *Studio de Pisa*, hasta que en 1343 pasó al *Studio de Perugia*, haciendo de esta ciudad su residencia definitiva. Fue, además, abogado, consultor y administrador público en Todi y Cagli.

La profunda y prolífica, a pesar de su corta vida, obra de Bartolo fue ampliamente reconocida en su tiempo, tanto por alumnos como por las propias autoridades locales y regias. Metodológicamente fue muy independiente en sus trabajos, aunque respetuoso con la tradición jurídica representada por la Glosa. Gracias al hecho de que sus obras están salpicadas de continuas referencias a la experiencia jurídica vivida, Bartolo, desde una aguda y genial orientación teórica, consigue sistematizar, orientar y organizar instituciones y materias jurídicas que la Glosa, por su excesiva adherencia y exagerada fidelidad al texto, había ignorado u olvidado, sobre todo en el ámbito del derecho internacional, el derecho privado y el penal.

Famosas, por su influencia en la tradición jurídica posterior, fueron las teorías de Bartolo sobre los *estatutos* y sus conflictos, tanto en sus relaciones horizontales como en las verticales respecto a las normas superiores o generales; sobre la validez de los testamentos llamados *místicos*⁵⁶; sobre la obligatoriedad de los *pacta*

⁵⁶ Se trata del moderno *testamento cerrado* del Código Civil, arts. 680, 706, 707 y 710-713; del *testament mystique*, para el *Code Civil*, arts. 976, 978 y 979, y del *testamento secreto*, del *Codice Civile*, arts. 782 y 783. Precisamente el testamento es una de las instituciones de derecho privado innovadas por el derecho medieval, y más influenciadas en su novedad por el derecho canónico. Desde el último tercio del siglo XII, y refiriéndose en concreto al número de testigos necesario para la validez del testamento, el papa Alejandro III (1159-1181) decide que en materia testamentaria no es necesario observar totalmente las normas de derecho romano: «... *praescriptam consuetudinem penitus reprobamus, et testamenta, quae parochiani vestri coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema de cetero fecerint voluntate, firma decernimus permanere et robur obtainere perpetuae firmitatis, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis praeasumpcionem qualibet huiusmodi rescindere audeat testamenta*» (X. 3.26.10). También en una Decreto dirigida a los jueces de la ciudad de Vercelli, el mismo papa vuelve, aunque ante un caso distinto provocado porque estos jueces seguían aplicando las prescripciones del derecho romano en la resolución de ciertas testamentarias, sobre el mismo argumento: «*Relatum est auribus nostris, quod, quum ad vestrum examen aliqua super testamentis relictis ecclesiae causa deducitur, vos secundum humanam, et non divinam legem in ea vultis procedere, et, nisi septem vel quinque idonei testes intervenierint, omnino inde postponitis iudicare*. Unde quia huiusmodi causae de iudiciis ecclesiae, non secundum leges, sed secundum canones debent tractari, et his, divina scriptura testante, duo aut tres idonei testes sufficiunt, discretioni vestrae per apostolica scripta. *Mandamus, quatenus, quum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis, et tribus aut duobus legitimis testibus requisitis [sitis contenti] quoniam scriptum est: "In ore duorum vel trium testium stat omne verbum"*» (X. 3. 26. 11). Como consecuencia de ello, en las colecciones de Decretales se abre, a fin de ir recogiendo esta normativa, un nuevo título bajo la rúbrica *De testamento et ultimis voluntatibus* (Cfr. X. 3.26.10 y 11; In VI. 3.11; Clem. 3.6). Por lo que respecta a la problemática suscitada en la doctrina y entre los historiadores en torno a la recuperación o renacimiento del *testamento romano* a lo largo del siglo XII, puede verse el ajustado estudio de A. GOURON, *Les plus anciens testaments français*, en VARIOS, *Hommages à Gérard*

nuda en el derecho comercial; sobre las marcas de fábrica; sobre la *actio spolii*, etc.

Desde el punto de vista histórico, es singularmente importante la huella dejada por Bartolo en el campo del derecho público, que a lo largo del Medievo había quedado en manos, en el mejor de los casos, de la teología y la filosofía. Fue uno de los primeros en aplicar con coherencia los métodos propios de la investigación jurídica, tanto a propósito de las dos viejas instituciones de carácter universal: imperio y papado, como a las nuevas formaciones autonomistas de los *comunes* y de las *señorías*, fijando universalmente el reconocimiento de la autonomía de estas nuevas corporaciones dentro del ámbito de la universalidad de papado e imperio, mediante la fórmula: «*universitas superiorem non recognoscens est sibi princeps*». Según él, el ejercicio del poder normativo era consecuencia necesaria de la titularidad de la función jurisdiccional (teoría de la *iurisdictio*).

Algunos de sus tratados de derecho público, como el *De tyrannia* y el *De regimine civitatis* tuvieron reconocida influencia en el pensamiento político del Renacimiento, continuada, en algunos casos, hasta el siglo XVIII, sobre todo con su teoría de la relatividad de las formas de gobierno y con la distinción de las dos formas o especies de gobierno tiránico, bien sea *ex defectu tituli* o *quoad exercitium*.

Entre su abundantísima producción científica, cabe destacar los *Comentarios* a cada una de las partes del *Corpus Iuris* (*Digestum vetus*, *Infortiatum*, *Digestum Novum*, *Codex*, *Tres Libri*, *Authenticum* e *Institutiones*). A éstos han de añadirse numerosos tratados sobre las más variadas cuestiones de derecho privado, procesal, penal, canónico, etc.; sin olvidar las abundantes *quaestiones* y el gran número de *consilia* que también forman parte de la obra jurídico-literaria de Bartolo⁵⁷.

Aunque el método bartolista, epígonos, según se ha señalado, del *mos italicus*, haya tenido vigencia en Italia hasta bien entrado el siglo XVII, se ha de reconocer que su momento de máximo esplendor se extiende desde la muerte de Bartolo (1357) a la de Alciato (1550). De la influencia e importancia que la obra de Bartolo ejerció en el mundo jurídico da cumplida cuenta el que en

Boulvert (Niza, 1987), 281-293. En el desarrollo y evolución de la institución testamentaria a lo largo de la Edad Media, podemos encontrar uno de los hitos donde mayor influencia haya ejercido el derecho canónico entramado con el derecho romano (Cfr. A. WACKE, *Una porción hereditaria para Jesucristo*, cit., pp. 277-288).

⁵⁷ Cfr. L. BERNABEI, *Bartolo di Sassoferato e la scienza delle leggi*, Roma, 1881; C. N. SIDNEY WOOLF, *Bartolo of Sassoferato: his position in History of Medieval political Thought*, Cambridge, 1912.

muchas ciudades italianas, la última Nápoles el año 1616, se crearon las *cathedrae Bartoli*, y la *opinio Bartoli* se convirtió en guía para los jueces, en los casos dudosos, también fuera de Italia: en España, el año 1427 en el reino de León y el 1493 en Castilla; en Portugal, el año 1466 y, más tarde, también en Brasil.

El máximo representante de esta Escuela, Baldo degli Ubaldi, conocido también como Baldo, sin más, fue uno de los más grandes juristas italianos del Medievo. Nació en Perugia en fecha incierta, para unos el año 1319 y según otra opinión el año 1327. Murió en Pavía el 28 de abril de 1400. Estudió derecho en Bolonia con Bartolo de Sassoferato y en 1344 ya enseñaba derecho en aquella Universidad. En esta ciudad inició una larga y ajetreada vida académica: en el año 1351 enseñaba en Perugia, en 1356 lo encontramos en Pisa para transferirse en 1358 a Florencia; de nuevo, en 1365 enseñaba en Perugia y entre 1376 y 1379 frecuentó en Padua la cátedra ordinaria de derecho civil, volviendo en 1380 a su ciudad, hasta que en 1390 marcha a Pavía, donde murió.

Baldo, junto con su maestro Bartolo, representa la máxima cota a que llegó la Escuela de los Comentadores o Escolásticos. Científicamente independiente, defiende el trabajo de los glosadores frente a los ataques provenientes de los seguidores ultramontanos del *mos gallicus* e imprime a su trabajo un estilo eminentemente práctico, poniendo a prueba su ingenio en la resolución de complicados problemas jurídicos y en la estructuración y formalización de instituciones jurídicas que surgen condicionadas por situaciones sociales y económicas desconocidas hasta entonces. Esta orientación práctica de su trabajo queda perfectamente reflejada en sus numerosos *consilia*, entre los que cabe destacar sus informes de 1381 y 1395 sobre la letra de cambio. De su amplia producción científica, resaltamos sus Comentarios a diversas partes del *Corpus Iuris* (ed. Venecia, 1599) y a las *Decretales* (ed. Venecia, 1495), así como la *Summula respiciens facta mercatoum*, en la que demuestra su competencia en derecho mercantil y comercial, etc.⁵⁸

También Baldo, como su maestro Bartolo⁵⁹, terció en la polémica sobre los estatutos de las ciudades, desde la problemática generada por la cuestión de cómo conciliar la autonomía normativa de las ciudades con el reconocimiento de la soberanía del imperio, considerado como única fuente de derecho. Baldo formuló su propuesta recordando que, por derecho natural, la actividad normativa

⁵⁸ Cfr. B. BRUGI, *Baldo*, Perugia, 1900; W. ULLMANN, «*Baldus's Conception of Law*», *Law Quarterly Review*, 58, 1942, 386-399.

⁵⁹ Cfr. *supra* pp. 103-105, así como nota 58.

es característica o atributo propio e imprescindible de cualquier agregado social, en cuanto que posee capacidad para establecer normas de convivencia.

Entre los numerosos juristas de estos siglos también han de ser tenidos en cuenta, tanto por la calidad de su trabajo como la influencia que tuvieron entre sus contemporáneos y en siglos posteriores:

Luca da Penne, de cuya vida tenemos muy escasas noticias. Parece que nació en Penne, en el Abruzzo italiano, y que se doctoró en Nápoles hacia 1345. Murió en torno a 1390 sin que, al parecer, llegase a ejercer docencia conocida. Escribió algunas *Repetitiones* a diversos títulos del *Digesto* y del *Codex*, pero la gran obra de su vida, con unas características metodológicas muy propias y distintas de las seguidas por sus contemporáneos, fue su Comentario a los «*Tres Libri*», publicado por primera vez en París el año 1569. Esta parte de la compilación había perdido importancia para la doctrina de esta época, hasta el extremo de que cayó en tal desuso que era desconocida para la mayor parte de los estudiosos. Luca da Penne la estudió y comentó mediante un método personalísimo, bien como monumento histórico, ya como fuente viva de normas vigentes. Precisamente por la originalidad de su pensamiento y por la metodología de interpretación del texto, en que simultanea y cohonesta el método filológico y el jurídico, Da Penne ha sido considerado como uno de los grandes juristas del siglo XIV.

En la obra de este autor se reflejan con extraordinaria nitidez las características del derecho romano en cuanto *ius commune*. Según él, la universalidad del derecho romano se basa en la soberanía universal que corresponde a la persona del emperador. Además, el derecho romano era considerado como la encarnación de la cultura y de la razón y representaba, mejor que ningún otro ordenamiento, la traducción práctica del ideal de justicia⁶⁰.

Bartolomeo Saliceto († 1411) nació en Bolonia, ciudad en la que se formó jurídicamente. Considerado como uno de los mejores representantes de la Escuela de los Comentadores, enseñó en Padua, Bolonia y Ferrara. Tuvo discípulos muy ilustres, entre los que destacan R. Fulgosio, I. Alvarotti, P. Farnese D'Ancarano y

⁶⁰ Cfr. F. CALASSO, «Studi sul commento ai “Tres Libri” di Luca da Penne/la nascita e i metodi dell’opera», *Rivista di storia del diritto italiano*, 5, 1932, 395-458; F. DI GIOVANNI, *Saggio storico-giuridico sopra Luca da Penne*, Chieti, 1892; M. M. WRONOWSKI, *Luca da Penne e l’opera sua*, Pisa, 1925.

F. Zabarella⁶¹. La mayor parte de sus comentarios los dedicó al *Codex*, aunque también realizó varios sobre el *Digestum vetus*⁶².

Raffaele Fulgosio nació en Piacenza el año 1367 y murió de peste en Padua el año 1427. En Bolonia fue alumno de Bartolomeo Saliceto y de Cristoforo da Castiglione. El año 1389 aparece como profesor de derecho en la Universidad de Pavía. Diez años después enseñaba en Piacenza y desde 1407 en Padua donde murió. Pertenece a la corriente de los *escolásticos* y de su obra científica se conserva un buen comentario en dos partes al *Codex*, publicado en Lyon el año 1547; comentarios al *Digestum vetus* y al *novum* (Brescia, 1499), así como una antología de *Consilia* (Brescia, 1490)⁶³.

Paolo da Castro († 1441) fue alumno de Baldo. Comenzó su docencia en Aviñón, donde se había doctorado. Enseñó en Siena, para volver a Aviñón entre 1394 y 1412. En Florencia desempeñó el oficio de *Auditor cardinalis Florentini*, además de regentar una cátedra y participar el año 1415 en la reforma de los Estatutos del *comune* florentino⁶⁴.

Mariano Socini (1401 ó 11-1467) nace y muere en Siena. Estudió en Siena y Padua, siendo posteriormente profesor en ambas Universidades. Se dedicó, sobre todo, al derecho canónico, aunque sin abandonar el estudio y práctica del derecho civil. También cultivó la historia, la poesía, la música, la pintura y la escultura. Entre sus obras jurídicas, se han de destacar los cuatro volúmenes de sus *Consilia* (Venecia, 1571), redactados en colaboración con su hijo Bartolomeo; el *Tractatus de iudiciis* (Venecia, 1571), el *Tractatus de testibus* y el *Tractatus de oblationibus*, publicados en el mismo lugar y fecha que los anteriores. Un segundo jurista del mismo nombre, y sobrino del anterior, nacido en torno a 1482 y muerto en Bolonia el 20 de agosto de 1556, de gran prestigio como profesional ejerciente en el foro, también realizó una excelente obra teórica: *Commentarium in Digestum vetus* (Venecia, 1605) y *Commentaria in Decretalia* (Fráncfort, 1583)⁶⁵.

Alessandro Tartagni (1424-1477), conocido también como *d'Imola* por su lugar de nacimiento. Fue discípulo de Juan de Imola y de Juan de Agnani. Enseñó durante treinta años en Bolonia y en

⁶¹ Cfr. ST. KUTTNER, «Francisco Zabarella's commentary on the Decretals: A note on the editions and the Vatican manuscripts», *Bulletin of Medieval Canon Law*, 16, 1986, 97-101.

⁶² Cfr. L. MORERI, *Le grand dictionnaire historique ou le mélange curieux de l'histoire*, t. 8, letra S (Amsterdam, 1740), 311.

⁶³ Cfr. L. MORERI, *o. c.*, t. 4, letra F, pp. 213.

⁶⁴ Cfr. E. BESTA, *Storia del diritto italiano*, cit., I/2, Milán, 1925, 514. 629-630. 859-860 y 884.

⁶⁵ Cfr. L. MORERI, *o. c.*, t. 8, letra S, pp. 311.

Ferrara con tal reputación que mereció el título de «*Monarca del derecho*» y «*Padre de Jurisconsultos*». Comentó las *Clementinas*, el *Codex* y las *Novellae*; también escribió sobre las *Decretales*, así como unas interesantes *Apostillae ad Bartholomum*⁶⁶.

Giason del Mayno nace en Pesaro el año 1435 y muere en Pavía en 1519. Era hijo natural del patrício milanés Andreotto del Mayno. Estudió en Pavía, en cuya Universidad, además, enseñó desde 1467 hasta su muerte, con dos interrupciones: una, entre los años 1485 a 1488, en que probablemente enseñó en Padua, la más prestigiosa universidad italiana del momento; y otra, entre los años 1489 y 1511, en que abandonó la docencia a causa de una enfermedad en los ojos. En Pavía tuvo como alumnos a Diplovataccio (1468-1541) y a Alciato⁶⁷.

Bartolomeo Socini, hijo de Mariano, nace en Siena el año 1436 y muere en la misma ciudad el año 1507. Estudió en Siena y Bolonia y enseñó en Siena, Ferrara (1471-1472), Pisa (1473-1494), Bolonia (1494-1498) y Padua (1498-1501). Por sus compromisos políticos hubo de exiliarse y de sus escritos se publicaron varias *repetitiones*, consultas y comentarios al *Digesto*⁶⁸.

Filippo Decio (1454-1535) nació en Milán. Estudió derecho en Pavía y Pisa donde se doctoró (1476). Enseñó sucesivamente en Siena, Pisa, Padua y Pavía. Excomulgado, se refugia en Francia el año 1512. Obtiene una cátedra en Valence y es nombrado consejero en Grenoble. Absuelto de la excomunión, vuelve a Pavía y Pisa, para instalarse definitivamente en Siena, donde murió el 12 ó 13 de octubre de 1535. De pluma fecunda, escribió comentarios al *Digestum vetus* (Milán, 1507), al *Infortiatum* (Milán, 1509), al *Novum* (Milán, 1510-1513), al *Codex* (Milán, 1507), al *Usus feudorum* (Pavía, 1483), a las *Decretales* (Lyon, 1540) y a cada uno de los títulos del *Digesto*. También publicó algunos tratados, entre ellos: *De actionibus* (Pavía, 1483), *De iure emphiteutico* (Pavía, 1476), *Apophthegmata singularia iuris* (Pavía, 1489)⁶⁹.

Todos ellos, en sus obras, se alejan cada vez más de la exégesis de las fuentes jurídicas y proporcionalmente exageran las sutilezas dialécticas y disquisiciones tan presentes y queridas en el modo de hacer derecho del maestro Bartolo; pero, al mismo tiempo, consiguen, a través del razonamiento y de la solución a problemas cotidianos, acercar el derecho romano a las exigencias de la vida diaria.

⁶⁶ Cfr. L. MORERI, *o. c.*, t. 8, letra T, pp. 30.

⁶⁷ Cfr. F. GABOTTO, *Giasone del Maino e gli scandali universitari nel Quattrocento*, Turin, 1888; E. BESTA, *Tommaso Diplovataccio e l'opera sua*, Venecia, 1903. Dentro de este grupo también puede ser encuadrada la obra de ALESSANDRO TARTAGNI (1424-1477).

⁶⁸ Cfr. L. MORERI, *o. c.*, t. 8, letra S, pp. 311.

⁶⁹ Cfr. L. MORERI, *o. c.*, t. 3, letra D, pp. 41.

Se ha de tener presente que este modo de entender la teoría y la práctica del derecho contribuyó de forma definitiva a la extensión y permanencia, con un carácter eminentemente práctico, del derecho común en las nacientes monarquías o principados europeos hasta la época de la codificación.

2. *El mos gallicus*

Se entiende por *mos gallicus* un modo de elaborar y estudiar derecho que, sin excluir absolutamente la metodología del *mos italicus*, asume en su trabajo un método más de carácter histórico-institucional. Esta forma de acercarse a lo jurídico se difundió especialmente en Francia y no fue ajena a este fenómeno la nueva mentalidad con que el *humanismo jurídico*, preocupado, sobre todo, por someterlo a una rigurosa crítica histórico-filológica, se acercaba al *Corpus Iuris Justinianeo*⁷⁰.

Los maestros de esta Escuela buscan, creando un nuevo método para ello, integrar y encuadrar los preceptos del *Corpus* en su pureza y sentido originales, en lugar de interpretarlos de forma desenraizada y aséptica al margen de sus referencias o fuentes histórico-jurídicas, tal y como lo practicaban la gran mayoría de los seguidores del *mos italicus*, preocupados, sobre todo, por la finalidad dominante de dar respuesta concreta a las necesidades del momento.

Este movimiento o corriente fue iniciado gracias a la obra de Andrea Alciato, que nació el 8 de mayo de 1492, con toda probabilidad, en Alzate, cerca de Como, y murió en Pavía la noche del 11 al 12 de enero de 1550. En Milán se formó en humanidades con Aulo Giano Parrasio, de quien aprendió lenguas clásicas, así como el estudio y manejo de fuentes tanto impresas como manuscritas. Estudió derecho en Pavía con Giason del Mayno, Fillipo Decio y Paolo Pico, reconociéndose a sí mismo, de forma especial, como alumno de Giason. A partir de 1511 estudia en Bolonia, universidad en la que se doctora a los 22 años de edad, con Carlo Ruini. Ejerció como abogado y fue profesor en Bourges (1529), Pavía (1533), Bolonia (1537), de nuevo Pavía (1541), Ferrara (1542) y otra vez Pavía, hasta su muerte. De su obra, cabe destacar sus *Adnotationes in tres posteriores libros Codicis* (1515) al Código de Justiniano, sus *Paradoxa* (1538), el *De verborum obligatio-*

⁷⁰ Cfr. A. GOURON, «L'entourage de Louis VII face aux droits savants: Giraud de Bourges et son ordo», *Revue d'érudition publiée par la Société de l'Ecole des Chartes*, 146, 1988, 5-29; *Idem*, «Le rôle des maîtres français dans la renaissance juridique du XIIe siècle», en *Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, comptes rendues des séances de l'année 1989*, janvier-mars (París, 1989), 198-207.

nibus (1519), el *De verborum significacione* (1530) y las *Disputationes*; y, entre las literarias, *Emblemata* (1531), que es un florilegio de alegorías y las *Adnotationes ad Tacitum*⁷¹. Entre sus seguidores más influyentes se cuentan:

Jacques de Cujas, nacido en Toulouse el año 1522 y muerto en Bourges en 1590. Fue uno de los máximos exponentes de la escuela culta y está considerado como el mejor intérprete, dentro de los del siglo XVI, de las leyes romanas. Estudió derecho en Toulouse, reconociéndose discípulo de Arnauld de Ferrier, que en 1533 enseñaba derecho en Padua. Comenzó su docencia en Toulouse el año 1547 con un curso libre sobre *Instituciones de derecho romano*. En 1554 deja la docencia en Toulouse después de haber perdido, en favor de Forcadel, un concurso-oposición a la cátedra de derecho Civil. Enseñó en Cahors (1554-1555), Bourges (1555-1557, 1559-1560 y 1575-1590), Valence (1557-1559 y 1567-1575), Turín (1566-1567).

Como es lógico, en Bourges creó y formó Cujas su verdadera escuela. En Turín enseñó solamente un curso no a causa de su fe protestante, como han sostenido algunos, sino porque estaba en desacuerdo con el método que seguían los juristas italianos (*mos italicus*), lo que, según parece, le llevó a rechazar el año 1584 una cátedra en Bolonia. Fue un verdadero experto en la exégesis textual pura y se opuso radicalmente a las glosas y teorías jurídicas que intentaban modernizar el derecho romano y convertirlo, al modo de la Escuela italiana, en derecho vigente⁷².

En su obra intentó recuperar el derecho romano, tal y como se encuentra en la compilación justiniana, en su forma original, reconstruyendo para ello en su integridad las obras de los juristas clásicos que los compiladores bizantinos habían alterado o interpolado. Su abundante producción jurídica comprende: *Notae* a las *Instituciones*, *Paratitla* al *Digesto* y al Código, *Expositio* a las *Novelas* y *Observationes et Emendationes* en veintiocho libros.

Hugues Doneau o Donello nació en Chalon-sur-Saône, el 23 de diciembre de 1527, y murió el 4 de mayo de 1591 en Altdorf. Fue uno de los mayores representantes de la Escuela culta. A los 24 años era titular de una cátedra de derecho en la Universidad de

⁷¹ Cfr. F. BONA, «Andrea Alciato nel suo tempo», en ANDREA ALCIATO, *Emblemata* (Pavía, 1986), 13-19; P. BRUGI, *Per la Storia della giurisprudenza e delle Università italiane* (Turín, 1921), 87 y 108.113; Idem, «L'Università dei iuristi in Padova nel Cinquecento», *Archivio veneto tridentino*, 1, 1922, 1-92.

⁷² Cfr. J. BERRIAT SAINT-PRIX, *Histoire du droit romaine suivie de l'histoire de Cujas*, Paris, 1822, 373-611; F. C. SAVIGNY, «Lettre sur l'histoire de Cujas par M. Berr. S.-P.», *Themis*, 4, 1822, 193-207.

Toulouse, donde enseñó sucesivamente con Duarenco, Cujas y con Francisco Hotman. Convertido al protestantismo, huyó de Francia a Ginebra, pasando posteriormente a Heidelberg, en cuya Universidad enseñó derecho civil.

De gran ingenio, con extraordinaria memoria, profundo conocedor de la literatura y de inusual capacidad jurídica, tuvo una gran influencia en el mundo del derecho tanto a través de la docencia como de su obra escrita. Contemporáneo de Cujas siguió una dirección científica distinta y mantuvo con él ásperas polémicas. Mientras la metodología de Cujas, de carácter exegético-analítico y fiel al humanismo de Alciato, conduce al estudio histórico de los jurisconsultos romanos, la de Donello es, por el contrario, sistemático-sintética o dogmática, más cercana, en este sentido, a la de los bartolistas, sin que, por otra parte, pueda ser encuadrado en esta Escuela. Quizás por ello es considerado como *príncipe de la dogmática jurídica*. Entre sus obras más significativas, citaremos su Tratado sobre sucesiones, así como Comentarios a distintas partes del *Digestum* y del *Codex*⁷³.

Como iniciador de esta corriente en Alemania, hemos de referirnos a Ulrich Zasius, que nació en Costanza el año 1461 y murió en Friburgo de Brisgovia el 24 de noviembre de 1536. Estudió en Tübingen con Lorenzo Marenco y Gabriel Chabot. Durante años se relacionó con estudiosos del derecho, entre los que cabe señalar a los decretistas J. Knapp, J. Obernheim, Angelus di Besonzio, así como al jurista y filólogo Paolo de Cittadinis. Experto filólogo e historiador, obtuvo el título de *doctor iuris* entre los años 1505-1506. Es considerado uno de los más grandes juristas de la Alemania del siglo XVI.

Se ha dicho que Zasius fue para la historia del derecho alemán lo que Alciato fue para Italia. El método introducido por este autor en el estudio del derecho no fue suficientemente comprendido por sus contemporáneos alemanes, que seguían anclados en el estudio del derecho romano dando una gran importancia, en sintonía con los fundamentos del *mos italicus*, a la perspectiva eminentemente práctica de su aplicación inmediata. A su profundo conocimiento teórico tanto del derecho romano, como del canónico y del germánico, unió una gran habilidad y maestría en la práctica jurídica: además de desempeñar varios cargos públicos, redactó el *Stadtrecht* de Friburgo y reorganizó el derecho sucesorio y el instituto de la tutela⁷⁴.

Sus escritos, tanto de derecho romano como canónico: *Commentaria in Pandectas*, *Enarrationes in titulum Inst. de actionibus*, *In usus feudorum Epitome*, *Lectura in titulum Digesti Novi de ver-*

⁷³ Cfr. A.-P. EYSSEL, *Doneau, sa vie et ses ouvrages*, Digion, 1860. Esta obra, escrita originalmente en latín, fue traducida al francés por J. Simonnet.

⁷⁴ Cfr. R. STINTZING, *Ulrich Zasius*, Basilea, 1857-1867.

borum obligationibus, Consilia, fueron recogidos y publicados el año 1550 en una *Opera omnia*.

Guillaume Dudé, nacido en París el año 1467 y muerto el año 1540, representó para Francia lo que supusieron Alciato para Italia y Zasius para Alemania. Entre sus obras, las de mayor interés jurídico son las *Adnotationes in Pandectas* (del libro I al XXIV), completadas más tarde con las *Adnotationes posteriores* a los restantes libros del Digesto y elaboradas, ambas, con un método sistemático en que se integran la filología y la historia como medios necesarios para el estudio y comprensión del texto justiniano. Cabe apuntar la originalidad de su *De asse et partitionibus eius*, en el que, a través del análisis de las monedas romanas, explica determinados aspectos de la vida económica y jurídica de los pueblos antiguos relacionándolos con la realidad de su tiempo y sentando, de este modo, las bases de la historiografía económica.

4. EL HUMANISMO JURÍDICO

Con esta denominación se designa un movimiento de carácter científico, no centrado exclusivamente en lo jurídico, que cuajó, sobre todo, en Francia a lo largo del siglo XVI y que, por lo que en esta sede interesa, se caracteriza por la penetración metodológica del humanismo renacentista en la ciencia del derecho⁷⁵.

La novedad metodológica de este movimiento penetrado por los ideales del Renacimiento, que va de la filosofía a la literatura pasando por las ciencias experimentales, el arte y la arquitectura, consistió, por lo que a la reflexión jurídica atañe, en la profundización en el conocimiento de la literatura clásica, de la historia y de la filolo-

⁷⁵ Detrás de esta corriente o movimiento también encontramos la vieja polémica entre el *mos gallicus* y el *mos italicus*, tanto en cuanto forma de crear derecho como por lo que se refiere al método o modo como se crea: «Bartole et Cujas représentent, pour ainsi dire, deux points de cristallisation autour desquels se sont forgées des représentations collectives sur le rôle et la portée du Droit romain. Ces simplifications par symboles répondent aux transformations concrètes de la conjoncture politico-juridique en Europe: le Bartolisme fut le sous-produit de la suprématie politique du Droit romain en Occident; l'Humanisme, qui en France allait s'accomplir après maint détour dans les codifications, fut l'une des formes de l'aspiration à l'autonomie nationale.

A partir du début du XIX^e siècle, le Droit romain n'eut plus d'autre justification que scientifique et les romanistes perdirent la foi tout en conservant parfois un rituel anti-Bartoliste, dont il ne reste plus que des expressions formelles transmises par quelques manuels, appartenant à un Humanisme dépassé. Peu à peu ils devaient cesser “de se laisser picquer par une fausse gloire”, abandonnant progressivement une attitude quelque peu théologique. L'illogisme est que la connaissance de la Romanistique intermédiaire et l'histoire du Droit romain de l'Antiquité n'ait pas progressé au même rythme» (P. LEGENDRE, *La France et Bartole, en Varios, Bartolo da Sassoferrato: Studi et documenti per il VI centenario*, vol. 1, Milán, 1961, 172).

gía, es decir los *studia humanitatis*, en cuanto se consideraban instrumentos indispensables para un estudio renovado y una verdadera comprensión del derecho. Por nuestra parte, consideramos capital esta aportación del humanismo jurídico al estudio del derecho. Sin embargo, se ha de reconocer que su proyección y desarrollo se vieron truncados en pocas décadas. Ya en el siglo XVIII el método exegético volvió a ser dueño y señor de academias y cancillerías⁷⁶.

Desde mediados del siglo XV, el método clásico de glosadores y comentadores, teniendo siempre presente las importantísimas aportaciones que realizaron a la dogmática jurídica, manifestó signos inequívocos de involución que, a pesar de la pervivencia, patente en ocasiones y, sin duda alguna, latente en la mayoría de los casos, del *mos italicus*, llevaron a exponentes y seguidores de las nuevas corrientes humanísticas a renovar el conocimiento y estudio del derecho a través de la recuperación de los modelos culturales de la antigüedad clásica.

Ello condujo a un acercamiento científico al *Corpus Iuris* completamente distinto del llevado a cabo por glosadores y comentadores. Lo que para éstos constituía un texto normativo unitario e intocable, se convirtió para el humanismo literario en un testimonio de la antigüedad que, como tal, debía ser estudiado e interpretado con los medios e instrumentos de la filología y de la historia. Al ser, pues, considerado más como derecho histórico que como ordenamiento vigente, el *Corpus Iuris* debía, en consecuencia, ser sometido a un riguroso estudio dirigido a distinguir el patrimonio jurídico clásico del de épocas posteriores⁷⁷.

Todo ello desembocó en la aplicación al estudio del derecho de las técnicas de crítica histórica y textual que lentamente se abrían camino en otras ramas del saber. En este contexto de recuperación

⁷⁶ Es cierto que la apuesta por el método institucional y sistemático en el estudio del derecho ha obligado a volver los ojos a esa necesaria interdisciplinariedad que ayuda a comprender el derecho en su justa dimensión, porque lo sitúa en el humus social y humano en que brota y al que sirve. Pero el realismo de cada día nos devuelve, jornada tras jornada, a concepciones y vivencias del derecho totalmente desarrraigadas del entorno personal donde se aplica: es casi imposible encontrar, en los medios jurídicos en que me muevo, especialistas en cualquier disciplina jurídica que conozcan, al menos, la historia de las instituciones en torno a las que se estructura su propia especialidad. Constituiría, pues, un sarcasmo esperar sensibilidad para la sorpresa ante dimensiones de la persona que, por integrar su más profunda constitución de humanidad, habrían de ser estimadas, a pesar de su aparente lejanía, como presupuestos necesarios de la reflexión jurídica.

⁷⁷ Cfr. R. FEENSTRA, *Influence de l'enseignement du droit romain [à Orléans] sur les nations étrangères*, en *Actes du congrès sur l'ancienne Université d'Orléans (XIIIe-XVIIIe siècles)* (Orléans, 1962), 45-61; Idem, «L'enseignement du droit à Orléans. Etat des recherches menées depuis Meijers», *Bulletin de la Société archéologique et historique de l'Orléans, Nouvelle série*, t. IX, n. 68, 1985, 13-29; E. M. MEIJERS, *Etudes d'Histoire du Droit, t. III: Le Droit romain au Moyen Age*, I (Leyde, 1959), edición preparada por R. Feenstra y H.F.W.D. Fischer.

de la civilización clásica, los juristas buscaron y se acercaron al conocimiento y revalorización de todo el material normativo redactado en griego, que había sido ignorado hasta entonces debido principalmente al desconocimiento de la lengua griega⁷⁸, así como, más allá de las instituciones jurídicas clásicas e imperiales, al lenguaje y modos de expresión del derecho romano arcaico.

Al comienzo del siglo XVI también los profesionales del derecho asumieron frente a los comentaristas medievales la postura crítica que ya con anterioridad habían tomado filósofos, teólogos y escritores, en relación a sus respectivas ramas de saber. En sentido propio, sólo puede hablarse de humanismo jurídico a partir del momento en que los juristas asumen en su trabajo el método diseñado por los seguidores, desde la literatura hasta las artes plásticas, del humanismo.

Humanismo jurídico que, aunque iniciado tímida y paradójicamente, pues extraña que en la patria del *mos italicus* se gesten los fundamentos teóricos que consolidaron el *mos gallicus*, en Italia, tuvo su mayor suceso en Francia a través de la conocida como *Escuela culta* que, precisamente por esta razón, fue denominada como *mos gallicus* en oposición al *italicus* que seguía la tradición de Bartolo. Junto con la revisión crítica de fuentes y documentos, se asumió en el estudio y ordenación de las materias un método más de carácter lógico-institucional, muy distinto al utilizado por los compiladores justinianos en quienes predominaban planteamientos fundamentalmente cronológicos y exegéticos.

⁷⁸ No obstante, hemos de reconocer y recordar que el derecho griego ha seguido siendo desconocido, ignorado y mal interpretado por la ciencia jurídica occidental: «Il diritto greco antico è oggetto di studio all'incirca da un secolo e mezzo... Per quanto riguarda lo studio del diritto privato, che qui ci interessa più da vicino, i manuali di Beauchet e di Lipsius, pur nella loro diversa impostazione, presentano due caratteristiche comuni: *a)* un netto atenocentrismo (reso esplicito dai titoli stessi delle due opere); *b)* l'applicazione (più evidente ed esplicita in Beauchet che in Lipsius) allo studio del diritto attico dell'apparato concettuale proprio del diritto romano, quasi che le nozioni elaborate dalla pandettistica del sec. XIX fornissero la chiave per descrivere e comprendere ogni ordinamento giurídico antico e moderno.

Queste due caratteristiche furono avvertite, nella fase successiva degli studi giusgrecistici che inizia con il primo dopoguerra, come un limite da superare. Ma, mentre per opera di studiosi come U. E. Paoli, L. Gernet e H. J. Wolff, lo studio del diritto greco si è andato progressivamente svincolando dall'uso acritico dello strumentario concettuale romanistico, il pregiudizio atenocentrico non è stato del tutto abbandonato nonostante la presenza di un'imponente documentazione giurídica proveniente da zone diverse dall'Attica. La preponderanza quantitativa del materiale attico e il prestigio culturale di Atene inducono infatti ancora oggi ad identificare nel diritto attico l'ordinamento più maturo e più avanzato, tale da costituire in un certo senso il modello per gli ordinamenti delle altre *poleis*.

A questa visione del diritto greco, inteso come un insieme di principi comuni identificati più o meno consapevolmente con quelli che caratterizzano il diritto attico, si è però contrapposta, negli ultimi trent'anni, l'opinione di coloro che sottolineano come ogni *polis* indipendente e sovrana avesse formalmente un proprio ordinamento giurídico, la cui conformità a presunti principi comuni deve essere dimostrata caso per caso» (A. MAFFI, *Studi di epigrafia giurídica greca*, Milán, 1983, V-VI).

La polémica que enfrentó en Europa a los seguidores de uno y otro modelo fue, en gran medida, alimentada y mantenida por la situación social, jurídica y política en que bullían e iban, poco a poco, asentando sus instituciones jurídicas y políticas los distintos territorios europeos. Así pues, la metodología humanística que, a través de la devaluación del derecho justiniano como derecho vigente y su progresiva reducción a derecho histórico, abría el camino a la revalorización de usos, tradiciones y costumbres nacionales, tuvo muy diversa acogida y difusión en Europa, condicionadas siempre por el peso e importancia atribuidos a los nacientes derechos particulares.

En Italia, por ejemplo, la pugna se resolvió a favor del *mos italicus* debido, sobre todo, al profundo particularismo jurídico que generaba la gran fragmentación política existente entre las distintas ciudades y repúblicas italianas: la vigencia de un derecho común era el único modo de garantizar una cierta unidad y uniformidad al sistema jurídico de la península italiana⁷⁹.

Otro tanto cabe decir del área germánica donde el derecho romano era fuente jurídica viva. A él se confiaba una función unificadora y racionalizadora de los derechos y de las costumbres locales. En el ámbito del derecho germánico, sobre todo por el gran protagonismo que la costumbre y los particularismos locales tuvieron en ese sistema, el derecho romano, en cuanto *ius commune*, se invocaba también como garante, aunque sólo fuese parcialmente, de una mínima certeza del derecho con el añadido de la seguridad jurídica que comporta, tal cual deriva de las fuentes jurídicas escritas.

⁷⁹ Es riquísima la serie de fuentes relativas al nacimiento de las ciudades (*comuni*) italianas, así como a su consolidación social y política y sus luchas con el Imperio. Cada ciudad italiana posee crónicas, anales e importantes colecciones documentales. A modo de ejemplo, y desde la perspectiva desde la que enfocamos estas páginas, pueden verse: *a*) para Milán, que nace como ciudad episcopal, las de ARNOLFO, *Gesta archiepiscoporum mediolanensium*, que abarca hasta finales del siglo XI; LANDOLFO PATARINO o EL VIEJO, que narra la historia de Milán desde el año 374 al 1085 en su *Mediolanensis historiae libri quattuor*; LANDOLFO EL JOVEN, cuya *Historia mediolanensis* llega hasta bien entrado el siglo XII; *b*) para Pisa es fundamental el *Liber maiolichinus*, de autor incierto, en el que se narra de forma versificada la expedición efectuada por los pisanos (1113-1115) contra las Islas Baleares, ocupadas entonces por los moros; BERNARDO MARANGONE escribe, a finales del siglo XII, el *Vetus chronicon pisanius* y en 1269, obra de MICHELE DE VICO, se publica el *Breviarium pisanae historiae*; *c*) para Génova contamos, entre otras, con dos obras fundamentales, el *Chronicon ianuense*, de SANTIAGO DE LA VORÁGINE, quizás más conocido por su obra hagiográfica, y los *Annales ianuenses* iniciados por CAFFARO el año 1100 cuando sólo contaba 20 de edad y continuados por otros autores hasta GIACOMO DORIA que los completó hasta 1293; *d*) para los orígenes e historia de Venecia disponemos de la *Cronaca veneziana* de GIOVANNI EL DIÁCONO; *La chronique des Venetiens*, de MARTINO DA CANALE y el *Chronicon venetum*, de ANDREA DANDOLLO, que abarca hasta 1339 y que fue continuado hasta 1383 por RAFAINO DE CARESINI, canciller de la República veneciana y contemporáneo de los hechos que narra. Otro tanto podría decirse de Florencia (*Annales florentini primi* y los *Annales florentini secundi*), Piacenza (*Annales guelfi* y los *Annales ghibellini*), Bérgamo (*Annales bergomates*), Verona (*Annales veronenses breves* y los *Annales Sanctae Trinitatis*), Padua (*Annales sanctae Iustinae*), Parma (*Chronicon parmense* y el *Memoriale potestatum regensium*), etc.

El *mos gallicus* encontró en Francia las condiciones más favorables para su desarrollo. Contribuyó decisivamente a ello el hecho de que en esta nación es, de una parte, donde más precozmente se manifestaron las ideas que posteriormente conformaron los fundamentos de los Estados absolutos modernos, y, de otra, donde con mayor prontitud se constituyó un régimen estatal centralizado, burocrático y nacional. El ordenamiento positivo francés no asumió como fundamento el derecho romano común, sino aquel derecho consuetudinario sobre el que cabía la posibilidad de elaborar un derecho nacional uniforme. Por esta razón, el *mos gallicus*, aun cuando no reconocía la posibilidad genérica de aplicar directa e inmediatamente como derecho vigente el viejo *ius commune*, no fue en Francia una mera referencia de simple erudición jurídica, sino que, todo lo contrario, jugó un importantísimo papel en la política de centralización y unificación, no sólo política sino también legislativa, de la monarquía francesa.

III. ¿SERÁ POSIBLE UN FUTURO SIN PASADO?

Introducíamos estas líneas refiriéndonos a la *recuperación*, al menos *ornamental*, por parte de algunos civilistas contemporáneos de las Escuelas medievales sistematizadoras y, en cierto modo, *creadoras* del derecho privado tal y como llegó a la era de las codificaciones. Y no debemos cerrar esta parcial, debido a los asuntos que voluntariamente hemos dejado sin tratar, exposición sin recordar un reto olvidado, y quizás ya irrecuperable, por la gran mayoría de quienes en la actualidad cultivan el derecho civil: *nos referimos a la necesidad de volver a las fuentes medievales del derecho*, en general, y del derecho privado, en especial.

El intento de volver los ojos al mundo medieval no supone, ni mucho menos, un ejercicio de descomprometida añoranza anacrónica, varada en la optimización ilusoria de los tiempos pasados. Desde su perspectiva metodológica, la ciencia jurídica medieval articula un modo de acercarse al estudio y creación del derecho en que se integran perfectamente la autonomía del jurista, la libertad de las Escuelas y la autoridad del legislador y de quienes tienen capacidad para establecer e irrogar normas sobre cualquier comunidad o sociedad.

El jurista del Medievo, al explicar y explicitar la norma, innova y, en consecuencia, creaba derecho que va más allá de la mera teoría doctrinal y se traduce y concreta en la realidad, recogido y aplicado, unas veces en determinadas decisiones jurisprudenciales y otras por el propio legislador en sus normas. El trabajo jurídico, pues, no se ceñía a la mera repetición, mejor o peor articulada, de

lo que dictaba la norma o de lo que otros, acertada o erróneamente, hubieran enseñado; antes al contrario, el glosador o comentarista realiza su trabajo en el convencimiento de que, sin renunciar a la tradición doctrinal y normativa, su reflexión jurídica, fuera planteada desde la necesidad práctica o desde la teoría dogmática, había de innovar perspectivas que respondieran verdaderamente a la novedad de problemas, situaciones y coyunturas sociales, personales y políticas desconocidas hasta ese momento.

También desde su dimensión material, es decir, por cuanto respecta a los contenidos jurídicos sobre los que trabajan o a las instituciones que en aquellos siglos se crean, ha de ser reconocido un lugar privilegiado al conocimiento del derecho medieval. Sorprende comprobar tanto la variedad de cuestiones como la complejidad de los problemas tratados por los juristas medievales, lo mismo que la finura y precisión de las respuestas dadas y de las construcciones y elaboraciones dogmáticas y doctrinales que se articularon en torno a aquéllos.

No se trata sólo de la conveniencia de volver sobre el pensamiento de los maestros medievales cada vez que se proponga el estudio serio de cualquier asunto relacionado con el derecho privado; estamos ante una verdadera necesidad, ya sea considerada desde la ayuda que pueden prestar en la reconstrucción y seguimiento de las fuentes anteriores a sus propias obras, o bien se plantee desde el hecho de que su conocimiento evitará que nos convirtamos en sorprendidos descubridores de mediterráneos ya contaminados, por hollados y manidos.

La vuelta a la experiencia jurídica medieval se nos ha de presentar más como un intento de recuperar en la sociedad y en su entramado jurídico la raíz de la aspiración a la libertad, puesto que necesariamente ésta sólo puede ser realmente efectiva y personal cuando de su respeto nace la norma y a su consecución tienda el derecho. El grado de libertad y autonomía real de una sociedad se mide por su capacidad de autorregularse/autogobernarse mediante la creación de normas jurídicas o pautas vinculantes de comportamiento, basadas fundamentalmente en la justicia de sus contenidos y en su autoridad social, independientemente de las leyes o disposiciones que, coactivamente, puedan emanar de quien la dirige o gobierna: cuanto más cercana, en sus contenidos materiales y en su formalidad pública, sea a la sociedad, más autoridad se reconocerá a la norma y mayor obsequio, respeto y observancia le serán debidos.

Esta línea de producción y elaboración normativa es la que hemos querido señalar y resaltar como característica dominante del

mundo jurídico medieval, en la variopinta realidad de profesionales del derecho protagonistas, en última instancia, de la creación legal. Tanto más cuanto que nuestro siglo y los últimos años del pasado han protagonizado el redescubrimiento del hombre como razón y fuente última de derechos y libertades. *Revolución* que, según unos, es hija del Siglo de las Luces (?) y que para otros hunde sus verdaderos cimientos en el Medievo⁸⁰.

Pero, sobre todo, el conocimiento de la ciencia jurídica medieval interrogará al jurista contemporáneo sobre un modo de acercarse al estudio del derecho, que se va imponiendo progresivamente en la metodología de nuestros centros universitarios, falso de reflexión y aportación personal, *donde el formalismo repetitivo*, se asuma desde la simple repetición de la ley o desde lo que la propia doctrina, cada vez más fatua y vacía, reitera una y otra vez, *se ha erigido en ¡contrastada! denominación de calidad*.

Nuestro quehacer jurídico se ve circunscrito, en la mayoría de los casos, a doctrinas, teorías o modos de afrontar los problemas en que se sacrifica la frescura de la inventiva a la seguridad de un fixismo normativo que, aunque garantice a primera vista la tranquilidad de un tráfico social predeterminado políticamente, acaba convirtiéndose en corsé asfixiante de todo progreso y crecimiento. El jurista medieval, respetuoso y observante en relación a la ley, busca y desentraña la juridicidad o el derecho que *brota de y se genera en* las propias relaciones humanas; es decir, se plantea, sobre todo, descubrir un *ius* autónomo, esencialmente conectado a la juridicidad que produce toda relación personal, sea dual, plural o comunitaria, más allá de la heteronomía, la mayoría de las veces alienante, en que hunde sus raíces la virtualidad vinculante entre la ley y las personas.

Tanto la metodología jurídica de los maestros medievales, como su esfuerzo por crear, articular y adecuar instituciones que respondieran a los problemas y exigencias de su tiempo, continúan siendo hoy reclamo insoslayable para quien no se conforme con ser un mero copiador de normas y simple transmisor de tópicas repeticiones.

⁸⁰ «Ceux qui, aux États généraux, prétendaient représenter le peuple, représentaient en fait la classe bourgeoise. Celle qui vend et qui achète. Dorénavant, vendre et acheter va vous donner le droit d'exister et d'être quelqu'un. C'est ce qui donne une valeur à la personne plus que d'être "enfant de Dieu". Au Moyen Âge, le fait d'être des créatures créait une égalité et une unité entre les personnes. Après, on est soit une propriétaire de biens, soit un misérable. Au Moyen Âge, le pauvre représente le Christ. L'expression "pauvre mais honnête" employée aux XVIIe et XIXe siècles est significative: il y a présomption de malhonnêteté pour le pauvre... Au Moyen Âge, on lui faisait une place, même s'il était assis en bout de table. À partir du XVIe siècle, on a honte du miséreux et on l'exclut. Le fait de posséder de l'argent a créé des classes sociales et entraîné une fracture...»

Le spectacle d'une société dans laquelle l'argent n'a pas le premier rôle devrait être instructif pour nous: cela permettrait de rétablir des relations qui ne soient pas exclusivement fondées sur le maniement de l'argent» (R. PERNOD, *Histoire et lumière*, Paris, 1998, 24-25).

«Wege zur Konkretisierung von Generalklauseln: Was leistet die deutsche Rechtswissenschaft vom Europäischen Privatrecht?»

(Jornada Científica celebrada en Heidelberg, 29 de abril de 2005)

LENA KUNZ
Universidad de Heidelberg

Cuando el legislador nacional produce una norma jurídico-privada, puede decidirse por una regulación muy detallada, a fin de proporcionar de ese modo una mayor seguridad jurídica, o bien por elaborar una norma lingüísticamente indeterminada, a fin de posibilitar una solución justa para el caso concreto en virtud de formulaciones abiertas a la valoración. En Alemania se llama a esto último «cláusula general» (*Generalklausel*) o, en términos más amplios, concepto jurídico indeterminado (*unbestimmter Rechtsbegriff*)¹. A este respecto, en el ámbito jurídico alemán al menos hay unanimidad en la idea de que los métodos usuales de interpretación no pueden llevar a ningún resultado concluyente; ahora bien, tales normas o formulaciones necesitan una concretización (*Konkretisierung*)².

Un ejemplo de esta apertura valorativa se refleja en el § 323, párrafo 5.º, inciso 2.º, del BGB, introducido por la ley de modernización del Derecho de obligaciones del año 2002³. En él se dice lo siguiente: «Si el deudor no cumpliese la prestación con arreglo a lo

¹ Sobre las cuestiones de delimitación terminológica en el ámbito alemán, vid. Kamanabrou, AcP, 202 (2002), 662; Siems, ZEuP (2002), 747; Beater, AcP, 194 (1994), 82.

² Kamanabrou, AcP, 202 (2002), 672.

³ Vid. al respecto la Lección Inaugural del profesor Christian Baldus, pronunciada en Heidelberg el 28 de abril de 2005, bajo el título «Historische und vergleichende Ausle-

pactado en el contrato, no podrá el acreedor resolver el contrato si la lesión del deber es insignificante»⁴.

Cuando el legislador incluyó el concepto de «insignificante» (*unerheblich*), abrió conscientemente un espacio a la interpretación de la judicatura. Sin embargo, ¿cómo puede aprovechar correctamente ese espacio el juez singular desde el punto de vista metodológico?

En la medida en que se trate para el aplicador del Derecho de una formulación bien conocida, podría remitirse inmediatamente a los conocimientos ya asentados a través de la jurisprudencia nacional. Pero si se considera que el § 323, párrafo 5.º, inciso 2.º, se introdujo en el BGB en la línea de una armonización del Derecho privado en Europa⁵, se corre en tal caso el riesgo irremisible de una dispersión jurídica entre los diversos ordenamientos europeos.

Para hacer frente a esta situación, podrían ofrecer puntos de referencia para la reflexión del aplicador del Derecho otros ordenamientos jurídicos en los que el problema fuera ya conocido. Así, p. ej., el artículo 1484 del Código civil español en cuanto al concepto de vicios⁶: «El vendedor está obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se destina, o si disminuyen de tal modo ese uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella (...»).

Habrá que preguntarse, con todo, si los principios tomados de otros ordenamientos jurídicos pueden ser, en todo caso, de aplicación directa para la comprensión de los conceptos abiertos a la valoración; en definitiva, si encuentran una vía de penetración en el Derecho nacional con vistas a la armonización jurídica.

Cuando en el artículo 3, párrafo 6.º, de la Directiva 1999/44 CE se dice que «el consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia», se establece una referencia al artículo 7.3.1, párrafo 1.º, de los Principios UNIDROIT⁷ y al artículo 9.301 PECL⁸. El aplicador del Derecho reconoce que debe haber un elemento conceptual que vincule las distintas tradiciones jurídicas. El artículo 7.3.1, párrafo 1.º, de los

gung im Gemeinschaftsprivatrecht» (de próxima aparición en el volumen que recoge las ponencias de la Jornada Científica que motiva este comentario).

⁴ «Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.»

⁵ Artículo 3, párrafo 3.º, de la Directiva 1999/44 CE.

⁶ En relación con el artículo 1486 CC, artículo 7 Ley 23/2003, de 10 de julio, sobre Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

⁷ Artículo 7.3.1, párrafo 1.º, de los Principios UNIDROIT: «Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial» (la cursiva es nuestra).

⁸ Artículo 9.301 PECL: «A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental» (la cursiva es nuestra).

Principios UNIDROIT habla de «incumplimiento esencial» y el artículo 9.301 PECL de «fundamental non-performance». Ante este telón de fondo, el aplicador del Derecho se preguntará si la construcción conceptual del Derecho comunitario no habrá de realizarse forzosamente de modo autónomo; en tal caso, los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros serán para él únicamente fuentes de conocimiento jurídico. Pero entonces, ¿cómo será posible concretar las cláusulas o los conceptos jurídicos indeterminados?

Esta cuestión fue el punto de partida para una Jornada Científica que tuvo lugar en el «Internationales Wissenschaftsforum» de la *Ruprecht-Karls-Universität* de Heidelberg el 29 de abril de 2005. A modo de ejemplo se trataron allí los problemas de la desaparición de la base del negocio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) y del Derecho de la compraventa armonizado conforme a la Directiva 1999/44 CE.

La respuesta a este interrogante llevó a los ponentes y a los participantes en la Jornada a tratar sobre diferentes sistemas jurídicos nacionales y su mutua influencia. Así, puede verse en los sistemas jurídico-privados romanísticos de Italia, España y Portugal una matriz francesa, que fue conformada sistemáticamente por la Pandectística alemana del siglo XIX, de modo que el punto de partida inmediato para toda la reflexión hubo de ser el papel de las cláusulas generales en el Derecho alemán y en el francés (Peter Jung, *sub II*, y Julien Walther, *sub III*). Luego se posó la mirada en los puntos de contacto con los sistemas romanísticos de Derecho privado, a fin de verificar qué papel corresponde en la actualidad a la ciencia jurídica alemana del Derecho privado europeo y qué expectativas despierta (Paulo Mota Pinto, *sub IV*, Francisco J. Andrés Santos, *sub V*, y Stefano Troiano, *sub VI*).

Tras el saludo por parte de Christian Baldus (Heidelberg), tomó la palabra Thomas Pfeiffer (Heidelberg) para introducir temáticamente la Jornada.

I. Pfeiffer trazó primeramente una panorámica del estado presente de las cláusulas generales a escala europea. Luego se fijó en la cuestión de cómo actúan esas cláusulas a un nivel general y en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. A este respecto, se ponen de manifiesto esencialmente tres conjuntos de problemas.

En primer lugar dijo que debe tenerse en cuenta la clásica línea de separación entre el pensamiento jurídico europeo-continental y el *Common Law* como un sistema fundamentalmente abierto desde un punto de vista valorativo. Luego destacó el ponente que la concretización de las cláusulas generales abiertas a la valoración se lleva a

cabo de modo diferente en los distintos sistemas jurídicos nacionales debido a sus divergentes sistemas de valoración y a los contactos nacionales. Finalmente, señaló que este problema se agudiza ante el panorama de un ordenamiento del Derecho privado comunitario aún fragmentario e incompleto. Justamente para eludir el peligro de un desdibujamiento valorativo derivado de ello, el Derecho privado de las Directivas se basa en una técnica de regulación detallada en vez de recurrir a las cláusulas abiertas a valoraciones.

A la vista de este panorama, Pfeiffer se planteó la cuestión de si el recurso a las cláusulas generales no podría ser el último paso en el camino hacia un Derecho privado europeo, a la cual dio una respuesta negativa, haciendo referencia al inventario ya existente de cláusulas generales y a la concepción fundamental de la Comisión de un marco de referencia común⁹, que, sin ser por sí mismo una codificación, representa el punto de partida próximo a una codificación para el empleo de cláusulas generales en el Derecho privado comunitario.

De ahí dedujo el ponente tres líneas directrices para la concretización de las cláusulas generales. La primera remite a los derechos fundamentales. En segundo lugar, se pone el acento en la función concretizadora negativa del Derecho particular, con referencia al mandato de la jurisprudencia del Tribunal Europeo (*Rec. C-106/89, 1990, I-4135, «Marleasing»*) de interpretar el Derecho nacional de conformidad con las Directivas. Por fin, en tercer lugar, entra en consideración la función concretizadora positiva –no exenta de problemas– del Derecho particular.

II. Peter Jung (Basilea) ilustró al comienzo de su ponencia el papel metodológico y de contenido de las cláusulas generales en el Derecho contractual francés. A ese respecto señaló que el *Code civil* presenta formulaciones coincidentes con el BGB (§ 242 BGB y artículo 1134.3 CC), pero que el concepto de cláusula general de la doctrina alemana no puede aplicarse en la metodología francesa, lo cual explica el lugar sombrío de las cláusulas generales en el derecho contractual francés. Con todo, desde hace unos diez años se observa un cambio de paradigma en el Derecho francés en materia de contratos. El legislador galo ha ampliado el ámbito de arbitrio del juez y le ha permitido entrar a valorar las disposiciones contractuales. La concepción del contrato ha ido cambiando en la línea de considerarlo un legítimo instrumento de cooperación entre partes situadas al mismo nivel con *affectio contractus* y consecuencias sociales de carácter general.

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 11.10.2004, KOM(2004) 651 definitivo.

Sobre el telón de fondo de este desarrollo se planteó Jung la cuestión de qué elementos de apoyo puede esperar el jurista francés de la ciencia jurídica alemana con respecto a la concretización de las cláusulas generales. A su juicio, a la vista de las numerosas cuestiones discutidas en el ámbito jurídico alemán en torno al concepto de cláusulas generales, el jurista francés prácticamente sólo puede utilizar el concepto de cláusula general como un supraconcepto y, además, se las verá con la idea alemana del «reino de los jueces» (*Richterkönigtum*); pero, por otra parte, también puede constatar con tranquilidad que el tenor de las cláusulas generales en el BGB no se muestra completamente abierto y variable, sino que siempre incluye alguna indicación a grandes rasgos sobre el contenido de las medidas de concreción y una consecuencia jurídica.

Para finalizar, Jung llegó a la conclusión de que puede afirmarse la existencia de un desarrollo convergente entre el Derecho francés y el alemán. El Derecho francés está en disposición a abrirse a las cláusulas generales, en el sentido alemán de la palabra, y se aleja por ello de una aplicación del Derecho puramente descentralizada. En dirección opuesta, la reforma del Derecho de obligaciones alemán ha introducido en el BGB una serie de nuevos conceptos y representaciones indeterminados que ha descentralizado la posición central de las cláusulas generales «reinantes» en la estructura general del BGB (§§ 138, 157 y 242 BGB).

III. En conexión con esto intervino Julien Walther (Metz) con su ponencia sobre la concretización de las cláusulas generales exemplificada en el Derecho francés de delitos. Al igual que Jung, puso de relieve la existencia de diferencias metodológicas y terminológicas entre el Derecho francés y el alemán: mientras el Derecho francés está marcado por una actitud más bien pragmática, el Derecho alemán, por el contrario, procede con un sentido más fuertemente conceptual. Walther ilustró esto de la mano de una comparación entre el § 823, párrafo 1.º, del BGB y el artículo 1382 CC. Mientras el Derecho alemán de delitos se aferra en el § 823, párrafo 1.º, del BGB al concepto de supuesto de hecho y de los bienes jurídicos concretamente vulnerados, el artículo 1382 CC se entiende de como un principio abstracto, que se formula conceptualmente de un modo tan elástico que deja un espacio suficiente para el desarrollo jurídico. Según Walther esto lleva al resultado de que, si bien en un nivel conceptual y metodológico el Derecho alemán y el francés de delitos difieren claramente, en su contenido persiguen idéntico objetivo. Tanto el § 823, párrafo 1.º, del BGB como el artículo 1382 CC han de posibilitar un desarrollo jurídico. De esa concordancia derivó finalmente la conclusión de que ambos orde-

namientos, en su tratamiento práctico de la responsabilidad, se han movido en sentido coincidente, de modo que este proceso ha de verse como un movimiento pendular entre la concretización del abstractamente formulado artículo 1382 CC y la abstracción de los bienes jurídicos concretos del § 823, párrafo 1.º, del BGB. Por tanto, el artículo 1382 CC corresponde en su función a la cláusula general en el sentido alemán.

Estos resultados pusieron sobre el tapete de los participantes en la Jornada la cuestión de cómo este movimiento pendular ha operado en el tratamiento de las cláusulas generales en los sistemas jurídico-privados romanísticos de Italia, España y Portugal y si en el futuro habrá de ser de importancia decisiva para la consideración de las cláusulas generales.

IV. A este respecto se ocupó Paulo Mota Pinto (Coimbra/Lisboa), en primer lugar, de la recepción de la ciencia jurídica alemana en Portugal y, finalmente, del método de concretización de las cláusulas generales ante los tribunales portugueses. El ponente subrayó la gran influencia de la ciencia alemana en la elaboración del Código civil de 1966 y destacó especialmente la doctrina de la jurisprudencia de intereses, acuñada por Philipp Heck, que dio como resultado una «huida hacia las cláusulas generales» (*Flucht in die Generalklauseln*).

Mota Pinto señaló que las cláusulas generales en el Derecho portugués remiten fundamentalmente a una medida valorativa general que los tribunales tratan de configurar a través de la formación de grupos de casos; ahí se pone en primer plano el concepto valorativo de cláusula general, a través del cual han encontrado una vía de penetración conceptos morales como el de las buenas costumbres: así, por ejemplo, se ha podido considerar nula ante los tribunales la donación con el fin de estimular las relaciones homosexuales.

Para un correcto tratamiento futuro, desde el punto de vista metodológico, de las cláusulas generales, Mota Pinto propuso en este contexto la formulación universalizable de los argumentos, pues sólo así puede satisfacerse el principio de trato no desigual. Luego abogó por una formalidad metodológica en la fundamentación judicial, advirtiendo frente a una armonización sólo aparente si se persiste en una mera formación de grupos de casos; en lugar de una rígida formación de grupos de casos, deberían desarrollarse «Guidelines» comunes para lograr una auténtica unificación jurídica europea.

V. Francisco J. Andrés Santos (Valladolid) disertó en su ponencia sobre la función de la Historia del Derecho en la concretización de las cláusulas generales. Al respecto, opuso primera-

mente dos concepciones fundamentales de la Historia jurídica: se puede considerar la Historia como un concepto puramente «contemplativo», lo que tiene como consecuencia una visión puramente historicista sin referencias al mundo actual, o bien, por el contrario, como un concepto «aplicativo», que se apoya en un punto de vista neopandectista, se propone como tarea la creación de un nuevo *ius commune* europeo.

Con referencias a la teoría del conocimiento de Habermas, Andrés Santos defendió la concepción aplicativa de la Historia del Derecho: con ayuda del *ius commune* se hace visible una continuidad histórica de las ideas jurídicas, de modo que pueden anudarse los marcos valorativos y la realidad jurídica a una tradición común. Según esto, la tarea de la Historia del Derecho en este contexto sería poner de relieve la existencia de estructuras jurídicas permanentes en el ámbito de las cláusulas generales. El ponente aclaró este extremo por medio del ejemplo de la *clausula rebus sic stantibus*. Mostró que tal *clausula* tuvo un proceso de formación desde la ética contractual del Medievo hasta la moderna teoría de la voluntad y que, finalmente, se hizo un hueco en los ordenamientos jurídicos modernos, aunque bajo otros nombres. Esto sirvió de ilustración del hecho de que la generalidad de los ordenamientos europeos se inscriben en una tradición jurídica común que puede ser aprovechable para la concretización de las cláusulas generales.

VI. Stefano Troiano (Verona) dedicó su intervención a la dogmática. Dejó sentado, primeramente, que la ciencia jurídica alemana tradicionalmente se ha ocupado del instrumento de las cláusulas generales y le ha atribuido una función paradigmática de carácter cuantitativo y cualitativo, por lo que es de esperar de ella que, en el presente y en el futuro, profundice en la investigación del significado de las cláusulas generales en la creciente armonización del Derecho privado europeo. A ello se añade la tarea de reconsiderar el sentido de las cláusulas generales en el Derecho nacional bajo el influjo de los principios del Derecho privado comunitario.

Troiano reconoció que la ciencia jurídica alemana ha respondido en gran medida a esas expectativas y que es la dogmática alemana la que ha puesto de manifiesto los nuevos problemas relacionados con el tratamiento de las cláusulas generales. Sin embargo, la criticó por su reticencia al intercambio de opiniones con otras culturas jurídicas europeas y la animó a abrirse en el futuro para poner en marcha una plataforma de discusión en el conjunto de Europa. El ponente rechazó una mera trasposición de la dogmática alemana desarrollada hasta ahora en relación con las cláusulas generales y se remitió, en este contexto, al concepto de razonabilidad (*reaso-*

nableness) cada vez más utilizado en numerosos actos jurídicos de la UE, en la Comisión Lando y en los principios UNIDROIT. Habrá que determinar, a su juicio, si este concepto es una síntesis del concepto de cláusulas generales y otros conceptos al nivel nacional, o bien se trata, por el contrario, de un concepto jurídico totalmente autónomo.

VII. En su exposición conclusiva, Peter-Christian Müller-Graff (Heidelberg) se preguntó si existen ya hilos conductores en el tratamiento de las cláusulas generales en el Derecho privado comunitario y qué aportación está en condiciones de hacer la ciencia jurídica alemana al respecto. Desde su punto de vista, puede ante todo precisarlas, clasificando las distintas clases de cláusulas generales según principios y subprincipios. A través de la elaboración de estructuras dogmáticas puede incrementar la seguridad jurídica, en lugar de seguir apegada a la formación de grupos de casos y a las decisiones casuísticas particulares. Por último, puede aportar racionalidad sistemática mediante el desarrollo de una dogmática común y, teniendo en cuenta la función de las correspondientes cláusulas generales, contribuir a la justicia.

Müller-Graff sacó de ello la conclusión de que el Derecho privado comunitario no puede construirse sin el sustrato de los ordenamientos nacionales, pero que esto conlleva el peligro de que, por un lado, sólo se llegue a una recepción unilateral en el caso de la concretización de las cláusulas generales y, por otro, de que cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales se arriesgue a permanecer demasiado anclado en sí mismo.

Después de todo, puede uno seguir planteándose la pregunta de qué conclusión puede extraer para sí el aplicador del Derecho que lee el anteriormente citado § 323, párrafo 5.º, inciso 2.º, del BGB.

Por un lado es importante que se haga consciente de su responsabilidad práctica. En última instancia, todo aplicador individual del Derecho decide si nuestros sistemas de Derecho privado van a armonizarse realmente o si vamos a enrocarnos en una mera armonización aparente. Para afrontar esta responsabilidad, debemos, no obstante, integrar otros sistemas jurídico-privados en nuestro campo de visión. Los juristas italianos, españoles y portugueses han puesto tradicionalmente mucha más atención en el Derecho comparado que la mayoría de los juristas alemanes. Esto les da idealmente la necesaria amplitud de miras y la capacidad para poner en cuestión sus propios conceptos ya asentados desde antiguo en favor de planteamientos nuevos y tal vez más ajustados a nuevos intereses.

Con todo, la conciencia de la responsabilidad no basta por sí sola. El juez singular debería poder orientarse con grupos de casos.

Sin embargo, ¿cómo van a aparecer éstos? Hemos visto que la recepción unilateral de un ordenamiento jurídico está vedada, así como la mirada en exclusiva a la jurisprudencia propia. Los grupos de casos deberían desarrollarse, por tanto, autónomamente; pero ¿por quién? Aquí vendría a colación el Tribunal Europeo, que en su jurisprudencia podría elaborar grupos de casos al hilo de la tradición jurídica común de los Estados miembros: esto posibilitaría un control central. Pero en tal caso se suscitaría la cuestión de si este procedimiento de creación de grupos de casos no sería demasiado rígido y unidireccional. Los grupos de casos podrían percibirse como una figura superpuesta al ordenamiento jurídico propio. Pero, ¿acaso no debe realizarse la armonización precisamente por consenso?

Sería razonable, pues, que el Tribunal Europeo, en lugar de grupos de casos concretos, tejiese un hilo conductor para la concretización de determinadas cláusulas generales concretas. Este hilo conductor podría mostrar de inmediato hasta qué punto existe ya un consenso entre todos los ordenamientos jurídico-privados. De él podrían derivarse ciertas exigencias mínimas para el tratamiento de las cláusulas generales. Esto podría facilitar el control central de la aplicación de las cláusulas generales y, al mismo tiempo, poner a los tribunales nacionales en situación de atender las especialidades nacionales en el marco de ese hilo conductor. Estas especialidades nacionales podrían ablandarse progresivamente si los tribunales de los Estados miembros reconocen las costumbres típicamente nacionales como tales a través del trabajo comparativo, y luego reflexionan sobre ellas. Aquí es donde podría ser fructífero el diálogo constante con la ciencia jurídica. Estos intercambios de impresiones podrían allanar el terreno para que el Tribunal Europeo siguiera ensanchando el consenso básico desarrollado por él con respecto a la aplicación de determinadas cláusulas generales.

Tal modo escalonado de armonización jurídica correría menos riesgos de sentirse como un cuerpo extraño y, como consecuencia, sería un proceso autoexpansivo capaz de generar un consenso más amplio a largo plazo.

Traducción: F. J. ANDRÉS SANTOS
Valladolid

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

ACUERDO EEE

1. *Vid. DOUE, L, núm. 133, de 26 de mayo de 2005.*

CONSUMIDORES

2. **Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, 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, L, núm. 149, de 11 de junio de 2005.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

3. **Reglamento (CE) núm. 603/2005, del Consejo, de 12 de abril de 2005, por el que se modifican las listas de los procedimientos de insolvencia, los procedimientos de liquidación y los síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia. DOUE, L, núm. 100, de 20 de abril de 2005.**
4. **Modificaciones del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia. DOUE, L, núm. 203, de 4 de agosto de 2005.**
5. **Decisión de la Comisión, de 26 de agosto de 2005, por la que se establece un formulario para la transmisión de las solicitudes de justicia gratuita en aplicación de la Directiva 2003/8/CE, del Consejo. DOUE, L, núm. 225, de 31 de agosto de 2005.**

PROPIEDAD INDUSTRIAL

6. **Reglamento (CE) núm. 1041/2005, de la Comisión, de 29 de junio de 2005, que modifica el Reglamento (CE) núm. 2868/95, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) núm. 40/94, del Consejo, sobre la marca comunitaria. *DOUE*, L, núm. 172, de 5 de julio.**

PROPIEDAD INTELECTUAL

7. **Declaración de la Comisión sobre el artículo 2 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. *DOUE*, L, núm. 094, de 13 de abril de 2005.**

SEGUROS

8. **Directiva 2005/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE, del Consejo, y la Directiva 2000/26/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles. *DOUE*, L, núm. 149, de 11 de junio de 2005.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS, PREGUNTAS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

CONSUMIDORES

9. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la política de los consumidores tras la ampliación de la Unión Europea. *DOUE*, C, núm. 221, de 8 de septiembre de 2005.**

CUESTIÓN PREJUDICIAL

10. **Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales. *DOUE*, C, núm. 143, de 11 de junio de 2005.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

11. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 17 de marzo de 2005, solicitado por el Consejo de la Unión Europea, acerca de una propuesta de decisión del Consejo relativa a la firma del Convenio de La Haya sobre la legislación aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario [COM (2003) 783 final]. *DOUE*, C, núm. 081, de 2 de abril de 2005.**

12. **Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo y al Consejo Europeo sobre el futuro del espacio de libertad, seguridad y justicia y sobre las condiciones para reforzar la legitimidad y la eficacia del mismo (2004/2175/INI). DOUE, C, núm. 166 E, de 7 de julio de 2005.**
13. **Convenio relativo a la adhesión de la República Checa, de la República de Estonia, de la República de Chipre, de la República de Letonia, de la República de Lituania, de la República de Hungría, de la República de Malta, de la República de Polonia, de la República de Eslovenia y de la República Eslovaca al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, así como a los Protocolos Primero y Segundo relativos a su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. DOUE, C, núm. 169, de 8 de julio de 2005.**
14. **Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea. DOUE, C, núm. 198, de 12 de agosto de 2005.**
15. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo [COM (2004) 173 final/3-2004/0055 (COD)]. DOUE, C, núm. 221, de 8 de septiembre de 2005.**

PROPIEDAD INDUSTRIAL

16. **Posición Común (CE) núm. 20/2005, de 7 de marzo de 2005, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador. DOUE, C, núm. 144 E, de 14 de junio de 2005.**
17. **Información sobre la fecha a partir de la cual serán aplicables los apartados 11 a 14, 21, 23 a 26, 32, 33 y 36 del artículo 1 del Reglamento (CE) núm. 422/2004, del Consejo, de 19 de febrero de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 40/94, sobre la marca comunitaria. DOUE, C, núm. 163, de 5 de julio de 2005.**

PROPIEDAD INTELECTUAL

18. **Estrategia para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual en terceros países. DOUE, C, núm. 129, de 26 de mayo de 2005.**

19. **Comunicación publicada de conformidad con el artículo 27, apartado 4, del Reglamento (CE) núm 1/2003, del Consejo, en los asuntos COMP/C2/39152 -BUMA y COMP/C2/39151 SABAM (Acuerdo de Santiago - COMP/C2/38126). DOUE, C, núm. 200, de 17 de agosto de 2005.**

SOCIEDADES

20. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 31 de mayo de 2005, solicitado por el Consejo de la Unión Europea acerca de una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a estadísticas comunitarias sobre la estructura y la actividad de las filiales extranjeras [COM (2005) 88 final; CON/2005/16]. DOUE, C, núm. 144, de 14 de junio de 2005.**

TRANSPORTE INTERNACIONAL

21. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros internacionales de ferrocarril [COM (2004) 143 final - 2004/0049 (COD)]. DOUE, C, núm. 221, de 8 de septiembre de 2005.**
22. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las indemnizaciones por incumplimiento de los requisitos contractuales de calidad en los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril [COM (2004) 144 final-2004/0050 (COD)]. DOUE, C, núm. 221, de 8 de septiembre de 2005.**

VALORES

23. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Compensación y liquidación en la Unión Europea. El camino a seguir [COM (2004) 312 final)]. DOUE, C, núm. 221, de 8 de septiembre de 2005.**

II. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

CONSUMIDORES

24. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 10 de marzo de 2005, en el asunto C-336/03 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division]: *easyCar (UK) Ltd. contra Office of Fair Trading*. Protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Directiva 97/7/CE. Contratos de suministro de servicios de**

transporte. Concepto. Contratos de alquiler de vehículos. DOUE, C, núm. 115, de 14 de mayo de 2005.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

25. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 15 de febrero de 2005, en el asunto C-12/03 P, Comisión de las Comunidades Europeas contra Tetra Laval BV. Recurso de casación. Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara incompatible con el mercado común una concentración de tipo «conglomerado». Apalancamiento. Alcance del control judicial. Elementos que deben tomarse en consideración. Compromisos de comportamiento. DOUE, C, núm. 082, de 2 de abril de 2005.**
26. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 31 de mayo de 2005, en el asunto C-53/03. Petición de decisión prejudicial planteada por el Epitropi Antagonismou: Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) y otros contra GlaxoSmithKline plc, y otros. Admisibilidad. Concepto de órgano jurisdiccional nacional. Abuso de posición dominante. Negativa a suministrar a los comerciantes mayoristas productos farmacéuticos. Comercio paralelo. DOUE, C, núm. 182, de 23 de julio de 2005.**
27. **Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 25 de mayo de 2005, en el asunto T-443/03: Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, S. A. (Retecal) y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Concentraciones. Denuncia relativa a un supuesto incumplimiento de las autoridades españolas. Decisión de archivar la denuncia. Inadmisibilidad. DOUE, C, núm. 193, de 6 de agosto de 2005.**
28. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 28 de junio de 2005, en los asuntos acumulados C-189/02P, C-202/02 P, C-205/02P a C-208/02 P y C-213/02P: Dansk Rørindustri A/S y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas y otros. Recurso de casación. Competencia. Tubos de calefacción urbana (tubos preaislados). Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 81 CE, apartado 1). Práctica colusoria. Boicot. Multas. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Irretroactividad. Confianza legítima. Legalidad. Comunicación sobre la cooperación. Obligación de motivación. DOUE, C, núm. 205, de 20 de agosto de 2005.**
29. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de junio de 2005, en el asunto T-171/02, Regione autonoma della Sardegna contra Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Régimen de ayudas a la reestructuración de pequeñas empresas agrícolas. Ayudas que afectan a los intercambios entre Estados miembros y falsean o amenazan falsear la competencia. Directrices para las ayudas de Estado al salvamento y a la reestructuración de las empresas en crisis. Decisión condicional. Plazos aplicables al procedimiento de control de las ayudas de Estado. Protección de la**

confianza legítima. Motivación. Intervención. Pretensiones, motivos y alegaciones de la coadyuvante. DOUE, C, núm. 205, de 20 de agosto de 2005.

30. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de junio de 2005, en los asuntos acumulados T-71/03, T-74/03, T-87/03 y T-91/03, *Tokai Carbon Co. Ltd.* y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Prácticas colusorias. Mercados de los grafitos especiales. Fijación de precios. Imputabilidad. Cálculo del importe de las multas. Acumulación de sanciones. Obligación de motivación. Derechos de defensa. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Aplicabilidad. Gravedad y duración de la infracción. Circunstancias atenuantes. Circunstancias agravantes. Capacidad contributiva. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Modalidades de pago. DOUE, C, núm. 205, de 20 de agosto de 2005.**
31. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de junio de 2005, en el asunto T-349/03, *Corsica Ferries France SAS* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Recurso de anulación. Ayuda a la reestructuración. Decisión por la que se declara la ayuda compatible con el mercado común. Directrices de la Comisión. Obligación de motivación. Cumplimiento de las condiciones. Carácter mínimo de la ayuda. DOUE, C, núm. 205, de 20 de agosto de 2005.**
32. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 14 de julio de 2005, en el asunto C-57/02 P: *Compañía española para la fabricación de aceros inoxidables, S. A. (Acerinox)* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación. Tratado CECA. Prácticas colusorias. Extra de aleación. Paralelismo de comportamientos. Reducción del importe de la multa. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Derecho de defensa. DOUE, C, núm. 217, de 3 de septiembre de 2005.**
33. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 14 de julio de 2005, en los asuntos acumulados C-65/02 P y C-73/02 P: *ThyssenKrupp Stainless GmbH* y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas. Recursos de casación. Tratado CECA. Prácticas colusorias. Extra de aleación. Reducción del importe de la multa. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Imputabilidad de la infracción. Derecho de defensa. DOUE, C, núm. 217, de 3 de septiembre de 2005.**
34. **Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 20 de junio de 2005, en el asunto T-361/02, *Deutsche Bahn AG* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Denuncia de un competidor. Recurso por omisión. Definición de postura. Inadmisibilidad manifiesta. DOUE, C, núm. 217, de 3 de septiembre de 2005.**

DERECHOS FUNDAMENTALES

35. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 21 de abril de 2005, en el asunto C-186/04 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État): Pierre Housieaux contra Délégués du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale Directiva 90/313/CEE. Libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente - Solicitud de información. Obligación de motivación en caso de denegación. Plazo imperativo. Silencio de una autoridad pública durante el plazo establecido para resolver. Denegación presunta. Derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.** *DOUE*, C, núm. 171, de 9 de julio de 2005.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

36. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 1 de marzo de 2005, en el asunto C-281/02 [petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England and Wales) Civil Division (Reino Unido)]: Andrew Owusu contra N. B. Jackson, que actúa con el nombre comercial Villa Holidays Bal-Inn Villas y otros Convenio de Bruselas. Ámbito de aplicación territorial del Convenio de Bruselas. Artículo 2. Competencia. Accidente ocurrido en un Estado tercero. Daños corporales. Acción ejercitada en un Estado contratante contra una persona domiciliada en dicho Estado y contra otros demandados domiciliados en un Estado tercero. Excepción de *forum non conveniens*. Incompatibilidad con el Convenio de Bruselas.** *DOUE*, C, núm. 106, de 30 de abril de 2005
37. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 28 de abril de 2005, en el asunto C-104/03. Petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof te Amsterdam: St. Paul Dairy Industries NV contra Unibel Exser BVBA Convenio de Bruselas. Medidas provisionales o cautelares. Examen de testigos.** *DOUE*, C, núm. 171, de 9 de julio de 2005.
38. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 12 de mayo de 2005, en el asunto C-112/03. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'Appel de Grenoble: Société financière et industrielle du Peloux contra Axa Belgium e.a. Convenio de Bruselas. Competencia en materia de contratos de seguros. Prórroga de competencia acordada entre un tomador de seguro y un asegurador que tienen domicilio en el mismo Estado contratante. Oponibilidad de la cláusula de atribución de la competencia al asegurado que no ha aceptado dicha cláusula. Asegurado que tiene su domicilio en otro Estado contratante.** *DOUE*, C, núm. 182, de 23 de julio de 2005.
39. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 26 de mayo de 2005, en el asunto C-77/04. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de Cassation): Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne y otros contra Zurich España y Société pyrénéenne de transit d'automobiles (Soptrans). Convenio**

de Bruselas. Petición de interpretación del artículo 6, número 2, y de lo dispuesto en la sección 3 del título II. Competencia en materia de seguros. Demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en un litigio entre aseguradores. Situación de acumulación de seguros. *DOUE*, C, núm. 182, de 23 de julio de 2005.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

40. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de febrero de 2005, en el asunto T-169/02, *Cervecería Modelo, S. A. de C. V. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior* (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa una botella de cerveza que incluye el elemento denominativo «negra modelo». Marca figurativa nacional anterior «Modelo». Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 093, de 16 de abril de 2005.**
41. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de febrero de 2005, en el asunto T-296/02: *Lidl Stiftung & Co. KG, contra Oficina de Armonización del Mercado Interior* (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Oposición. Riesgo de confusión. Solicitud de marca comunitaria denominativa LINDENHOF. Marca denominativa y gráfica anterior LINDERHOF. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 093, de 16 de abril de 2005.**
42. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 1 de febrero de 2005, en el asunto T-57/03, *Société provençale d'achat et de gestion (SPAG) SA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior* (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa HOOLIGAN. Marcas denominativas anteriores OLLY GAN. Elementos de hecho o de Derecho no presentados ante la OAMI. Admisibilidad. Riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 093, de 16 de abril de 2005.**
43. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 1 de marzo de 2005, en el asunto T-169/03, *Sergio Rossi SpA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior* (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marcas denominativas nacional e internacional MISS ROSSI. Solicitud de marca denominativa comunitaria SISSI ROSSI. Similitud de productos. Similitud de signos. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 106, de 30 de abril de 2005.**
44. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 1 de marzo de 2005, en el asunto T-185/03, *Vincenzo Fusco contra Oficina de Armonización del Mercado Interior* (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca**

- comunitaria denominativa ENZO FUSCO. Marca anterior comunitaria denominativa ANTONIO FUSCO. Riesgo de confusión. Similitud de signos. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 106, de 30 de abril de 2005.
45. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de marzo de 2005, en el asunto T-32/03, *Leder & Schuh AG* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marca nacional denominativa anterior «Schuhpark». Solicitud de la marca comunitaria denominativa «JELLO SCHUHPARK». Motivo de denegación relativo. Denegación parcial de registro. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 115, de 14 de mayo de 2005.
46. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 9 de marzo de 2005, en el asunto T-33/03, *Osotspa Co. Ltd.* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marcas gráficas anteriores nacional y comunitaria SHARK. Solicitud de marca comunitaria denominativa Hai. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 115, de 14 de mayo de 2005.
47. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 21 de abril de 2005, en el asunto T-269/02, *PepsiCo, Inc.*, contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa RUFFLES. Marca nacional anterior RIFFELS. Marca nacional aún más antigua RUFFLES. Coexistencia y equivalencia entre las marcas nacionales y las marcas comunitarias. *DOUE*, C, núm. 155, de 25 de junio de 2005.
48. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 20 de abril de 2005, en el asunto T-273/02, *Krüger GmbH & Co. KG* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria CALPICO. Marca nacional anterior CALYPSO. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. Derecho a ser oído). *DOUE*, C, núm. 155, de 25 de junio de 2005.
49. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de abril de 2005, en el asunto T-353/02, *Duarte y Beltrán, S. A.*, contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria INTEA. Marcas denominativas anteriores nacionales INTESA. Denegación de registro. Motivo de denegación relativo. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 155, de 25 de junio de 2005.
50. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 21 de abril de 2005, en el asunto T-164/03, *Ampafrance S. A* contra Oficina de Armoniza-

- ción del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria gráfica que contiene el elemento denominativo «monBe-Bé». Marcas denominativas anteriores bebe. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94). *DOUE*, C, núm. 155, de 25 de junio de 2005.
51. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 20 de abril de 2005, en el asunto T-211/03, *Faber Chimica Srl* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Solicitud de marca figurativa Faber. Oposición del titular de las marcas nacionales denominativa y figurativas NABER. Denegación de registro). *DOUE*, C, núm. 155, de 25 de junio de 2005.
52. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de abril de 2005, en el asunto T-260/03, *Colltech R & D Ltd.* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Marca denominativa CELLTECH. Motivos de denegación absolutos. Carácter distintivo. Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 155, de 25 de junio de 2005.
53. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de abril de 2005, en el asunto T-286/03, *The Gillette Company* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria gráfica RIGHT GUARD XTREME sport. Marca gráfica nacional anterior WILKINSON SWORD XTREME III. Riesgo de confusión. Denegación de registro. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94). *DOUE*, C, núm. 155, de 25 de junio de 2005.
54. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 20 de abril de 2005, en el asunto T-318/03: *Atomic Austria GmbH* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Marca denominativa ATOMIC BLITZ. Oposición del titular de las marcas denominativas nacionales ATOMIC. Prueba de la renovación del registro de la marca anterior. Alcance del examen de la OAMI. Desestimación de la oposición. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 155, de 25 de junio de 2005.
55. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de mayo de 2005, en los asuntos acumulados T-160/02 a T-162/02: *Naipes Heracio Fournier, S. A.*, contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de anulación. Artículo 51, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. Marca figurativa que contiene la representación de una espada de una baraja. Marca figurativa que contiene la representación de un caballo de bastos de una baraja. Marca figurativa que contiene la representación de un rey de espadas de una

- baraja. Motivos de denegación absolutos. Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 171, de 9 de julio de 2005.
56. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 4 de mayo de 2005, en el asunto T-359/02, *Chum Ltd.* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Marca denominativa STAR TV. Oposición del titular de la marca figurativa internacional STAR TV. Denegación de registro. *DOUE*, C, núm. 171, de 9 de julio de 2005.
57. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de mayo de 2005, en el asunto T-31/03, *Grupo Sada, pa, S. A.* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca figurativa comunitaria que contiene el elemento denominativo «GRUPO SADA». Marca figurativa nacional anterior que contiene el elemento denominativo «sadia». Denegación parcial del registro. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 171, de 9 de julio de 2005.
58. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de mayo de 2005, en el asunto T-390/03, *CM Capital Markets Holding, S. A.*, contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marca figurativa anterior que contiene la expresión «capital markets CM». Solicitud de marca comunitaria figurativa que contiene el elemento «CM». Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 171, de 9 de julio de 2005.
59. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 4 de mayo de 2005, en el asunto T-22/04, *Reemark Gesellschaft für Markenkooperation GmbH* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria Westlife. Marca nacional anterior West. Riesgo de confusión. Similitud entre los signos. *DOUE*, C, núm. 171, de 9 de julio de 2005.
60. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 25 de mayo de 2005, en el asunto T-352/02, *Creative Technology Ltd.* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa PC WORKS. Marca figurativa nacional anterior W WORK PRO. Denegación de registro. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 182, de 23 de julio de 2005.
61. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 25 de mayo de 2005, en el asunto T-67/04, *Spa Monopole, compagnie fermière de Spa SA/NV* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria SPA-FINDERS.

Marcas denominativas nacionales anteriores SPA y LES THERMES DE SPA. Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 182, de 23 de julio de 2005.

62. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 7 de junio de 2005, en el asunto T-303/03, *Lidl Stiftung* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa Salvita. Marca denominativa anterior SOLEVITA. Prueba del uso de la marca nacional anterior. Desestimación de la oposición. DOUE, C, núm. 193, de 6 de agosto de 2005.**
63. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de junio de 2005, en el asunto T-315/03: Hans-Peter Wilfer contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Marca denominativa ROCKBASS. Motivos de denegación absolutos. Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. Examen de oficio de los hechos por la Sala de Recurso. No consideración de elementos aportados por el recurrente. Artículo 74, apartados 1 y 2, del Reglamento núm. 40/94. DOUE, C, núm. 193, de 6 de agosto de 2005.**
64. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 7 de junio de 2005, en el asunto T-316/03: *Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Signo denominativo MunichFinancialServices. Motivo de denegación absoluto. Carácter descriptivo. Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 193, de 6 de agosto de 2005.**
65. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 31 de mayo de 2005, en el asunto T-373/03: *Solo Italia Srl* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Marca denominativa PARMITALIA. Plazo de recurso contra la resolución de la División de Oposición. Artículo 59 del Reglamento (CE) núm 40/94. Regla 48 del Reglamento (CE) núm. 2868/95. Inadmisibilidad de dicho recurso. DOUE, C, núm. 193, de 6 de agosto de 2005.**
66. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 7 de junio de 2005, en el asunto T-303/03, *Lidl Stiftung* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa Salvita. Marca denominativa anterior SOLEVITA. Prueba del uso de la marca nacional anterior. Desestimación de la oposición»). DOUE, C, núm. 193, de 6 de agosto de 2005.**
67. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de junio de 2005, en el asunto T-315/03: Hans-Peter Wilfer contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Marca denominativa ROCKBASS. Motivos de denegación absolutos. Artículo 7, apartado 1, letra c), del Regla-**

- mento (CE) núm. 40/94. Examen de oficio de los hechos por la Sala de Recurso. No consideración de elementos aportados por el recurrente. Artículo 74, apartados 1 y 2, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 193, de 6 de agosto de 2005.
68. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 7 de junio de 2005, en el asunto T-316/03: *Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Signo denominativo MunichFinancialServices. Motivo de denegación absoluto. Carácter descriptivo. Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 193, de 6 de agosto de 2005.
69. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 31 de mayo de 2005, en el asunto T-373/03: *Solo Italia Srl* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Marca denominativa PARMITALIA. Plazo de recurso contra la resolución de la División de Oposición. Artículo 59 del Reglamento (CE) núm. 40/94. Regla 48 del Reglamento (CE) núm. 2868/95. Inadmisibilidad de dicho recurso. *DOUE*, C, núm. 193, de 6 de agosto de 2005.
70. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 30 de junio de 2005, en el asunto C-286/04 P, *Eurocermex S. A.*, contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Recurso de casación. Marca comunitaria. Artículo 7, apartados 1, letra b), y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. Forma tridimensional de una botella de cuello largo en el que está incrustada una rodaja de limón. Motivo de denegación absoluto. Carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 205, de 20 de agosto de 2005.
71. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de junio de 2005, en el asunto T-7/04, *Shaker di L. Laudato & C. Sas* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Solicitud de marca comunitaria figurativa Limoncello della Costiera Amalfitana shaker. Marca nacional denominativa anterior LIMONCHELO. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 205, de 20 de agosto de 2005.
72. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 22 de junio de 2005, en el asunto T-19/04, *Metso Paper Automation Oy* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria - Marca denominativa PAPERLAB. Motivo absoluto de denegación de registro. Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. Signo descriptivo. *DOUE*, C, núm. 205, de 20 de agosto de 2005.
73. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 22 de junio de 2005, en el asunto T-34/04, *plus Warenhandelsgesellschaft GmbH* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Solicitud de marca comuni-

- taria figurativa que incluye el elemento denominativo «Turkish Power». Marca denominativa anterior POWER. Procedimiento de oposición. Posible riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 205, de 20 de agosto de 2005.
74. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de junio de 2005, en el asunto T-186/04: *Spa Monopole, compagnie fermière de Spa* SA/NV contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria SPA-FORM. Marcas denominativas anteriores SPA y SPA THERMES. Desestimación parcial de la oposición. Regla 18, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95. *DOUE*, C, núm. 205, de 20 de agosto de 2005.
75. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 7 de julio de 2005, en el asunto C-418/02 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundespatentgericht): *Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte AG*. Marcas. Directiva 89/104/CEE. Marcas de servicios. Registro. Servicios prestados en el marco del comercio al por menor. Precisión del contenido de los servicios. Similitud entre los servicios de que se trata y otros servicios o productos. *DOUE*, C, núm. 217, de 3 de septiembre de 2005.
76. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 28 de junio de 2005, en el asunto T-301/03, *Canali Ireland Ltd* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Marca figurativa CANAL JEAN CO. NEW YORK. Oposición del titular de la marca denominativa nacional CANALI. Riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 217, de 3 de septiembre de 2005.
77. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 7 de julio de 2005, en el asunto T-385/03, *Miles Handelsgesellschaft International* GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca figurativa comunitaria que incluye el elemento denominativo «Biker Miles». Marca denominativa comunitaria anterior MILES. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 217, de 3 de septiembre de 2005.
78. Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 28 de junio de 2005, en el asunto T-158/04, *Erich Drazdansky* contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), OAMI. Marca comunitaria. Solicitud de marca denominativa comunitaria «UUP'S». Marcas denominativas nacionales anteriores UP. Desestimación de la petición de *restitutio in integrum*. Artículo 78, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94. Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno. *DOUE*, C, núm. 217, de 3 de septiembre de 2005.

PROPIEDAD INTELECTUAL

79. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 27 de enero de 2005, en el asunto C-59/04: Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa. 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 fijado.** *DOUE*, C, núm. 082, de 2 de abril de 2005.
80. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 28 de abril de 2005, en el asunto C-31/04: Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España. 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. 171, de 9 de julio de 2005.
81. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 12 de mayo de 2005, en el asunto C-347/03 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale amministrativo regionale del Lazio): Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia y Agenzia regionale per lo sviluppo rurale (ERSA) contra Ministero delle Politiche Agricole e Forestali. Relaciones exteriores. Acuerdo CE-Hungría sobre la protección y el control recíprocos de las denominaciones de los vinos. Protección en la Comunidad de una denominación de varios vinos originarios de Hungría. Indicación geográfica «Tokaj». Canje de notas. Posibilidad de utilizar el término «Tocai» en la expresión «Tocai friulano» o «Tocai italiano» para la designación y presentación de algunos vinos italianos, en particular vinos de calidad producidos en regiones determinadas (veprd), durante un período transitorio que expira el 31 de marzo de 2007. Exclusión de esta posibilidad una vez finalizado el período transitorio. Validez. Base jurídica. Artículo 133 CE. Principios del Derecho internacional relativos a los Tratados. Artículos 22 a 24 del Acuerdo ADPIC. Protección de los derechos fundamentales. Derecho de propiedad.** *DOUE*, C, núm. 182, de 23 de julio de 2005.
82. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 30 de junio de 2005, en el asunto C-28/04 (petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Paris): Tod's SpA, Tod's France SARL contra Heyraud S. A. Igualdad de trato. Principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Derecho de autor y derechos afines.** *DOUE*, C, núm. 205, de 20 de agosto de 2005.
83. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 14 de julio de 2005, en el asunto C-192/04 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation): Lagardère Active Broadcast contra Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) y otros. Derechos de autor y derechos afines. Radiodifusión de fonogramas. Canon equitativo.** *DOUE*, C, núm. 217, de 3 de septiembre de 2005.

QUIEBRA

84. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 17 de marzo de 2005, en el asunto C-294/02: Comisión de las Comunidades Europeas contra AMI Semiconductor Belgium BVBA y otros. Cláusula compromisoria. Designación del Tribunal de Primera Instancia. Competencia del Tribunal de Justicia. Partes en liquidación. Capacidad procesal. Reglamento (CE) núm. 1346/2000. Procedimientos de insolvencia. Recuperación de anticipos. Reembolso en virtud de una cláusula contractual. Responsabilidad solidaria. Repetición de lo indebido.** *DOUE*, C, núm. 143, de 11 de junio de 2005.

SEGUROS

85. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 30 de junio de 2005, en el asunto C-537/03 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus): Katja Candolin y otros contra Vahinkovakuutusosakeyhtiö Pohjola y otros. Seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos. Directivas 84/5/CEE y 90/232/CEE. Régimen de responsabilidad civil. Participación del ocupante en la producción del daño. Denegación o limitación del derecho a una indemnización.** *DOUE*, C, núm. 205, de 20 de agosto de 2005.

SERVICIOS A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

86. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 2 de junio de 2005, en el asunto C-89/04. (petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State): Mediakabel BV contra Commissariaat voor de Media. Directiva 89/552/CEE. Artículo 1, letra a). Servicios de radiodifusión televisiva. Ámbito de aplicación. Directiva 98/34/CE. Artículo 1, apartado 2. Servicios de la sociedad de la información. Ámbito de aplicación.** *DOUE*, C, núm. 182, de 23 de julio de 2005.

TRANSPORTES

87. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 2 de junio de 2005, en el asunto C-266/03: Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo. Incumplimiento de Estado. Negociación, firma, ratificación y puesta en vigor de acuerdos bilaterales por un Estado miembro. Transportes de mercancías o personas por vía navegable. Competencia externa de la Comunidad. Artículo 10 CE. Reglamentos (CEE) núm. 3921/91 y (CE) núm. 1356/96.** *DOUE*, C, núm. 182, de 23 de julio de 2005.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CASTILLA BAREA, Margarita: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, ed. Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, 2005, 320 pp.

Se aborda aquí el estudio del régimen jurídico derivado de la reciente Ley 23/2003, de 11 de julio, de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo (en adelante: LGVBC o Ley de Garantías), que ha transpuesto al ordenamiento jurídico español la Directiva 1999/44/CE. El objeto del estudio se centra en la garantía legal derivada de la compraventa de bienes de consumo o, por utilizar la expresión del Código civil, en la responsabilidad por saneamiento de la cosa vendida. A juicio de la autora, ambas expresiones: «saneamiento» y «garantía legal», hacen referencia a la regulación de un mismo régimen jurídico.

En realidad, desde las primeras páginas de la obra, Castilla Barea mantiene que la finalidad de la Ley mencionada no es la de buscar la protección del consumidor, sino favorecer una competencia leal entre los comerciantes así como la realización del mercado interior. Las numerosas oportunidades que el legislador español ha desperdiciado para incrementar el grado de protección al consumidor, así como la propia dispersión, pluralidad normativa y complejidad del régimen jurídico de las compraventas de bienes de consumo, avalan su tesis. Además, no se ha tratado de integrar la transposición de la Directiva 1999/44/CE al ordenamiento español teniendo en cuenta la normativa existente con anterioridad. Sencillamente se ha yuxtapuesto una nueva Ley de incorporación de la Directiva sin precisar su relación con el resto de normas.

Nuestro propósito en las líneas que siguen es ofrecer una visión panorámica de las aportaciones de la autora y, en alguna medida, valorar las interesantes y bien fundadas conclusiones a las que llega tras su estudio de la garantía legal del nuevo régimen jurídico de compraventa. La obra consta de una introducción y de dos partes perfectamente diferenciadas:

- 1) En la primera de ellas se analiza el *supuesto de hecho* que da lugar a la responsabilidad del vendedor derivada de la falta de conformidad del bien con el contrato. La composición de los cinco capítulos que integran esta parte estructuran la obra de un modo muy sistemático y facilitan su lectura. Tras la exposición de las ideas generales sobre el supuesto de hecho, se realiza un análisis comparativo entre el concepto de «vicio redhibitorio» derivado del artículo 1484 CC y el de «falta de conformidad». El tercer capítulo se dedica a dilucidar cómo debe determinarse la falta de conformidad

del bien con el contrato, estudiando, por supuesto, cada uno de los criterios de determinación de la conformidad incluidos en el artículo 3.1 de la Ley de Garantías. El siguiente epígrafe recoge los caracteres que ha de reunir la falta de conformidad para dar lugar a la responsabilidad del vendedor. Se relacionan los requisitos exigidos por el Código civil para la responsabilidad por saneamiento de la cosa vendida y los necesarios para dar lugar a la misma responsabilidad según la Ley de Garantías. Veremos cómo de tal comparación la autora llega a las conclusiones que ya adelantábamos más arriba. El último capítulo tan sólo recoge una recopilación de las valoraciones realizadas hasta ese momento cuya enumeración expondremos más adelante.

2) La segunda parte del trabajo se dedica a las *consecuencias jurídicas* que se derivan de la consumación de la falta de conformidad. Cuatro son los pilares sobre los que se construye: *a)* el estudio del plazo de manifestación de la falta de conformidad; *b)* la preceptiva denuncia exigida al consumidor como presupuesto del ejercicio de los derechos derivados de la falta de conformidad; *c)* análisis de los medios jurídicos que la nueva LGVBC pone a disposición del consumidor tras la manifestación del defecto del bien y, finalmente, *d)* la acción directa del consumidor frente al productor y la responsabilidad por vía de regreso. La obra se cierra con una serie de consideraciones finales que constituyen una valoración personal de la autora respecto del nuevo régimen jurídico estudiado. La crítica se articula en base a la heterogeneidad de la nueva regulación respecto del resto del ordenamiento jurídico, la excesiva complejidad del régimen jurídico configurado y el escaso incremento de protección al consumidor en la Ley de Garantías.

Precisamente, la crítica de Castilla Barea en torno a la insuficiente protección del consumidor en el nuevo régimen jurídico de compraventa tiene su punto de partida en la semejanza existente entre dicho régimen y el tradicional recogido en el Código civil. Dicho de otro modo: *no puede afirmarse que la nueva Ley de Garantías haya supuesto un gran incremento en el grado de protección al consumidor frente al vendedor en la compraventa* sino que, por el contrario, el nuevo régimen es, en gran medida, semejante a la responsabilidad derivada del saneamiento por vicios ocultos del Código civil. En realidad, las leves diferencias entre ambos regímenes en poco benefician al consumidor. Precisamente, una de ellas reside en que mientras en el régimen codicil la responsabilidad por saneamiento se considera una obligación del vendedor según el artículo 1461 CC (junto con la obligación de entrega), la falta de conformidad es entendida como un incumplimiento contractual que a pesar de no tener las mismas consecuencias jurídicas que el contenido en el Código civil, comparte con él su naturaleza jurídica. El supuesto de hecho que separa el incumplimiento codicil con el propio de la Ley de Garantías es la entrega del bien. El consumidor sólo puede alegar «disconformidad» con lo pactado (en el sentido de la LGVBC), tras la entrega, esto es, si rechaza el bien por considerar que no es conforme, no podrá pretender la aplicación de la LGVBC. En tal caso, tan sólo podrá acudir a los preceptos del Código civil.

Lo primero que hace Castilla Barea es analizar el nuevo concepto de «falta de conformidad». Tras definirlo como la «exacta correspondencia, adecuación o identidad entre la prestación prevista en el programa contractual y la efectivamente ejecutada por el deudor-vendedor», concluye que se trata de una noción más amplia que la de «vicio redhibitorio» recogido en el

artículo 1484 CC. El motivo es que la Ley de Garantías a diferencia de lo que sucede en el régimen codicial no exige que el defecto disminuya las posibilidades de uso del bien. En definitiva, cualquier falta de conformidad podrá ser alegada por el consumidor con independencia de su gravedad, esto es, aunque resulte de escasa importancia.

¿Cómo se determina la falta de conformidad del bien con el contrato? Castilla Barea, en consonancia con la propia definición de «conformidad» ofrecida, recuerda que lo primero que debe observarse a la hora de dilucidar si existe o no falta de conformidad es el propio acuerdo de las partes. Si el programa prestacional pactado por los contratantes coincide con la prestación efectivamente realizada, no será necesaria la aplicación de ningún otro criterio de determinación. Sólo en caso contrario debemos acudir a los criterios recogidos en el artículo 3.1 LGVBC.

Menos obvia resulta la presunción de conformidad fijada en el citado precepto. A pesar de que la interpretación *sensu contrario* puede servirnos para determinar la falta de conformidad, si así fuese necesario, lo cierto es que la presunción de conformidad permite dos interpretaciones no igualmente tuitivas para el consumidor. La primera considera que al presumirse la conformidad, el consumidor tiene la carga de probar que el bien no es conforme al contrato, mientras que el vendedor quedaría exento de probar la conformidad del bien, que se presume. En la segunda interpretación, la presunción de conformidad se entiende en el sentido de que el consumidor tan sólo ha de alegar la inadecuación material del bien con los parámetros contenidos en los criterios legales, ante lo cual el vendedor tendría la carga de probar que se cumplen los criterios del artículo 3.1 LGVBC. Si bien la segunda interpretación es, a todas luces, la más protectora para el consumidor, el Código civil, y según parece también la actual Ley de Garantías, se decantan por la primera de ellas. Así, se pone nuevamente de manifiesto que el legislador no ha utilizado los posibles instrumentos proporcionados por la Directiva 99/44/CE para proteger al consumidor. Se demuestra además que, como en otras ocasiones, el nuevo régimen de compraventa de bienes de consumo se solapa al recogido en el Código civil.

Seguidamente se enumeran los criterios de determinación de la conformidad contenidos en el artículo 3.1 LGVBC. Los citaremos destacando las aportaciones de la autora respecto de cada uno de ellos.

1. La adecuación del bien a las descripciones del vendedor y a las cualidades de la muestra o modelo.

Castilla Barea se pregunta el sentido de la conjunción copulativa «y» en el enunciado de la norma. En principio, podría parecer que tal nexo permitiría tratar ambos elementos que componen el enunciado de un modo independiente. Lejos de mantener tal afirmación, la autora considera que deben interpretarse ambas partes de la estructura normativa de un modo complementario, toda vez que no tendría ningún sentido que las descripciones del vendedor fuesen idénticas y mucho menos que contradijesen las incluidas en la muestra o modelo. En definitiva, la función de las descripciones del vendedor no es otra que determinar hasta qué punto deben coincidir las cualidades apreciadas en la muestra o modelo con el original.

2. La adecuación de bien al uso a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo y a la calidad y prestaciones habituales que el consumidor puede esperar en un bien de tal naturaleza.

Se trata de dos criterios independientes contenidos en las letras *b*) y *d*) del artículo 3.1 LGVBC que, a juicio de Castilla Barea, podían haberse establecido en uno solo.

3. La adecuación del bien al uso requerido por el consumidor y admitido por el vendedor.

Es un criterio que tendrá su aplicación más que en los contratos de compraventa, en los de obra mueble (equiparados por la propia Ley de Garantías a las ventas de bienes de consumo). Como bien apunta Castilla Barea, resulta difícil pensar en un supuesto de adquisición de un bien para un uso especial que no se contemple específicamente en el propio contrato celebrado por las partes. Como ya hemos dicho, el acuerdo expreso de las partes hace innecesario acudir a los criterios legales de determinación de la conformidad. El sentido que la autora concede a tal presunción es la de subsanar posibles problemas de prueba en torno a la aceptación, por parte del vendedor, respecto al uso especial del bien.

4. La adecuación del bien a las características declaradas públicamente por el vendedor, el productor o su representante, especialmente en la publicidad o el etiquetado.

Se expone aquí, en primer lugar, un interesante estudio acerca de lo que debe entenderse por «declaraciones públicas» del vendedor, puesto que la «publicidad» y el «etiquetado» no agotan el concepto (tan sólo son supuestos contenidos en aquél). Tras la definición de lo que debe entenderse por publicidad se hace referencia a la distinción entre *publicidad informativa* y *publicidad meramente persuasiva*. Sólo la primera es vinculante para el vendedor en tanto que se considera generadora de expectativas en el consumidor dignas de ser defendidas. La existencia de ambos tipos de publicidad plantea la cuestión acerca de si en todo caso es vinculante para el vendedor de bienes de consumo o solamente se considera de obligado cumplimiento aquella que haya influido al consumidor en su decisión de comprar. La autora afirma que los motivos que hayan llevado al consumidor a comprar son irrelevantes. La publicidad es vinculante en cualquier caso, de ahí que la última de las excepciones contenidas en el propio apartado *d*) del artículo 3.1 LGVBC¹ no resulte, a su juicio, demasiado acertada. Y ello, porque la misma «supone adentrarse en el peligroso terreno de los motivos particulares del consumidor, de difícil demostración por parte del vendedor y de aún más difícil apreciación por los órganos judiciales».

¿Qué sucede cuando lo anunciado por la publicidad contradice las características que se derivan de la aplicación de otros criterios? La ausencia de priorización o jerarquización entre los criterios impide una solución por esta vía. Tampoco nos es útil la exigencia de que hayan de concurrir todos los

¹ La excepción del artículo 3.1.*d*) hace referencia a los casos en que la declaración pública no influyó en la decisión del consumidor a la hora de adquirir el bien de consumo.

criterios de determinación en la medida en que precisamente dichos criterios se oponen. En estos supuestos debe prevalecer el criterio de mayor concreción, esto es, el que más se base en una voluntad manifestada (*v. gr.* un uso especial frente a la publicidad).

Por su parte, el etiquetado es integrado igualmente como contenido contractual de forma que sus características, calidad, cantidad, naturaleza y otras cualidades que se deduzcan de la etiqueta forman parte de las obligaciones del vendedor. También se hace referencia a que cuando la declaración pública se realiza a través del etiquetado no son de aplicación las dos primeras exoneraciones contenidas en el precepto.

Concluido el estudio de la determinación de la falta de conformidad, se examinan comparativamente los caracteres que habría de reunir el vicio o defecto según el Código civil y los exigidos en la nueva Ley de Garantías. La necesidad de que el defecto fuese anterior a la entrega (en ambos regímenes) así como la irrelevancia de la entidad del defecto o su incidencia sobre la utilidad del bien (enunciada en la LGVBC a diferencia de lo establecido en el Código), ya han sido expuestas más arriba. Por tanto, nos centraremos en los restantes requisitos derivados de la LGVBC: 1) necesaria ignorancia o incognoscibilidad por parte del consumidor respecto a la falta de conformidad, y, 2) que dicha falta conformidad no haya tenido su origen en materiales suministrados por el consumidor.

Respecto del primero de ellos, la autora es tajante al aseverar que con la nueva Ley no se ha superado la distinción entre defectos aparentes y ocultos: «el carácter manifiesto u oculto de defecto y de la disconformidad son reconducibles, tanto en el Código civil como en la nueva Ley de Garantías, respectivamente a la cognoscibilidad o incognoscibilidad de los mismos, atendidas las circunstancias del caso». Sólo un matiz distingue ambos regímenes: el Código exigía el carácter objetivamente manifiesto u oculto de los vicios mientras que la nueva Ley hace referencia al conocimiento efectivo o exigible de la posible falta de conformidad al consumidor.

La segunda medida es una novedad en sede de compraventa toda vez que no está presente ni en la regulación de los artículos 1484 ss. CC ni en la propia Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980 (en adelante CISG). Los antecedentes de la norma se encuentran en el contrato de obra si bien el supuesto del artículo 1590 CC no es exactamente el propuesto por este requisito. Las críticas al mismo vienen por el hecho de que la exención de responsabilidad del vendedor en el caso de que el consumidor haya suministrado los materiales se limita única y exclusivamente al supuesto de mala calidad o inhabilidad de tales materiales. Al hilo de lo expuesto, se plantea el supuesto de que la falta de conformidad no provenga de la aportación de materiales, sino de otras causas imputables igualmente al consumidor (adquirente). En tales supuestos, la autora considera aceptable una aplicación extensiva de la norma aun en perjuicio del comprador (consumidor), dado que la no conformidad del bien tiene su origen en causas imputables a él mismo y no al vendedor. Apoya su tesis además en la regulación italiana de este particular contenida en el artículo 1519 ter.III CC italiano. Finalmente, el último capítulo de la primera parte de la obra se cierra con una recopilación de las conclusiones hasta ahora apuntadas, acerca de las similitudes entre régimen codicial y el contenido en la nueva Ley.

En la segunda parte de la obra, y como ya adelantábamos, se estudia el plazo de responsabilidad del vendedor ante una falta de conformidad. La

nueva Ley de Garantías establece el plazo de dos años tanto para bienes nuevos como de segunda mano, si bien para estos últimos se puede pactar un plazo más corto que nunca puede ser inferior a un año. El cómputo del plazo comienza con la entrega del bien al consumidor². Parece que el plazo de seis meses fijado en el artículo 1490 CC se ve en gran medida superado. Sin embargo, siguiendo los argumentos de Castilla Barea, creemos que *la dificultad del consumidor a la hora de probar la falta de conformidad hará que el plazo de responsabilidad del vendedor establecido en dos años sólo sea aplicable cuando la envergadura del defecto compense el coste de probar que la falta de conformidad cumple todos los requisitos exigidos*. No olvidemos que el consumidor es quien tiene la carga de probar que el bien no es conforme al contrato (art. 3.1 LGVBC). Por ello, si el consumidor compra un bien de escaso valor y deja de funcionar transcurrido un año desde la entrega, ¿cómo probará el carácter originario del defecto? Desde luego, no podrá acudir a un informe pericial puesto que el coste del mismo superaría con creces el valor del bien. Precisamente para subsanar el problema apuntado, el legislador, siguiendo las órdenes de la Directiva, presume que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega ya existían cuando la cosa se entregó (con algunas excepciones –art. 9.1, segundo párrafo, de la Ley de Garantías–). Dicha presunción exime al consumidor de la costosa actividad probatoria a la que antes hacíamos referencia, si bien sólo opera durante los seis primeros meses desde la entrega, plazo que curiosamente viene a coincidir con el virtualmente superado en el artículo 1490 CC. A nuestro juicio, *la responsabilidad del vendedor por el plazo de dos años sólo será de aplicación cuando, en términos económicos, el coste de probar su responsabilidad sea inferior al coste del valor del bien*. Con ello se destruye además, parcialmente, una de las pocas novedades introducidas en el nuevo régimen jurídico, a saber, la irrelevancia de la entidad del defecto para hacer responder al vendedor de su subsanación.

Otra de las novedades introducidas por la nueva Ley, aunque en este caso en perjuicio del consumidor, es la obligatoria denuncia de la falta de conformidad al vendedor como presupuesto del ejercicio de los derechos del consumidor. Es necesario señalar que la Directiva 99/44/CE no exigía a los legisladores de los Estados miembros la inclusión de tal obligación³, si bien el español ha querido proteger de este modo al vendedor para, según se arguye, compensar los (excesivos) derechos del consumidor. Castilla Barea define la obligación de denuncia como una carga⁴, que tiene su precedente en el ámbito mercantil (art. 342 CCO). Sin embargo, cobra sentido, precisamente, entre comerciantes o personas que desarrollan cualquier tipo de actividad empresarial.

La Convención de Viena exige al comprador de las mercaderías que comunique la falta de conformidad al vendedor (art. 39 CISG) tras el examen de los bienes al que se refiere el artículo 38 CISG. Se considera que la pericia y profesionalidad de ambas partes en la compraventa de determinados bienes permite exigirles la detección de posibles faltas de conformidad tras un examen de los bienes y comunicar dichos defectos a la otra parte en un *plazo*

² El *dies a quo* del cómputo del plazo es la entrega del bien al consumidor, presumiendo el legislador que esta tuvo lugar el día que figura en la factura o tique de compra o en el albarán de entrega si es posterior (art. 9.2 LGVBC).

³ La Ley alemana de reforma del BGB, *v. gr.* no exige el requisito de la denuncia.

⁴ Según la autora, la denuncia tiene la naturaleza jurídica de una carga.

razonable (que curiosamente se ha venido fijando jurisprudencialmente en los dos meses a los que ahora hace referencia la LGVBC).

En materia de consumidores lo que trataba de establecer la Directiva es precisamente un equilibrio entre las partes que con anterioridad no existía. Por ello, existiendo una posición de superioridad en una de las partes (vendedor) y tratando de reequilibrar a la más débil (comprador) no tiene sentido que la normativa encargada de compensar dicha desigualdad conceda ventajas a la parte más fuerte. El único beneficiado con la exigida comunicación de la falta de conformidad es el vendedor, iniciándose ahora el debate acerca de las consecuencias jurídicas para el consumidor derivadas del incumplimiento de dicha comunicación⁵. Aun así, lo verdaderamente criticable como apunta Castilla Barea, es que «un lobo como esta norma se nos presente bajo la cálida piel de cordero de la “protección de los consumidores”».

En cuanto a las acciones de que dispone el consumidor ante una falta de conformidad, la Ley establece una jerarquización de acciones. El consumidor debe acudir en primer lugar a la reparación o sustitución y sólo cuando por medio de ellas no se ha eliminado el defecto del bien, puede ejercitarse la acción de reducción de precio o resolutoria. Castilla Barea insiste en que nuevamente se trata de una medida que resulta beneficiosa para el sector comercial o productivo desde el momento en que impide resolver el contrato sin agotar antes otros remedios. Expondremos las valoraciones de la autora respecto de cada pareja de acciones.

A) Reparación y sustitución

Se trata de acciones de cumplimiento *in natura*, si bien la alternativa entre las mismas no es, como pudiera parecer, elección libre del consumidor. La Ley, en efecto, permite en principio al consumidor ejercitarse la acción que desee si bien se impone un límite, a saber, que una de las opciones resulte imposible o desproporcionada. Castilla Barea nos dice y no sin razón: «que lo que se ofrece como regla será la excepción y viceversa». En cualquier caso, la *imposibilidad* ha de ser objetiva, esto es, el vendedor sólo podrá alegar tal límite cuando, *v. gr.* habiendo elegido el consumidor la acción de sustitución, el bien haya dejado de fabricarse o sea un bien de segunda mano y por tanto único. Por su parte, la *desproporción* es otro de los límites que en este caso vienen definidos por la propia Ley. La autora recuerda que, el hecho de que una de las medidas sea económicamente más cara que la otra, no implica necesariamente que exista desproporción. Es preciso que el coste del remedio no sea razonable. El considerando 11 de la Directiva 99/44/CE nos dice que «para determinar si los gastos no son razonables, los correspondientes a una forma de saneamiento deben ser considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra». El concepto de la desproporción exige, por tanto, el establecimiento de una relación entre ambas acciones.

⁵ ¿Cuál es el efecto del incumplimiento de la denuncia ante el vendedor? ¿Pierde el consumidor sus derechos derivados de la falta de conformidad? Castilla Barea llega a la conclusión de que tanto la respuesta afirmativa como la negativa encuentran argumentos. Esta última se basa en que la Ley nada establece y no podemos realizar interpretaciones de la Ley en contra de los intereses del consumidor. La respuesta afirmativa puede fundarse en que el artículo 5.2 de la Directiva 99/44/CE exige que todo incumplimiento de una obligación tenga consecuencias jurídicas perjudiciales para quien incumple.

B) Reducción del precio y resolución del contrato

Lo más destacable respecto de estas acciones es que el consumidor no podrá ejercitar la acción resolutoria ante faltas de conformidad de escasa entidad. La determinación de cuándo una falta de conformidad tiene la entidad suficiente cómo para ejercitar tal acción dependerá de las valoraciones específicas de cada caso.

C) Acción de indemnización por daños y perjuicios

La no inclusión en el contenido de la Ley de la acción resarcitoria tiene su fundamento en el hecho de que para el legislador español la Ley de Garantías «no tiene el sentido de proteger al consumidor sino la realización del mercado interior y el favorecimiento de una leal competencia entre los comerciantes. [La ausencia de tal regulación en la Ley] produce una desmembración de la respuesta jurídica de la norma ante la falta de conformidad cuyos efectos generarán acciones distintas sujetas a plazos que pueden ser muy dispares»⁶.

En todo caso, el consumidor podría ejercitar tanto la acción indemnizatoria por daños contractuales (arts. 1101 CC, y 25 a 28 LGDCU, aunque no el art. 1486.II CC) como por extracontractuales (art. 1902 CC y Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos).

El último capítulo se dedica a la responsabilidad del productor en la Ley de Garantías. En él se analiza en primer lugar el concepto de productor. A continuación se analiza la *responsabilidad directa del productor* respecto al consumidor. Es una acción subsidiaria respecto de las ya expuestas y objetiva, quedando además limitada a la reparación o sustitución del bien. En este caso, la autora reconoce que el legislador español ha ido más allá de las exigencias de protección al consumidor de la Directiva 99/44/CE, que no contemplaba dicha acción. También se estudia la *responsabilidad por vía de regreso* cuyas características fundamentales son: bilateralidad y subjetividad. La primera significa que puede ser ejercitada tanto por el vendedor como por el productor contra el responsable de la falta de conformidad del bien. La segunda no viene determinada por la Ley de Garantías, por lo que la imputación de la responsabilidad deberá construirse doctrinal o jurisprudencialmente⁷.

Juan David SÁNCHEZ CASTRO
Universidad Autónoma de Madrid

⁶ CASTILLA BAREA, Margarita, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, ed. Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, 2005, p. 259.

⁷ CASTILLA BAREA afirma respecto de la acción de regreso que «no cabe mantener sin más la vigencia de la imputación objetiva de responsabilidad». CASTILLA BAREA, Margarita, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, ed. Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, 2005, p. 304.

PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005, 503 pp.

La intención de la presente monografía no es otra que clarificar la cuestión, polémica y en general poco analizada por la doctrina española, de la tutela aquiliana del crédito. Ciertamente constituye un mérito del autor haber dado una respuesta, tan clara como rigurosa, a los numerosos interrogantes que suscita la materia: ¿Es posible que un tercero lesione un derecho de crédito ajeno? ¿En qué casos? Dicho tercero que vulnera el derecho del acreedor, ¿responde frente a este último por los daños y perjuicios que le ha ocasionado? No querría dejar de constatar el enorme interés que me ha despertado este libro. No sólo porque en alguna ocasión he tenido la oportunidad de abordar el tema, a propósito de la eficacia que posee frente a terceros la existencia de un contrato con pacto de exclusiva, sino sobre todo por la perspectiva práctica que el autor proporciona a lo largo de sus páginas, visible sin duda en la larga lista de resoluciones judiciales del Tribunal Supremo que analiza con detenimiento. Con acierto apunta en el prólogo su maestro, el profesor Morales Moreno, que el libro constituye una magnífica sistematización de la jurisprudencia. Las resoluciones judiciales están seleccionadas con gran cuidado y el uso que hace de las mismas es impecable. Es precisamente este análisis jurisprudencial el instrumento que le ha permitido poner orden en una materia donde ni las opiniones doctrinales ni la normativa existente acababan de clarificar por completo la cuestión.

Pienso que Máximo Juan Pérez García se proponía dos objetivos iniciales, que a mi juicio ha conseguido. El primero es la realización de una tipificación de las hipótesis de lesión del derecho de crédito por un tercero. Distingue tres supuestos heterogéneos y, por consiguiente, no susceptibles de recibir un tratamiento conjunto: La lesión directa del derecho de crédito, la lesión indirecta del derecho de crédito (en ambos casos procedente de un tercero) y la vulneración del crédito por el deudor en colaboración con un tercero. En la obra el autor se ocupa con especial detenimiento de este último grupo de supuestos. Su segundo objetivo es la individualización de los criterios de imputación subjetiva de responsabilidad al tercero que lesiona el derecho de crédito ajeno. Cuando lleva a cabo el análisis de este último objetivo se agradece mucho, y no es desde luego común en los trabajos que constituyen tesis doctorales, que el autor no se adentre en el estudio pormenorizado de todos los requisitos exigidos por el artículo 1902 CC para apreciar la responsabilidad extracontractual del tercero, sino que se limita a abordar aquellos aspectos del precepto citado que presentan alguna especialidad respecto a la protección aquiliana del derecho de crédito. Ello ha contribuido a que la obra gane en agilidad e interés.

La obra se divide desde el punto de vista de su estructura en tres partes. La parte primera (pp. 39 a 123) se refiere a su vez a dos cuestiones. En primer lugar, el autor alude a los mecanismos de protección que el legislador prevé para los derechos de crédito: distingue entre acciones de responsabilidad y acciones de enriquecimiento. Es verdad que plantearse si el titular de un derecho de crédito puede exigir a un tercero la restitución del provecho que éste haya obtenido por el uso injustificado de tal derecho no es el objeto directo de la materia de estudio escogida, pero el autor considera conveniente abordarlo por su proximidad a la tutela aquiliana del derecho de crédito. Lleva a cabo tal estudio mediante la referencia a la doctrina

alemana que sí se ha ocupado con especial atención del tema. Esta primera parte de la obra también contiene el estado de la cuestión de la tutela aquiliana del crédito tanto en el Derecho comparado como en el ordenamiento español. Se aproxima al Derecho comparado mediante la clasificación de los países en dos grupos: ordenamientos donde se reconoce la tutela aquiliana del crédito (Francia, Bélgica y sobre todo Italia, país este último donde la doctrina ha profundizado mucho al respecto) y ordenamientos en los cuales se niega la protección del derecho del acreedor lesionado por un tercero (Alemania y Suiza). Dos conclusiones obtiene tras su análisis: en todos los ordenamientos el debate sobre la tutela aquiliana del crédito gira en torno a los mismos argumentos legales, esto es, al principio de la relatividad de los contratos y al ámbito de protección de las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual. Asimismo en todos los ordenamientos, incluso en aquellos donde se niega la tutela del crédito con carácter general, suelen excepcionarse los supuestos en los que el tercero que lesiona el derecho personal lo hace de forma dolosa (por ejemplo, los casos de colaboración del tercero con el deudor en la vulneración del derecho de crédito). En último lugar describe el estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico español a través del examen de los argumentos que se esgrimen en contra de la tutela aquiliana del crédito. Esta elección la justifica el autor al señalar que estos mismos argumentos son los apuntados por la doctrina que defiende la protección del derecho de crédito, pero evidentemente interpretados desde otra perspectiva. Tales argumentos se reconducen, entre otros, a los artículos 1257, 1186 y 1902 CC. Sin duda Máximo Juan Pérez, tras un estudio agudo y pormenorizado de estos preceptos, logra que el lector llegue a la convicción de que los mismos no constituyen obstáculos a la tutela aquiliana del crédito. Del artículo 1257 CC (principio de la relatividad de los contratos) ni puede deducirse que los terceros no puedan desde el punto de vista material realizar actos lesivos de los derechos de crédito ajenos ni cabe concluirse que los terceros no estén obligados a respetar los derechos personales. Lo único que establece el citado precepto es que los derechos de crédito vinculan al acreedor y al deudor en el sentido de que únicamente el acreedor puede exigir el cumplimiento de la prestación al deudor. Pero ello no significa que el acreedor no pueda dirigirse contra un tercero que haya lesionado su crédito para reclamarle una indemnización por la vía de la responsabilidad civil extracontractual. Tampoco del artículo 1186 CC derivan argumentos válidos en contra de la tutela aquiliana del crédito porque, entre otras razones, su finalidad es diferente a la del artículo 1902 CC; la finalidad del primero es evitar enriquecimientos injustos, no reparar los daños y perjuicios que la conducta de un tercero haya podido ocasionar. Además el autor apunta que el artículo 1186 CC no garantiza que todos los daños sufridos por el acreedor queden resarcidos; el acreedor sólo puede reclamar por esta vía la reparación de los daños que a su vez se han producido en la esfera del deudor, siendo posible que este último sufra exclusivamente daños patrimoniales y en cambio el acreedor también quiera reclamar daños morales, por ejemplo. Por último, tampoco del tenor literal del artículo 1902 CC cabe deducir que este precepto tenga por ámbito de aplicación derechos de carácter absoluto y no derechos de crédito; de hecho su redacción tan amplia permite afirmar que en nuestro ordenamiento rige un sistema de cláusula general o de atipicidad de los daños resarcibles.

En la parte segunda del libro, a mi juicio eje central del mismo (pp. 127 a 405), el autor lleva a cabo una tipificación de las hipótesis en que un tercero puede lesionar un derecho de crédito ajeno: lesión directa, lesión indirecta y lesión a través de la colaboración entre el deudor y un tercero. La lesión directa del derecho de crédito por tercero (pp. 133 a 138) abarca los casos en que la conducta del tercero provoca de forma directa y por sí misma la lesión del derecho de crédito ajeno, impidiendo al deudor cumplir su obligación. Desde luego el deudor carece de toda intención de lesionar el derecho de crédito; por consiguiente, la lesión no es imputable a aquél y el acreedor no puede reclamarle responsabilidad contractual. Los supuestos de lesión directa del derecho de crédito son, entre otros, la destrucción del título donde consta el crédito (así, un tercero destruye el abono comprado por A para asistir al ciclo de conciertos que se celebran en el Auditorio Nacional de Madrid), la sustracción del título (por ejemplo, un tercero hurta el cheque al portador por valor de 1.000 euros que posee en su poder A, presentándolo para su cobro en una entidad bancaria) y el cobro del crédito por un tercero aparentando ser el verdadero acreedor. En segundo lugar, en la lesión indirecta del derecho de crédito por tercero (pp. 139 a 148) la vulneración de tal derecho se produce de forma mediata: la conducta del tercero lesiona directamente un bien o un interés jurídico diferente al derecho de crédito. Con su comportamiento el tercero incide de forma primaria en la esfera del deudor y de modo secundario provoca daños en la esfera del acreedor al producirse la lesión del crédito de éste (se denomina por la doctrina daño reflejo). Ejemplos de ello son la destrucción total o parcial de la cosa debida por el acto de un tercero (A vende el coche de un famoso deportista a un coleccionista de coches de personajes famosos, pero antes de la entrega un tercero destruye el coche con la finalidad de perjudicar los intereses del acreedor) y la lesión por el tercero de los derechos de la personalidad del deudor de una obligación personalísima (un famoso pintor se compromete a pintar un retrato a B, pero un tercero, con la intención de impedir el cuadro, causa lesiones en los brazos al pintor, impidiendo que este último cumpla su obligación). Analiza, en tercer lugar, la lesión del derecho de crédito por el deudor con la colaboración del tercero (pp. 149 a 405). Son supuestos en los que el tercero facilita con su conducta que el deudor incumpla su obligación frente al acreedor. Desde luego la lesión del crédito es imputable al deudor y este último incurre en responsabilidad contractual frente al acreedor. Pero la cuestión objeto de esta monografía es si al tercero que colabora con el deudor le es también imputable la lesión del crédito ajeno, teniendo, por consiguiente, responsabilidad extracontractual por los daños y perjuicios causados al acreedor. Como el propio autor dice, la respuesta a esta cuestión no está exenta de dificultades ni puede ser uniforme para todos los casos. Se detiene primero a analizar aquellos supuestos de lesión del derecho de crédito regulados de forma expresa por el legislador y, en segundo lugar, estudia los supuestos de lesión del crédito para los que no existe regulación normativa pero sí una importante jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a ellos.

Cuáles son los supuestos de lesión del derecho de crédito tipificados en el Código civil: el fraude de acreedores, la doble venta y la venta de cosa arrendada. El autor concluye que ninguno de ellos son realmente casos de tutela aquiliana del crédito, ya que al tratarse de lesiones del derecho de crédito con regulación en el Código civil, el legislador ha querido otorgar una protección específica al derecho de crédito lesionado, distinta a la res-

ponsabilidad civil extracontractual. Ahora bien, de esta normativa singular extrae criterios que constituirán pistas para la construcción de un régimen jurídico aplicable a la tutela aquiliana del crédito. En primer lugar, el legislador prevé en el artículo 1111 *in fine* CC un mecanismo específico para hacer frente al fraude que sufre el acreedor cuando el deudor se queda en estado de insolvencia a causa de los negocios que celebra con terceros. Máximo Juan Pérez dedica especial atención al elemento subjetivo del fraude de acreedores, en concreto, a la conducta del tercero. De la normativa del Código reguladora de la materia (sobre todo del art. 1298 CC) y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo concluye que la mala fe del adquirente debe entenderse como conocimiento de que el acto o negocio era fraudulento, esto es, de que el negocio causaba un perjuicio económico al acreedor de su transmitente al quedar éste en estado de insolvencia. Esta afirmación le aporta un útil instrumento para extraer criterios de imputación de responsabilidad aplicables al tercero que colabora con el deudor en la lesión del derecho de crédito, con el fin de construir en páginas posteriores el régimen jurídico de la tutela aquiliana del crédito. En segundo lugar, en relación a la doble venta, analiza cómo el mecanismo de protección del derecho de crédito que otorga el artículo 1473 CC frente al tercero de mala fe (segundo comprador que conoce, o dadas las circunstancias, no puede desconocer la existencia de una primera venta incompatible con la suya) no consiste en imputar a este último responsabilidad por los daños causados al primer comprador sino en impedir que el segundo comprador adquiera la propiedad de la cosa en litigio. También en la normativa reguladora de la doble venta encuentra un principio útil, extrapolable al régimen jurídico de la tutela aquiliana del crédito: no merece protección quien de mala fe lesiona un crédito ajeno. Respecto a la venta de cosa arrendada, el caso del arrendamiento sometido a las leyes especiales no constituye como regla general un caso de lesión del derecho del arrendatario por el deudor (arrendador-vendedor) en colaboración con un tercero (comprador de la cosa arrendada): efectivamente, el legislador obliga a los terceros adquirentes a soportar y respetar el derecho del arrendatario, aunque aquéllos no tuvieran conocimiento de tal derecho de crédito. El único supuesto de lesión del derecho de crédito en materia de arrendamiento se produce en la venta de cosa arrendada regulada por el Código civil. La aplicación como regla general del principio *«venta quita renta»* lleva consigo la lesión del derecho del arrendatario si el nuevo comprador de la cosa arrendada decide dar por terminado el arriendo. Pero hay aquí una excepción en nuestro ordenamiento, ya que por decisión legal el tercer adquirente queda exonerado de responsabilidad ante el arrendatario lesionado, incluso aunque en el momento de la compra tuviera conocimiento de la existencia del arrendamiento. No obstante ello no significa que el arrendatario lesionado quede desprotegido, ya que el legislador prevé un remedio específico, distinto a la tutela aquiliana del crédito, consistente en que el arrendador le pague una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Tras estos supuestos de lesión del derecho de crédito tipificados en el Código civil, hay un segundo bloque de casos de lesión del derecho de crédito no regulados en el ordenamiento, pero con un amplio reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se trata de la vulneración de derechos de exclusiva, de la vulneración de los derechos de opción de compra y de la lesión de otros derechos de crédito mediante la colaboración de deudor y tercero distintos a los derechos de exclusiva y de opción (por

ejemplo, compraventa efectuada por la usufructuaria de unos bienes con un tercero en perjuicio de los derechos hereditarios de un nudo propietario, lesión de un derecho de tanteo por deudor en colaboración con un tercero, renuncia a un derecho arrendatario por su titular de acuerdo con el propietario arrendador que perjudica al subarrendatario ...). Del análisis jurisprudencial de todas estas hipótesis, Máximo Juan Pérez concluye la existencia de un deber de respeto de los derechos ajenos y la protección del titular del derecho de crédito lesionado por confabulación de tercero y deudor siempre y cuando el tercero sea de mala fe, esto es, siempre que el tercero conozca, o dadas las circunstancias, no pueda desconocer la existencia del derecho ajeno. La protección que concede el Tribunal Supremo al titular del derecho de crédito lesionado es la responsabilidad civil extracontractual frente a ese tercero de mala fe, pero desde luego no en todos los casos. Así, cuando se trata de vulneración de derechos de exclusiva aplica también, aunque de forma esporádica, la normativa reguladora de la competencia desleal o la normativa reguladora de la propiedad intelectual. Igualmente en materia de vulneración del derecho de opción de compra no siempre el tercero de mala fe es condenado a pagar una indemnización de daños y perjuicios al optante perjudicado sino que en ocasiones el tercero debe soportar el ejercicio del derecho de opción, por tanto, ha de transmitir la propiedad de la cosa al optante si éste ejercita su derecho.

La tercera y última parte del libro se centra en el régimen jurídico de la tutela aquiliana del crédito (pp. 409 a 449). Evidentemente para que el tercero que lesiona el derecho de crédito responda de los daños y perjuicios ocasionados a su titular es preciso que concurran todos los presupuestos del artículo 1902 CC (acción u omisión, causación del daño, existencia de una relación de causalidad e imputabilidad del daño a un sujeto). Como ya he indicado al principio de esta recensión, el autor sólo se centra en la determinación de los criterios de imputación subjetiva de los daños a un tercero que lesiona el crédito ajeno; prefiere, con acierto, detenerse en los aspectos del artículo 1902 CC que presentan alguna especialidad respecto al tema de la protección aquiliana de los derechos de crédito. En qué casos considera imputable la lesión del derecho de crédito al tercero. Ya en las páginas anteriores del libro ha debido adelantar su conclusión: para que el tercero responda extracontractualmente ha de ser un sujeto de mala fe, atendiendo a las circunstancias del caso. El tercero ha de responder cuando conozca o, dadas las circunstancias, no pueda desconocer la existencia del derecho de crédito ajeno incompatible. Pero al tercero en ningún caso le es exigible que realice ninguna actividad previa dirigida a descubrir la existencia de otros derechos de crédito incompatibles.

Creo que a lo largo de esta recensión se han ido dando razones suficientes por las que, sin duda, es recomendable la lectura de esta monografía, no sólo para estudiosos sino también para aplicadores del Derecho. Tanto su interés práctico como el rigor científico que caracterizan la obra van acompañados de una gran claridad en la exposición. Efectivamente, si algún exceso cabe encontrar en el libro es la reiteración de las afirmaciones obtenidas, reiteración sin duda justificada por el afán del autor por aclarar al lector un tema tan complejo. Las conclusiones a las que llega pueden calificarse como sensatas y prudentes; es evidente que es preciso limitar y condicionar la admisión de la tutela aquiliana del crédito, tal y como hace el autor, por ejemplo, cuando estudia los criterios de imputación subjetiva de la res-

ponsabilidad al tercero, de lo contrario se entorpecería el tráfico jurídico y la vida de los negocios. ¿Es que acaso podría exigirse al contratante que realiza un negocio jurídico que investigue si su contratante está ligado por otras relaciones jurídicas previas que se verían dañadas en caso de celebrarse y ejecutarse la suya?

Por último, los que hemos tenido la oportunidad de conocer a Máximo Juan Pérez dentro del ámbito académico, no podemos dejar de corroborar las palabras de su maestro, el profesor Morales Moreno, en el prólogo a la obra: *«ejemplo de vocación universitaria y de entrega al estudio»*. Este libro constituye sin duda el resultado visible de esta última afirmación.

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María Rosario DÍAZ ROMERO, María Paz GARCÍA RUBIO, Martín GARCÍA-RIPOLL, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUTIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.— II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ALPA, G.: «La lettura del *Code Civil* in Italia e le proposte di ricodificazione in Francia», *NGCC*, 2005, núm. 1, pp. 6-26.

La lectura italiana del Código civil francés. El *Code Civil* como marco de los códigos italianos. Las iniciativas de recodificación. (Alma R. G.)

ASPRELLA, C.: «Il giudizio di equità necessario», *NLCC*, 2004, núm. 6, pp. 1191-1223.

Comentario a la sentencia de la *Corte cost.*, 6 luglio 2004, n. 206, sobre la equidad en el ámbito judicial: naturaleza del criterio equitativo y distinción entre equidad sustitutiva e integradora, actuación del juez de paz y control de sus decisiones, impugnación de decisiones de equidad. (M. R. D. R.)

BERNARDINI, M.: «Diritto privato e fonti comunitarie», *NGCC*, 2004, núm. 5, pp. 593-606.

El tratado de la Unión Europea. Los reglamentos comunitarios. Las directivas comunitarias y su recepción en Italia. Eficacia de las directivas comunitarias. El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El derecho privado europeo. (Alma R. G.)

GLENN, P.: «The Common Laws of Europe and Louisiana», *Tul. L. Rev.*, marzo 2005, vol. 79, pp. 1041-1063.

Desarrolla la idea de los «Derechos comunes europeos» en referencia a aquellas fuentes que, a principios de la Edad Moderna, cristalizaron como Derecho general en los Estados-nación europeos, a pesar de su clara subsidiariedad respecto al Derecho local o particular. Su asimilación al llamado *ius commune* europeo es inadecuada, lo que se puede apreciar en relación con los nuevos territorios colonizados en Europa y en América. En estos territorios no extendió su influencia un supuesto Derecho común europeo, previo a la codificación, sino que allí confluyeron diversos «Derechos comunes europeos» que, a su vez, debieron adaptarse a las circunstancias del lugar. (J. R. I.)

JESTAZ, P. H.: «Genèse et structure du champ doctrinal», *RDS*, 2005, núm. 1, pp. 19-22.

Estudio histórico y evolución de la doctrina jurídica. (I. S. P.)

KANDELHARD, R.: «Ist es wirklich schon zu spät? Zum Ablauf der allgemeinen Verjährungsfrist nach intertemporalem Verjährungsrecht», *NJW*, 2005, pp. 630 ss.

¿Es verdaderamente demasiado tarde? La expiración de los plazos de prescripción en el Derecho intertemporal de la prescripción. (M. P. G. R.)

KÖHLER, H.: «Zur Geltendmachung und Verjährung von Unterlassungsansprüchen», *JZ*, 2005, pp. 489 ss.

Sobre la alegación de la prescripción.

Los presupuestos bajo los cuales puede ser hecha valer la extinción de la acción y la prescripción no están aclarados. Dependen de la especial naturaleza y función de estas acciones. El artículo quiere contribuir a la solución de los problemas surgidos al respecto y profundizar en una propuesta para el legislador. (M. P. G. R.)

LERNER, P.: «A proposito dell'armonizzazione del diritto comparato e delle loro connessioni», *RTDPC*, 2005, núm. 2, pp. 489-516.

Notas de Derecho comparado como base intelectual para la interpretación y análisis de sistemas jurídicos diversos que ayudan a interpretar y comprender mejor el propio: comparación y armonización. (M. R. D. R.)

MANSEL, H. P./BUDZIKIEWICZ, Ch.: «Verjährungsfristen, insbesondere für die Anwaltshaftung und im Gesellschaftsrecht», *NJW*, 2005, pp. 321 ss.

La ley de 15 de diciembre de 2004 de adaptación de las normas sobre la prescripción a la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones: nuevos plazos de prescripción, especialmente en la responsabilidad del abogado y en el Derecho societario. (M. P. G. R.)

MARTÍN CASALS, M.: «Die Kodifizierung des katalanischen Zivilrechtes im europäischen Rahmen», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 677-684.

Explicación del proceso de codificación civil catalán y del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el gobierno del Partido Popular. (M. G.-R.)

MATTEI, U.: «Analyse économique du droit et hégémonie de la pensée juridique américaine: un essai sur l'ascension et la chute du prestige culturel», *GP*, 2005, núm. 68-69, pp. 37-44.

Análisis del sistema jurídico legal y judicial americano y su comparación con el sistema continental francés. La utilización del método de análisis económico en EE. UU. y en Europa. (R. A. R.)

MERKT, H.: «Die dogmatische Zuordnung der Duldungsvollmacht zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsscheintatbestand», *AcP*, núm. 5, 2004, pp. 638-659.

En la doctrina alemana se habla de poder aquiescente (*Duldungsvollmacht*) cuando el representado sabe que alguien actúa como su representante y prescinde su aquiescencia a esa situación sin hacer nada en contra. En tal caso, las declaraciones de voluntad del «apoderado» tienen efecto a favor y contra del «representado». (M. G.-R.)

MUBGUNG, R.: «Mozarts “Die Hochzeit des Figaro” im Lichte der europäischen Rechtsgeschichte», *NJW*, 9/2005, pp. 546 ss.

La obra de Mozart “Figaro” constituye no sólo una de las cimas en la historia de la música y el teatro europeo, sino que, según el autor, se presenta también como una pequeña lección de historia de la Administración, de los tribunales y del derecho privado europeo. En definitiva, se propone una interpretación de la obra a la luz de la ciencia jurídica. (B. T. G.)

TERRÉ, F.: «Destinée du Code civil», *RDS*, 2004, núms. 52-53, pp. 2357-2359.

Valoración del Código civil francés en su segundo centenario. Datos a favor y en contra de él. (I. S. P.)

TURATTO, S.: «Problemi interpretativi sul riconoscimento delle sentenze straniere», *RTDPC*, 2005, núm. 2, pp. 671-696.

Comentario a la sentencia del *Cass. 29 de mayo de 2003, n. 8588*, sobre reconocimiento de sentencia extranjera y aplicación de la *l. 31 de mayo de 1995, n. 218*, y la Convención de Bruselas de 1968 y su reglamento n. 44 de 2001. (M. R. D. R.)

VOGNAUER, S.: «An Empire of Light? Learning and Lawmaking in the History of German Law», *Cambridge L. J.*, julio 2005, vol. 64, núm. 2, pp. 481-500.

Como punto de partida del trabajo, el profesor Vogenauer asume el hecho de que el papel que cumplen en la formación del derecho las tres fuentes básicas, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, varían constantemente. Las tres se encuentran en estrecha conexión, se influyen recíprocamente, y el peso que cada una tiene en cada momento histórico cambia, en función de las tendencias ideológicas e intelectuales, pero también como consecuencia de las luchas de poder entre los grupos que contribuyen a formar cada una de las tres fuentes. Éste es un proceso que se constata en el ordenamiento alemán, que ha pasado de una influencia absoluta de la doctrina, sobre el legislador y la administración de justicia, durante el s. XIX, a una clara y progresiva transferencia del liderazgo jurídico hacia la jurisprudencia. (J. S. F.)

WEATHERILL, S.: «Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?», *ERPL*, 2004, núm. 5, pp. 633-660.

Cada vez es mayor el número de juristas que objetan la supuesta bondad de la armonización del Derecho privado en la Unión Europea. Los argumentos son de tipo constitucional, cultural y económico. El autor trata de hacer frente a las críticas. (M. G.-R.)

WEIR, T.: «Difficulties in Transposing Directives», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 595-615.

Las directrices comunitarias surgieron como mecanismo flexible para que cada país pudiera acomodarlas a su propio ordenamiento. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas está haciendo una interpretación tan estricta de lo que debe ser la transposición, que el autor propone la aplicación directa de las normas comunitarias, previa una correcta redacción y traducción a los diversos idiomas. (M. G.-R.)

WERNSMANN, R.: «Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht», *JZ*, 5/2005, pp. 224 ss.

El artículo plantea en qué medida la prohibición de discriminación contemplada en el ordenamiento comunitario entra en consideración como fundamento competencial en expedientes jurídicos europeos relativos a la prohibición de discriminación respecto de relaciones entre particulares, y que límites señalan los derechos fundamentales comunitarios. (B. T. G.)

DERECHO DE LA PERSONA

AUVERT, P.: «L'utilisation de la personnalité d'autrui», *SJ*, 2005, núm. 12, pp. 551-556.

La mediatisación de la sociedad incita a los periodistas a utilizar de vez en cuando la personalidad de otro al emplear ilustraciones o ejemplos. La jurisprudencia reciente trata este fenómeno y tiende a regularlo estableciendo un equilibrio entre la libertad de comunicación y respetar los derechos de las personas. (I. S. P.)

AUVRET, P.: «L'équilibre entre la liberté de la presse et le respect de la vie privée selon la cour européenne des droit de l'homme», *GP*, 2005, núm. 100-102, pp. 2-10.

Estudio a propósito de la decisión de la Corte Europea de derechos del hombre de 24 de junio de 2004 y la aplicación del artículo 8 de la Convención Europea sobre protección y respeto a la vida privada. Esperanza legítima de protección y el conflicto con el Derecho francés. (R. A. R.)

BAILLEUI, D.: «Le droit de mourir au nom de la dignité humaine», *SJ*, 2005, núm. 23, pp. 1055-1058.

La ley núm. 2005-370, de 22 de abril, consagra explícitamente un derecho a la muerte por extinción del cuidado de los enfermos al final de la vida. Si el reconocimiento jurídico de esta forma de eutanasia parece aceptable en

principio, las condiciones de su aprobación resultan insuficientemente precisas. (I. S. P.)

BERNARDINI, M.: «Diritto privato e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 691-708.

Estudio de la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del hombre. Análisis, entre otros, del derecho a un proceso de duración razonable y el derecho de propiedad. (Alma R. G.)

DORSNER-DOLIVET, A.: «De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain. Loi n. 2004-800 du 6 août 2004», *RDS*, 2004, núm. 44-45, pp. 1949-1955.

Imposibilidad de clonación reproductiva y terapeútica, creándose nuevos delitos en este caso. Eficacia dispositiva de la ley de 2004 por la imposibilidad de indagar la actividad científica médica. (I. S. P.)

DREIFUSS-NETTER, F.: «Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité», *RDS*, 2005, núm. 27, pp. 1808-1815.

Estudio de la Ley de 6 de agosto de 2004 desarrollada por el Decreto de 10 de mayo de 2005. Protección de los donantes y excepciones en caso de donación entre parientes. (R. A. R.)

DUTTGE, G.: «Der BGH auf rechtsphilosophischen Abwegen-Einwilligung in Körperverletzung und gute Sitten», *NJW*, 2005, pp. 260 ss.

Filosofía jurídica extraviada en el BGB. Consentimiento a la lesión corporal y buenas costumbres. (M. P. G. R.)

FABIANI, M.: «Tutela della corrispondenza epistolare a carattere confidenziale», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 2, pp. 250-252.

Límites a la publicación de la correspondencia de una persona. Tutela del derecho a la intimidad. (Alma R. G.)

FAMULARO, L.: «I minori e i diritti della personalità – nota a Trib. Catania 12 marzo 2004», *GC*, 2005, núm. 4, pp. 1109-1115. (M. R. D. R.)

FOYER, J.: «Droit du nom et prétentions dynastiques», *RDS*, 2005, núm. 30, pp. 2050-2052.

La jurisprudencia no permite a los miembros de la Casa de Orleans obtener la sustitución del nombre de Borbon por el de Orleans. La justicia de la República no puede conocer de pretensiones dinásticas. (R. A. R.)

FRANÇOIS, L.: «Preuve de la vérité des faits diffamatoires et Convention européenne des droits de l'homme: confrontation des conceptions française et européenne», *RDS*, 2005, núm. 21, pp. 1388-1392.

Cambio jurisprudencial francés provocado por la jurisprudencia europea en materia de prensa. Límites a la libertad de prensa y el derecho de secreto profesional. (I. S. P.)

GIACOBBE, G.: «Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale – nota a Cass. 26 maggio 2004 n. 10102», *GC*, 2005, núm. 3, pp. 730-740. (M. R. D. R.)

GRIDEL, J. P.: «Liberté de la presse et protection civile des droits modernes de la personnalité en droit positif français», *RDS*, 2005, núm. 6, pp. 391-398.

Libertad de prensa y límites a los atentados contra la vida privada y la imagen. Límites a esa libertad. Atentados justificados a la intimidad personal. (I. S. P.)

GROH, Th./LANGE-BERTALOT, N.: «Der Schutz des Lebens Ungeborener nach der EMRK», *NJW*, 2005, pp. 713 ss.

La protección de la vida no nacida según la Convención Europea de derechos humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. (M. P. G. R.)

HASSLER, T.: «Les progrés de la liberté de l'image des personnes en 2004», *RDS*, 2005, núm. 11, pp. 739-741.

Estudio de la aplicación de la libertad de imagen marcada en el año 2004. (R. A. R.)

LIPARI, N.: «Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa», *RTDPC*, 2005, núm. 2, pp. 517-523.

Acerca del debate abierto por la *l. 19 febbraio 2004, n. 40*, sobre procreación asistida, llena de lagunas y contradicciones, y demasiado influida por motivos socio-políticos. (M. R. D. R.)

MISTRETTA, P.: «La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes de droit pénal», *SJ*, 2005, núm. 1-2, pp. 1-2.

Estudio de la protección de la dignidad de la persona tras modificaciones introducidas en el Código penal. (I. S. P.)

MONTSERRAT PAPPALETTERE, E.: «L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà», *NGCC*, 2005, núm. 1, pp. 27-37.

Nueva forma de protección del enfermo mental de carácter habitual: la denominada administración de sostenimiento, una intervención tutelar con la menor limitación posible de la capacidad de actuar del sujeto. (Alma R. G.)

PADOVA, Y.: «Liberté d'expression versus répression du sexisme et de l'homophobie», *GP*, 2005, núm. 75-76, pp. 2-10.

Estudio a propósito de la Ley núm. 2004-1486, de 30 de diciembre de 2004, sobre libertad de prensa y sus disposiciones represivas frente a opiniones homófobas o discriminatorias. (I. S. P.)

PEIS-HITIER, M. P.: «Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine», *RDS*, 2005, núm. 13, pp. 865-869.

Concepto de persona tras las últimas modificaciones legislativas francesas en materia de bioética y el genoma humano. Diferencias con el Código civil (R. A. R.)

PETTITI, C. H./SCALBERT, S.: «La loi du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité», *GP*, 2005, núm. 84-85, pp. 2-11.

Estudio de la ley de 2004 sobre libertad de prensa y su evolución legislativa desde el año 2000 hasta su aprobación y publicación. (R. A. R.)

ROELLECKE, G.: «Leben zwischen Religion und Recht», *JZ*, 2005, pp. 421 ss.

La vida entre la Religión y el Derecho.

La principal pregunta del debate biopolítico es quién decide sobre el principio y el final de la vida humana individual. Es, por una parte, una cuestión biológica y científica y, por otra, una religiosa. El artículo trata sobre la intervención del Estado en esta materia. (M. P. G. R.)

ROMAN, D.: «Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas? La liberté sexuelle et ses juges: étude de droit français et comparé», *RDS*, 2005, núm. 23, pp. 1508-1516.

La afirmación de una autonomía de la persona marcará el advenimiento de una sociedad pluralista a la que la garantía del respeto a la vida privada confiere a la persona una esfera de intimidad y de inmunidad. (R. A. R.)

SPRANGER, T. M.: «Die Rechte des Patienten bei der Enthahme und Nutzung von Körpersubstanzen», *NJW*, 16/2005, pp. 1084 ss.

La presente contribución ofrece una visión general respecto de los problemas jurídicos que puede plantear el uso de órganos, tejidos o sustancias procedentes del cuerpo humano. (B. T. G.)

THOUVENIN, D.: «La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine. I. Legitimité des activités médicales bioéthiques», *RDS*, 2005, núm. 2, pp. 116-121.

Muestra la arquitectura jurídica propia de las disposiciones de la ley relativa a la bioética. (R. A. R.)

—«La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine. II. Nécessité de la volonté (suite et fin)», *RDS*, 2005, núm. 3, pp. 172-179.

Consentimiento de la persona. Sus formas de expresión de la voluntad y el control de su existencia. (R. A. R.)

PERSONA JURÍDICA

BRUNS, A.: «Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit auf dem Markplatz der Ideen», *JZ*, 9/2005, pp. 428 ss.

El artículo muestra perspectivas de desarrollo de los derechos de la personalidad de los medios de comunicación alemanes a través de un análisis de Derecho comparado. (B. T. G.)

GIORGI, M. V. DE: «Fondazioni bancarie e linee evolutive della disciplina comune», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 643-658.

Las fundaciones de origen bancario en el ordenamiento civil: ¿Son verdaderas fundaciones? Régimen y perspectivas de reforma del derecho común. (*Alma R. G.*)

MARXER, F.: «Streifzug durch das liechtensteinische Privatrecht, insbesondere das Stiftungs- und Gesellschaftsrecht», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 477-502.

El Derecho de Liechtenstein es básicamente una mezcla del Derecho austriaco y suizo. El autor se detiene en el Derecho de sociedades y fundaciones por la importancia que tiene en este pequeño país, ya que por razones fiscales es sede de muchas personas jurídicas. (*M. G.-R.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALPA, G.: «Commento a App. Roma, 7.3.2005», *NGCC*, 2005, núm. 2, pp. 334-335.

Responsabilidad civil por la actividad de fabricación y puesta en circulación del tabaco. (*Alma R. G.*)

ALT-MAES, F.: «Esquisse et poursuite d'une dépénalisation du droit médical», *RDS*, 2004, núm. 49, pp. 2187-2192.

La ley de 4 de marzo de 1992 como creadora de una garantía para las víctimas de fallos médicos. Posibilidad de cobrar una indemnización por daños sin que incida la posible responsabilidad penal. Necesidad de despenalizar el derecho médico. (*I. S. P.*)

AMIRTHALINGAM, K.: «Causation and the Gist of Negligence», *Cambridge L. J.*, 2005, vol. 64, núm. 1, pp. 32-35.

Nota sobre la sentencia de la Cámara de los Lores *Chester v. Afshar* [2004] 3 W. L. R., 927, relativa a un supuesto de responsabilidad civil médica y que ha alterado sustancialmente la doctrina sobre el requisito de la causalidad en los supuestos de omisión negligente de la obligación de informar al paciente acerca de los riesgos de la intervención quirúrgica indicada. (*J. R. I.*)

AUGAGNEUR, L. M.: «Le consentement du franchise dans la succession de contrats de franchise», *SJ*, 2005, núm. 30, pp. 1445-1450.

Mientras que la corte de casación ha abandonado definitivamente toda lectura formalista y autoritarista de la ley Doubin en relación a mantenimiento de la obligación de información precontractual del franquiciado como causa perentoria de nulidad del contrato, la jurisprudencia reciente invita todavía a mesurar el poder de resistencia concedido a los franquiciados. (*I. S. P.*)

BASILICO, G.: «La denuncia di danno temuto: contributo allo studio della tutela preventiva», *RDC*, 2005, núm. 1, parte prima, pp. 39-66.

Ánalisis del artículo 1172 CC, como base del régimen de tutela preventiva y medidas cautelares, en el ámbito de la responsabilidad civil, defensa del derecho de propiedad y situaciones posesorias. (*M. R. D. R.*)

BERNARD, A.: «La responsabilité du comptable estimateur», *GP*, 2005, núm. 112-113, pp. 2-13.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación mercantil de 4 de febrero de 2004 sobre responsabilidad del economista. (*I. S. P.*)

BETLEM, G.: «Torts, a European *Ius Commune* and the Private Enforcement of Community Law», *Cambridge L. J.*, 2005, vol. 64, núm. 1, pp. 126-148.

Estudia las posibilidades que tienen los ciudadanos de la Unión Europea de exigir el cumplimiento de la normativa comunitaria europea. En especial, critica el hecho de que la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, no haya previsto la legitimación activa de los particulares para reclamar una indemnización de daños al medio ambiente. En opinión del autor, esto vulnera las obligaciones internacionales de la Unión Europea impuestas por la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convención de Aarhus de 1998). (*A. R. G.*)

BIGOT, J.: «Responsabilité et assurance décennale: la clarification attendue», *SJ*, 2005, núm. 26, pp. 1219-1223.

Estudio de la nueva ordenanza en materia de responsabilidad de la construcción. (*I. S. P.*)

BRAUN, J.: «Leistung und Sorgfalt. Gedanken anlässlich des gleichnamigen Buches von Wolfgang Schur», *AcP*, 2005, pp. núm. 1, 127-158.

Apoyándose en el libro de Schur sobre «Prestación y cuidado», se critica la creciente expansión de los deberes de cuidado del deudor –e incluso en la responsabilidad extracontractual–, con el fin de favorecer la indemnización de daños reales o supuestos. (*M. G.-R.*)

CHIARLONI, S.: «Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori», *RTDPC*, 2005, núm. 2, pp. 385-408.

Apuntes sobre la necesidad de revisar las normas sobre tutela colectiva del consumidor, con especial referencia al artículo de la *l. n. 281 de 1998* y el artículo 1469.6 CC: presupuestos de la acción inhibitoria cautelar y naturaleza jurídica y efectos de la sentencia inhibitoria ordinaria. (*M. R. D. R.*)

CLARET, H.: «La loi n. 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur», *SJ*, 2005, núm. 22, pp. 1001-1006.

Estudio de dos cuestiones principales: la tácita reconducción de los contratos de duración determinada y el crédito al consumo. (*R. A. R.*)

COMENALE, M.: «Contro il rischio da inquinamento ambientale da idrocarburi: il doppio scafo», *GC*, 2005, núm. 4, pp. 161-174.

De nuevo sobre el resarcimiento del daño y prevención de riesgos en el transporte marítimo de hidrocarburos. Análisis de la disciplina y dificultades de aplicación. (*M. R. D. R.*)

CONFORTI, M.: «Contratto di prestazione d'opera: diligenza e responsabilità nella custodia», *NGCC*, 2005, núm. 1, pp. 33-39.

Diligencia y responsabilidad por la custodia del bien en el contrato de obra, en concreto, en relación con la custodia de un vehículo en un taller. (*Alma R. G.*)

D'ANTONIO, V.: «La revocazione della donazione per ingratitudine», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 718-730.

La revocación de la donación por ingratitud del donatario: origen histórico y figuras afines. Legitimación. El objeto de la revocación: donaciones indirectas y simuladas. (*Alma R. G.*)

D'ARRIGO, R.: «Esercizio dell'azione di risarcimento del danno da parte di un'impresa e limiti applicativi del d.p.r.n. 224/1998», *NGCC*, 2005, núm. 2, pp. 338-342.

Responsabilidad civil del fabricante de productos defectuosos. (*Alma R. G.*)

DE CASAMASSIMI, V.: «Struttura della cessione del contratto, modalità di prestazione del consenso del contraente ceduto e cessione del contratto di leasing», *NGCC*, 2005, núm. 2, pp. 186-192.

Confirmación de una orientación jurisprudencial ya consolidada a favor de la posibilidad de que el consentimiento de la sociedad de *leasing* cedida venga expresado de modo tácito y sucesivo al acuerdo entre cedente y cesionario. (*Alma R. G.*)

D' ECCLESIIS, S.: «Tutela civilistica del consumatore e intense restrittive della concorrenza fra diritto interno e diritto comunitario», *NGCC*, 2004, núm. 5, pp. 531-536.

Disciplina *antitrust*, funcionamiento del mercado e intereses de los consumidores. (*Alma R. G.*)

DELLACASA, M.: «Inadempimento reciproco ed effetti preclusivi della domanda di risoluzione», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 690-703.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 27 de octubre de 2003 n. 16096 sobre el cumplimiento posterior a la demanda interpuesta por una de las partes contratantes de resolución por incumplimiento contractual. (*Alma R. G.*)

DELVOIE, A.: «Responsabiliser les distributeurs de logiciels peer to peer», *GP*, 2005, núm. 201-202, pp. 18-20.

El principio de contribución a los actos de contravención. Las posibilidades técnicas de limitar los actos de contravención. (*R. A. R.*)

DESCORPS DECLÈRE, F.: «La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute de médecin», *RDS*, 2005, núm. 11, pp. 742-748.

Jurisprudencia relativa a la relación de causalidad en la responsabilidad médica. (R. A. R.)

DI MARZIO, F.: «Gli usi bancari tra diritto vigente e diritto vivente», *RDC*, 2005, núm. 1, parte segunda, pp. 1-15.

Comentario sobre los usos bancarios en la determinación de intereses y relación con la figura del anatocismo. (M. R. D. R.)

DIOUDI, J.: «L'internet ou le défi au paiement sécurisé», *GP*, 2005, núm. 86-90, pp. 4-10.

El desarrollo del comercio electrónico y la inadecuación de instrumentos de pago puestos en línea. La eficacia de las medidas de protección. (R. A. R.)

DUPUY-BUSSON, S.: «Le delit de contrefaçon par adaptation: le cas des scénarios de films», *SJ*, 2005, núm. 3, pp. 73-78.

Estudio a propósito de la sentencia de 4 de junio de 2004 de la corte de apelación de París. (R. A. R.)

EGGERS, J. C./GOERTH, A.: «Die Haftung des Bankkunden für unbefugte Abhebungen mittels ec-Karte und PIN - BGH, *NJW* 2004, 3623», *JuS*, 6/2005, pp. 492 ss.

El presente artículo examina la responsabilidad del cliente bancario en caso de retirada de dinero mediante tarjeta electrónica haciendo uso del número de identificación personal del cliente, en relación con la sentencia del BGH de 5 de octubre de 2004. (B. T. G.)

EHRICKE, U.: «Die Kontrolle von einseitigen Preisfestsetzungen in Gaslieferungsverträgen», *JZ*, 12/2005, pp. 599 ss.

El autor se pregunta si es posible aplicar analógicamente el § 315 BGB a una subida de precios frente a clientes de gas para calefacción. De ello extrae conclusiones para la fijación de precios en los contratos de suministro de gas. (B. T. G.)

FALZIA, A.: «Il diritto europeo dei contratti di impresa», *RDC*, 2005, núm. 1, parte prima, pp. 1-9.

Observaciones acerca de la Convención de Siena sobre «el derecho europeo de los contratos de empresa», de 22-24 de septiembre de 2004. (M. R. D. R.)

FELKE, K./JORDANS, R.: «Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen», *NJW*, 11/2005, pp. 710 ss.

El 8 de diciembre de 2004 entró en vigor la Ley de reforma de la normativa sobre contratación de servicios financieros a distancia. El artículo presenta las novedades más relevantes de dicha ley que, según los autores,

transpone la Directiva comunitaria de manera correcta en lo esencial. (B. T. G.)

FIORI-KHAYAT, C.: «Cautionnement et surendettement des personnes physiques», *GP*, 2005, núm. 91-92, pp. 2-12.

Fianzas y garantías para las personas físicas en supuestos de insolvencia. Necesidad de un reequilibrio. (I. S. P.)

FRIEDMANN, D.: «The protection of Entitlements Via the Law of Restitution — Expectancies and Privacy», *L. Q. R.*, julio 2005, vol. 121, pp. 400-420.

El artículo trata de uno de los tópicos frecuentes en la doctrina inglesa de los últimos años: la relación entre el derecho de la responsabilidad civil y las normas sobre enriquecimiento injusto. Ambas instituciones tienen como fin la protección de intereses jurídicamente protegidos, si bien dicha protección opera de forma distinta. La responsabilidad civil compensa el daño sufrido como consecuencia de la lesión de aquellos intereses, producido como consecuencia de una actuación ilícita. Por su parte, el enriquecimiento injusto vela para que quien ha obtenido injustamente y a costa de otro un beneficio económico reintegre al perjudicado. En el derecho inglés no existe un listado cerrado de intereses jurídicos protegidos, por lo que a menudo son los tribunales quienes deben identificar nuevos intereses y hallar los mecanismos necesarios (*remedies*) para su adecuada protección. Tanto el derecho de la responsabilidad civil como el derecho sobre el enriquecimiento injusto son un buen campo de pruebas para observar el desarrollo de ese proceso judicial, como demuestra su aplicación al ámbito, por ejemplo, de la protección del derecho a la intimidad (*right of privacy*). (J. S. F.)

FRILET, M.: «Exemples d'harmonisation économique: les partenariats publics/privés à l'international», *GP*, 2005, núm. 68-69, pp. 45-47.

Influencia de la economía en el derecho de contratos ante las oscilaciones de los sistemas económicos. (I. S. P.)

GAHDOUN, P. Y.: «Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat», *RDS*, 2005, núm. 23, pp. 1517-1520.

Sugiere una distinción entre ciencia jurídica y dogmática. (I. S. P.)

GALLUZO, F.: «Il *trust* c.d. interno e i negozi di destinazione dei beni allo scopo», *NGCC*, 2005, núm. 2, pp. 85-100.

Admisión del *trust* interno o de ámbito doméstico en el ordenamiento italiano. El *trust* como negocio de destino de los bienes con tal finalidad. (Alma R. G.)

GIASSANTI, L.: «La nuova legge sui contratti a termine nell'interpretazione della giurisprudenza di merito- nota a App. Milano 29 aprile 2004, 9 dicembre 2003 e Trib. Milano 8 gennaio 2004», *GC*, 2005, núm. 3, pp. 819-829. (M. R. D. R.)

GIORGETTA, A.: «La Corte di cassazione torna a negare la legittimazione del cessionario del crédito a far valere la cláusula compromisoria per arbitrato rituale», *RTDPC*, 2005, núm. 2, pp. 653-669.

Comentario a la sentencia núm. 13893 de 19 de septiembre de 2003, sobre circulación de la cláusula compromisoria seguida de la cesión del crédito, negando la posibilidad al cesionario de hacer valer dicha cláusula compromisoria: carácter accesorio de la cláusula compromisoria y naturaleza bilateral del negocio de cesión. (M. R. D. R.)

GITTI, G.: «L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa», *RDC*, 2005, núm. 1, parte prima, pp. 11-37.

Observaciones acerca del objeto del contrato: incidencia del derecho europeo de los contratos y diferencias entre contratos civiles y comerciales, con especial referencia al contrato de empresa. (M. R. D. R.)

GIUSSANI, A.: «Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma», *RTDPC*, 2005, núm. 2, pp. 525-540.

De nuevo sobre la necesidad de ampliar la tutela del consumidor, para paliar de algún modo su situación de parte débil en el proceso civil: los problemas de preparación del proceso y acceso a las pruebas, la acción de tutela de intereses colectivos y el problema de la eficiencia del sistema económico y judicial. (M. R. D. R.)

GÓMEZ, F./RUIZ, J. A.: «The Plural –and Misleading– Notion of Economic Loss in Tort: A Law and Economics Perspective», *ZEuP*, 2004, núm. 4, pp. 908-931.

Los autores estudian desde el punto de vista del análisis económico del Derecho el concepto de daño puramente económico en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, rechazando su recepción en Derecho europeo. (M. G. R.)

GÖTHEL, S. R.: «Zu den Funktionen des Schmerzengeldes im 19. Jahrhundert. Zugleich ein Beitrag gegen eine Straffunktion des Schmerzengeldes», *AcP*, 2005, núm. 1, pp. 36-66.

Se pone de manifiesto en el trabajo que, cada vez más, la doctrina defiende una función sancionatoria de la indemnización por el dolor. El autor se muestra contrario a esto, apoyándose además en la doctrina alemana del s. XIX y en el proceso de elaboración del BGB. (M. G.-R.)

GRÖSCHLER, P.: «Die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Mängel nach neuem Kaufrecht», *NJW*, 2005, pp. 1601 ss.

El deber del vendedor de informar sobre los vicios de la cosa en el nuevo Derecho de la compraventa. (M. P. G. R.)

GRUNDMANN, S.: «Der Schadenersatzanspruch aus Vertrag. System und Perspektiven», *AcP*, 2004, núm. 5, pp. 569-605.

Se trata con detenimiento el nuevo régimen alemán de la indemnización de daños contractuales. La principal novedad es que ya no se distingue según

los supuestos infractores, sino según las consecuencias jurídicas de la no realización o defectuosa realización de la prestación. (M. G.-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.

Separación entre perjuicios económicos y los no económicos. (I. S. P.)

GUTMANN, D.: «L'analyse économique du contrat par le juge fiscal», *GP*, 2005, núm. 68-69, pp. 20-24.

Estudio de la aproximación fiscal al contrato. Importancia de la economía en el Derecho civil y más concretamente en el Derecho de contratos. (I. S. P.)

HAAGSMA, A.: «L'analyse d'effets et le droit des contrats européen», *GP*, 2005, núm. 68-69, pp. 48-58.

La autora analiza la evolución del proyecto de armonización del derecho de contratos en la Unión Europea y su base en el Tratado de Roma. (R. A. R.)

HARKE, J. D.: «Das neue Sachmängelrecht in rechtshistorischer Sicht», *AcP*, 2005, núm. 1, pp. 67-92.

La reforma del Derecho de obligaciones alemán ha equiparado definitivamente el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la compraventa con cualquier otro incumplimiento obligacional. El autor destaca que, al contrario de lo que se suele creer, la nueva regulación vuelve a las raíces del Derecho romano clásico, mal interpretado por glosadores, comentaristas y demás doctrina posterior. (M. G.-R.)

HENSSLER, M.: «Aktuelle Praxisfragen anwaltlicher Vergütungsvereinbarungen», *NJW*, 22/2005, pp. 1537 ss.

El autor examina desde una perspectiva práctica los convenios sobre remuneración de los abogados en relación con la reforma de la normativa sobre honorarios. (B. T. G.)

HEY, F. C.: «Rechtsmängelhaftung beim Verkauf von Leasing-Forderungen im Betrugsfall – Das FlowTex-Urteil des BGH», *NJW* 2005, 359», *JuS*, 5/2005, pp. 402 y ss.

La presente contribución analiza la sentencia del BGH, de 10 de noviembre de 2004, relativa a la responsabilidad por defectos de naturaleza jurídica en la compraventa de deudas de *leasing* en un supuesto de fraude. (B. T. G.)

HENSSLER, M./DECKENBROCK, C.: «Der (Teil-)Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts im Falle vorzeitiger Mandatsbeendigung im Normgefüge des § 628 BGB», *NJW*, 1-2/2005, pp. 1 ss.

El autor se pregunta por las repercusiones que tiene la terminación anticipada del contrato del abogado sobre el importe de la pretensión de remuneración del abogado. (B. T. G.)

HERRETHAL, C.: «Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinen und besonderen Leistungsstörungsrecht», *NJW*, 2005, pp. 1457 ss.

La autoejecución arbitraria en general y especialmente en el Derecho del incumplimiento.

En su sentencia de 23 de febrero de 2005, el BGH niega al comprador de una cosa defectuosa las acciones de minoración del precio e indemnización de daños o resarcimiento frente al vendedor cuando él mismo reparó el defecto sin haber dado al vendedor un plazo adecuado para hacerlo. Con ello el BGH se posiciona en la actual discusión doctrinal existente en Alemania acerca de las consecuencias de la reparación de los defectos por autoejecución tras la reforma del Derecho de Obligaciones. El artículo analiza la sentencia y la doctrina sobre el tema. (M. P. G. R.)

HOEREN, T./MÜLLER, U.: «Widerrufsrecht bei eBay-Versteigerungen», *NJW*, 14/2005, pp. 948 ss.

Los autores comentan la sentencia del BGH de 3 de noviembre de 2004 relativa a la anulación de un remate realizado vía internet en eBay, que, como casi todas las decisiones sobre casos de comercio electrónico, ha levantado críticas referidas en especial al hecho de que se dificulte el comercio en internet. (B. T. G.)

HUET, J.: «Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique. Loi LCEN n. 2004-575 du 21 juin 2004», *RDS*, 2004, núm. 47, pp. 2081-2088.

Actualización del Código civil en materia de contratos, perfección y conclusión, mediante la inserción de nuevas normas en las que se prevé la contratación electrónica. El autor resalta la falta de protección de los consumidores ante la falta de garantías particulares. (R. A. R.)

IBÁÑEZ, J.: «Les responsabilités civiles liées à l'ascenseur avant et après une opération de construction», *RDI*, núm. 2005, núm.1, pp. 1-10.

La reglamentación de la nueva Ley de urbanismo y vivienda de 2 de julio de 2003 y su Decreto de aplicación de 9 de septiembre de 2004 imponen a los propietarios de los ascensores la obligación de asegurar la seguridad y el mantenimiento a través de un control técnico periódico de las instalaciones, según la sentencia de 18 de noviembre de 2004. Por ello, las responsabilidades de los propietarios de ascensores son particularmente importantes y diversas. (I. S. P.)

JANSEN, N.: «Konturen eines europäischen Schadensrechts», *JZ*, 2005, pp. 160 ss.

Los contornos de un Derecho europeo de daños.

El trabajo muestra un ejemplo para la construcción dogmática de un Derecho privado europeo. Para ello bosqueja los trazos fundamentales del Derecho de daños desde los fundamentos de la herencia histórica conjunta de Europa, los nuevos trabajos de grupos europeos y el Derecho privado de la Unión. (M. P. G. R.)

KNÖFEL, O. L.: «Gilt das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen auch für Tätigkeiten außerhalb des Anwaltsberufs?», *NJW*, 1-2/2005, pp. 6 ss.

El autor examina el ámbito de aplicación de la prohibición de la representación de intereses contrapuestos, en concreto si se extiende también a otras actividades fuera del ejercicio de la abogacía propiamente dicha. (B. T. G.)

KOHLER, J.: «Kaufrechtliche Rückgewährpflicht bei Aliud- und Peius-Lieferung gemäß § 439 Abs. 4 BGB im Konflikt mit § 241a BGB», *AcP*, 2004, núm. 5, pp. 606-637.

El parágrafo 434.3 BGB equipara al vicio de la cosa el supuesto de que se entregue cosa distinta de la debida o menor cantidad de lo acordado. Ante esta situación, el comprador puede exigir la entrega de la cosa realmente debida, siempre que devuelva la que recibió. Por el contrario, el parágrafo 241a no concede ningún derecho a la restitución frente al consumidor que recibe un producto no solicitado. El autor trata de coordinar ambos preceptos. (M. G.-R.)

KOHLER, J.: «Bestrittene Leistungsunmöglichkeit und ihr Zuvertretenhaben bei § 275 BGB – Prozesslage und materielles Recht», *AcP*, 2005, núm. 1, pp. 93-126.

El nuevo parágrafo 275 BGB regula con detenimiento la imposibilidad de la prestación, teniendo ésta por imposible, no sólo cuando lo sea de forma absoluta, sino también cuando el esfuerzo del deudor no esté en consonancia con el interés del acreedor. El artículo se detiene en los aspectos procesales y materiales que plantea la nueva norma. (M. G. R.)

LAITHIER, Y. M.: «L'analyse économique du contrat par le juge civil», *GP*, 2005, núm. 68-69, pp. 14-19.

Utilización de factores económicos en las decisiones judiciales y la utilización del análisis económico por el intérprete judicial. (R. A. R.)

LANDI, T.: «La clausola penale nel contratto di mediazione atipica: rapporti tra l'art. 1469-bis comma 3º, cod. civ. e l'art. 1384 cod. civ.», *NGCC*, 2005, núm. 2, pp. 308-313.

Carácter abusivo de la cláusula penal inserta en un contrato de mediación atípica según un modelo predispuesto unilateralmente por el mediador. (Alma R. G.)

LANZI, E.: «Brevi note in materia di efficacia ed opponibilità del credito futuro in garanzia», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 761-768.

La cesión de los créditos futuros como garantía. (Alma R. G.)

LE GAC-PECH, S.: «Rompre son contrat», *RTDC*, 2005, núm. 2, pp. 223-251.

El autor se cuestiona algunos aspectos en relación con la ruptura del contrato: ¿debe tener un precio?; ¿es judicial, convencional o unilateral?, etc. (R. A. R.)

LORITZ, K.-G.: «Die Wirksamkeit eigenständiger Provisionsvereinbarungen am Beispiel der Lebensversicherungsverträge als Modell für Finanzprodukte», *NJW*, 25/2005, pp. 1757 y ss.

La sentencia del BGH de 20 de enero de 2005 ha decidido algunas de las principales cuestiones relativas al sector de la inversión de capital. En concreto, ha abierto el camino para identificar de ahora en adelante las comisiones en los respectivos contratos entre intermediarios financieros y clientes. (B. T. G.)

LOWRY, J./RAWLINGS, P.: «Proximate causation in Insurance Law», *Modern L. Rev.*, vol. 68, núm. 2, julio 2005, pp. 310-319.

Análisis de la más reciente jurisprudencia británica sobre el requisito de la causalidad aplicado a la determinación de qué siniestros están cubiertos por las pólizas de seguro de daños y cuáles no. (*J. R. I.*)

LUKE, A.: «L'existence de l'analyse économique dans le droit des contrats en Allemagne», *GP*, 2005, núm. 68-69, pp. 31-35.

Situación anterior y actual en Alemania sobre el método jurídico del análisis económico. Su influencia en la reforma de 2002 sobre Derecho de obligaciones. (*I. S. P.*)

MAGNUS, U.: «Vergleich der Vorschläge zum Europäischen Deliktsrecht», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 562-580.

Existen en Europa dos grupos oficiales que tratan de elaborar unos principios europeos sobre responsabilidad civil extracontractual: el *Study Group on an European Civil Code*, dirigido por Christian von Bar, y el *European Group on Tort Law*, dirigido por Jaap Spier, al que pertenece el autor del artículo. En éste se manifiesta que las diferencias entre los proyectos de ambos grupos son sólo de matiz. (*M. G.-R.*)

MAIETTA, A.: «Lesioni cagionate durante una gara di calcio: un “vulnus” all'autonomia dell'ordinamento sportivo», *NGCC*, 2004, núm. 5, pp. 682-685.

Responsabilidad civil por lesiones causadas en actividades deportivas. (*Alma R. G.*)

MARTIN, D./TRÉGUIER, P. H./SAUMON, O.: «La réparation des accidents médicaux: un engagement fort de la solidarité nationale», *GP*, 2005, núm. 156-158, pp. 2-11.

Procedimiento para la indemnización por daños médicos y baremos de dichas indemnizaciones. (*R. A. R.*)

MASCIANGELO, S.: «L'evitabilità del danno nell'arricchimento senza causa», *NGCC*, 2004, núm. 5, pp. 514-517.

Relaciones entre la responsabilidad civil y el enriquecimiento sin causa. (*Alma R. G.*)

MASTROPIETRO, B.: «Il danno da illecito trattamento dei dati personali nel quadro dei recenti orientamenti in materia di danno non patrimoniale», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 677-690.

Resarcimiento del daño no patrimonial derivado del trato ilícito de los datos personales: ¿Función sancionadora de la indemnización del daño no patrimonial? (*Alma R. G.*)

MEDICUS, D.: «Die psychisch vermittelte Kausalität im Zivilrecht», *JuS*, 4/2005, pp. 289 ss.

La causalidad mediata en el Derecho civil.

La causalidad constituye un criterio de atribución para fundamentar el derecho a la reclamación de daños en el Derecho civil. A través de ella se establece una relación entre una persona (el actor) y un determinado daño a otra persona; el daño se imputa al actor con las consecuencias de que él (dándose otros presupuestos) responde de su resarcimiento. En este artículo se trata de una especial forma de causalidad, la físicamente mediata. Se muestra muy claramente el tránsito de una consideración desnuda de la causalidad en el sentido de una dependencia lógica, hacia una atribución valorativa (normativa). (M. P. G. R.)

MENICHINO, C.: «Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale ed onere della prova: profili sostanziali e processuali», *RTDPC*, 2005, núm. 2, pp. 541-573.

Comentario sobre la cláusula de exoneración y limitación de la responsabilidad contractual y el régimen legal de carga de la prueba: concepto, fórmulas, validez, supuestos de aplicación, régimen general de responsabilidad del deudor y carga de la prueba, posición jurisprudencial. (M. R. D. R.)

MOHR, J.: «Der Begriff des Verbrauchers und seine Auswirkungen auf das neugeschaffene Kaufrecht und das Arbeitrecht», *AcP*, 2004, núm. 5, pp. 660-696.

El autor se centra en el concepto de consumidor y su relevancia en el nuevo Derecho de la compraventa y en el contrato de trabajo. Opina que el trabajador no es un consumidor porque su actividad no tiene por objeto la adquisición de bienes o la recepción de servicios para su propia utilidad. (M. G.-R.)

MÖLLERS, T. M. J.: «Der Weg zu einer Haftung für Kapitalmarktinformatio-nen», *JZ*, 2/2005, pp. 75 ss.

El artículo examina la decisión del BGH, de 19 de julio de 2004, sobre responsabilidad personal de los gestores por informes incorrectos en relación con un proyecto de ley de responsabilidad por informaciones del mercado de capitales. (B. T. G.)

MORERA, U.: «Sulla non configurabilità della fattispecie “anatocismo” nel conto corrente bancario», *RDC*, 2005, núm. 1, parte segunda, pp. 17-25.

Comentario sobre el artículo 1283 CC y la prohibición del anatocismo en general y en relación con el uso de los bancos en materia de intereses de cuentas corrientes. (M. R. D. R.)

MOULY, J.: «Les paradoxes du droit de la responsabilité civile dans le domaine des activités sportives» *SJ*, 2005, núm. 18-19, pp. 833-837.

Estudio de las diferencias de las reglas de la responsabilidad en materia deportiva y las reglas tradicionales de responsabilidad civil. (I. S. P.)

MÜLLER, M./HEMPEL, R.: «Nebenpflichten des Verkäufers unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung», *AcP*, 2005, núm. 2, pp. 246-274.

El § 195 BGB establece como plazo general de prescripción el de tres años, mientras que el § 438 lo fija en dos años para los vicios en la compra-

venta. Los autores se plantean cuál es el plazo de prescripción de los deberes secundarios de prestación (*Nebepflichten*). (M. G.-R.)

NEUNER, J.: «Das nachbarrechtliche Haftungssystem», *JuS*, 5/2005, pp. 385 ss., y 6/2005, pp. 487 ss.

La contribución, publicada en dos partes, se ocupa, en primer lugar, de la pretensión de indemnización por daños y perjuicios en el sistema de responsabilidad en las relaciones de vecindad, así como de la pretensión de cesación en general; a continuación, se detiene en los presupuestos de la pretensión de indemnización y en otros aspectos como la pretensión de prevención o el deber de tolerancia. (B. T. G.)

NOTE: «Poisoned Wells: “Proximity” and “Assumption of Responsibility” in Negligence», *Cambridge L. J.*, 2005, vol. 64, núm. 1, pp. 23-26.

En esta nota, el profesor David Howarth critica una reciente sentencia de la *Court of Appeal* que desestimó una demanda de responsabilidad civil interpuesta por un ciudadano de Bangla Desh contra un centro británico de investigación medioambiental [*Sutradhar v. National Environment Research Council* (2004) EWCA Civ 175]. El demandante había sufrido una intoxicación por el arsénico presente en el agua destinada al consumo humano, junto con otras 700 personas más. Con anterioridad, el centro demandado había asegurado al Gobierno de Bangla Desh que el agua de este país era potable. Sin embargo, hizo tal afirmación sin haber analizado la presencia de esta sustancia en el agua. La *Court of Appeal* argumentó que no se cumplía el requisito de proximidad (*proximity*) que debe concurrir para obligar al centro de investigación a responder frente a los demandantes. (A. R. G.)

PAISANT, G.: «La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation», *SJ*, 2005, núm. 25 pp. 1167-1175.

Tras la controversia sobre la manera de transponer la directiva, se ha llevado una transposición mínima en el Código de los consumidores manteniendo los principios del Código civil sobre la venta. (R. A. R.)

PALMERINI, E.: «La responsabilità medica e la prova dell'inesatto adempimento», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 791-799.

Problema del reparto de la carga de la prueba en caso de incumplimiento del profesional sanitario. (Alma R. G.)

PASQUILLI, R.: «Obbligazioni pecuniarie: i riflessi dell'illiquidità sull'individuazione del luogo di adempimento e sulla modalità di costituzione in mora del debitore», *NGCC*, 2005, núm. 2, pp. 315-320.

Artículo dedicado al concepto jurídico de obligación pecuniaria. (Alma R. G.)

PELLECCHIA, E.: «“Anni sette, mesi cinque e giorni dieci...”: i danni da ingiusta detenzione tra risarcimento e indennizzo», *NGCC*, 2004, núm. 5, pp. 588-595.

Naturaleza y fundamento del resarcimiento a las víctimas de los errores judiciales. (Alma R. G.)

PERCHINUNNO, M. C.: «Collegamento negoziale e contratti informatici: dai contratti sul software all'open source», *CI*, 2005, núm. 1, pp. 304-337.

Autonomía privada y mercado: contrato y operación económica. Los contratos informáticos, problemas de ubicación sistemática. Nuevas figuras de contratos informáticos: las licencias *open source* y *free software*. (*Alma R. G.*)

PÉRINET-MARQUET, H.: «A propos de l'extension du champ d'application de la théorie des troubles du voisinage», *RDImm.*, 2005, núm. 3, pp. 161-172.

Determinación de los límites y modalidades de contribución. (*R. A. R.*)

PETERS, F.: «Die Erstattung rechtsgrundloser Zuwendungen», *AcP*, 2005, núm. 2, pp. 159-204.

Se plantea un problema muy particular del Derecho de obligaciones germano, cual es si, en caso de una atribución patrimonial sin fundamento, han de aplicarse las normas de enriquecimiento injusto o las de incumplimiento contractual. (*M. G.-R.*)

PINNA, A.: «Nascere sani o non nascere: La Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto», *CI*, 2005, núm. 1, pp. 1-49.

Diversas cuestiones relativas al denominado daño por la procreación: el contrato entre médico y gestante como contrato a favor de terceros, el contrato entre ginecólogo y gestante como contrato con efectos protectores frente al *nasciturus*, violación del derecho a no nacer, configuración de un interés a no ser concebido ... (*Alma R. G.*)

RICCIO, A.: «Inserzione automatica di clausole e invalidità delle clausole difformi», *CI*, 2005, núm. 1, pp. 63-76.

Nulidad parcial del contrato ante la inserción de cláusulas sin sentido e inserción automática de otras cláusulas sustitutivas. (*Alma R. G.*)

ROBNAGEL, A.: «Elektronische Signaturen mit der Bankkarte?», *NJW*, 7/2005, pp. 385 ss.

El 11 de enero de 2005 entró en vigor la primera Ley de reforma de la Ley sobre firma electrónica (1 *SigÄndG*). La presente contribución describe lo esencial de la nueva regulación, así como sus consecuencias para la normativa que se remite a la Ley sobre firma electrónica. (*B. T. G.*)

ROLLI, R.: «L'assunzione del debito altrui nelle recenti applicazioni giurisprudenziali», *CI*, 2005, núm. 1, pp. 50-62.

Estudio de dos afirmaciones: en primer lugar, la causa de la expromisión es la asunción del débito ajeno. En segundo lugar, en la asunción cumulativa el acreedor tiene la carga de solicitar el cumplimiento al que asume la deuda antes que al deudor originario. (*Alma R. G.*)

ROMAGNOLI, G.: «Anatocismo, banche, clienti e consumatori: oltre Cass., sez., un., n. 21095/2004», *NGCC*, 2005, núm. 1, pp. 68-72.

Tutela del consumidor ante cláusulas abusivas en el ámbito bancario. (*Alma R. G.*)

ROULET, V.: «Quelques evolutions significatives de la protection des sous-traitants», *GP*, 2005, núm. 124-125, pp. 2-5.

Análisis de la figura del subcontratista con la Ley de 31 de diciembre de 1975. Rechazo abusivo de la aceptación y peligros del artículo 14 respecto al contratista. (R. A. R.)

SABBATELLI, I.: «Responsabilità ultramassimale dell'assicuratore della r.c.a. e prescrizione del diritto di garanzia dell'assicurato», *NGCC*, 2005, núm. 1, pp. 23-26.

Criterios para el cómputo del plazo de la prescripción del derecho de garantía del asegurado a salir indemne ante los daños causados a un tercero por la mala gestión de la aseguradora. (Alma R. G.)

SARGOS, P.: «Les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical», *RDS*, 2004, núm. 50, pp. 2243-2249.

Problemas de aplicación y de entendimiento del derecho al secreto médico. Novedades legales y jurisprudenciales en la materia que llevan a reflexionar sobre los principios de inmunidad y legitimidad. (R. A. R.)

SCARANO, L.: «Servizio di accompagnamento di studenti minorenni a mezzo di "scuolabus" e responsabilità civile— nota a Cass. 3 marzo 2004 n. 4359», *GC*, 2005, núm. 2, pp. 477-486. (M. R. D. R.)

SCHEPEL, H.: «The Enforcement of EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How not to "Constitutionalize" Private Law», *ERPL*, 2004, núm. 5 pp. 661-673.

El autor critica recientes decisiones de los Tribunales comunitarios en las que imponen principios de Derecho público de la Unión sobre principios de Derecho privado de los ordenamientos en cuestión, produciendo una gran inseguridad jurídica y una fragmentación del Derecho interno aplicable. El método adecuado sería que tales principios de Derecho público se incorporaran al privado de cada país como algo integrado en su propio sistema, y no como una imposición de un sistema normativo extraño. (M. G.-R.)

SCHMIDT, M.: «Sachmängelhaftung für Hersteller-und Händlerangaben über den Kraftstoffverbrauch und die CO₂-Emissionen neuer Personenkraftfahrzeuge», *NJW*, 2005, pp. 329 ss.

Responsabilidad por vicios del fabricante y el comerciante por consumo de combustible y emisiones de CO₂ en los nuevos automóviles.

La autora señala que fabricantes y comerciantes de nuevos vehículos automóviles destinados al transporte de personas están obligados desde el 1 de noviembre de 2004 a suministrar una completa información sobre el consumo de combustible y emisiones de CO₂ de este tipo de automóviles. Su responsabilidad por este tipo de informaciones se rige por el § 437 BGB. El reglamento alemán que regula esta materia (transposición de la Directiva 1999/94) trata también el asunto de forma, al parecer de la autora, incompatible tanto con esta Directiva como con la 1999/44, en materia de falta de conformidad en el contrato de compraventa. (M. P. G. R.)

SCHUR, W.: «Eigenschaftsirrtum und Neuregelung des Kaufrechts», *AcP*, 2004, núm. 6, pp. 883-906.

El artículo plantea la concurrencia de las normas sobre responsabilidad en la compraventa con las del error en el negocio jurídico en el caso de que exista un error sobre una cualidad del producto vendido. El autor distingue la falta de conformidad del producto con lo pactado (normas de responsabilidad contractual), y el error material en las cualidades del producto comprado (normas de impugnación del negocio jurídico). (M. G.-R.)

SEBASTIO, F.: «Un primo caso pratico di applicazione della normativa comunitaria sul commercio elettronico – osservazione ad. AGCM 26 agosto 2004, n. 13563», *GC*, 2005, núm. 2, pp. 576-579. (M. R. D. R.)

SEFTON-GREEN, R.: «L'influence de l'analyse économique en droit anglais des contrats: le renversement des idées reçues», *GP*, 2005, núm. 68-69, pp. 25-30.

La visión del contrato en Inglaterra desde el análisis económico del Derecho. Promoción de valores no pecuniarios en materia de cláusulas abusivas y reconocimiento de perjuicios no patrimoniales. La moralización del comportamiento de los contratantes. (R. A. R.)

SÉNÉCHAL, J.: «La fragilité de l'obligation d'assurance de responsabilité décennale s'imposant au constructeur étranger édifiant sur le sol français», *RDImm.*, 2005, núm. 2, pp. 75-86.

Estudio de las reglas de conflicto entre las normas del contrato de construcción ejecutado en suelo francés por un extranjero en relación con el seguro de responsabilidades decenal. (I. S. P.)

SIEMS, M. M.: «“Unevenly Formed Contracts”: Ignoring the “Mirror of Offer and Acceptance”», *ERPL*, 2004, núm. 6, pp. 771-788.

El artículo 2:211 de los Principios de Derecho Contractual Europeo señala: «Contratos no concluidos mediante oferta y aceptación. Las normas de esta sección se aplican con las debidas adaptaciones incluso cuando el proceso de conclusión del contrato no pueda ser dividido entre oferta y aceptación». El autor del trabajo critica la falta de concreción del precepto y trata de plantear los casos en que tal situación se puede producir. (M. G.-R.)

SIRENA, P.: «Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa», *RTDPC*, 2005, núm. 1, pp. 105-128.

Notas sobre la figura del enriquecimiento sin causa: interpretación del artículo 2042 CC, fundamento jurídico de la acción general de enriquecimiento sin causa, determinación cuantitativa del objeto en la restitución por equivalente, efectos de la buena fe, restitución del beneficio injustificado. (M. R. D. R.)

SPICKHOFF, A.: «Die Entwicklung des Arztrechts 2004/2005», *NJW*, 24/2005, pp. 1694 ss.

El artículo constituye un informe, de carácter anual, sobre la evolución del derecho médico en la legislación, la doctrina y la práctica jurídica (*vid.*

NJW, 2004, 1710). De la rica problemática que presenta este campo, el autor presta especial atención al ejercicio profesional y la publicidad, a cuestiones de derecho de contratos, de responsabilidad, así como a las disposiciones del paciente, en particular, las realizadas en previsión del fin de su vida. (B. T. G.)

STOFFEL-MUNCK, P.: «L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Chatel», *SJ*, 2005, núm. 14, pp. 665-670.

La mayor parte de los contratos de ejecución sucesiva propuestos a los consumidores son susceptibles de tácita reconducción, esto parece sorprender a los clientes en las relaciones de uno o compromiso. (R. A. R.)

SUTSCHET, H.: «Haftung für anfängliches Unvermögen», *NJW*, 20/2005, pp. 1404 ss.

El artículo examina la sentencia de 14 de septiembre de 2004 que declara la responsabilidad del vendedor en la compraventa de un coche de segunda mano robado de acuerdo con el vigente derecho alemán de obligaciones. (B. T. G.)

TETTINGER, P. W.: «Zu den Freizeichnungsmöglichkeiten des Verkäufers einer mangelhaften Sache. Überprüfung der Kardinalpflichtenrechtsprechung zu fahrlässig verursachten Schäden», *AcP*, 2005, núm. 1, pp. 1-35.

La nueva regulación del Derecho de obligaciones ha ampliado enormemente la responsabilidad del vendedor, lo que, unido a la jurisprudencia sobre condiciones generales de la contratación, puede llevar a resultados notoriamente injustos. El artículo trata la posibilidad de pactar cláusulas de exclusión de responsabilidad. (M. G.-R.)

TIEDTKE, K.: «Gewährleistungs- und Haftungsausschluss beim Verkauf gebrauchter Sachen an und zwischen Verbrauchern», *NJW*, 2005, pp. 1153 ss.

El autor se pregunta si la cláusula que en el régimen jurídico anterior se incluía habitualmente en los contratos de compraventa de cosas usadas conforme a la cual «comprado como revisado, con exclusión de cualquier garantía», puede seguir siendo considerada válida después de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones. El resultado es, según el autor, que no existe tal posibilidad cuando el vendedor es un empresario y el comprador un consumidor. (M. P. G. R.)

TOMARCHIO, V.: «Sul divieto dell'anatocismo nei contratti di conto corrente bancario – osservazione a Cass., sez. un., 4 novembre 2004 n. 21095», *GC*, 2005, núm. 4, pp. 974-977. (M. R. D. R.)

TREMML, B./LUBER, L.: «Amtshaftungsanprüche wegen rechtswidriger Produktinformationen», *NJW*, 25/2005, pp. 1745 ss.

El 1 de mayo de 2004 entró en vigor la Ley sobre seguridad de los productos y de los aparatos [*Geräte- und produktsicherheitsgesetz* (GPSG)]. Esta regulación contempla el deber de información de las autoridades respecto de los productos peligrosos. De acuerdo con la nueva normativa se examina la responsabilidad (administrativa) en caso de informaciones incorrectas. (B. T. G.)

TRÖGER, T.: «Grundfälle zum Sachmangel nach neuem Kaufrecht», *JuS*, 2005, pp. 503 ss.

Principales cuestiones sobre las cosas físicamente defectuosas en el nuevo Derecho de la compraventa.

El artículo trata de la nueva regulación del Derecho de la compraventa, centrándose, sobre todo, en el § 434 BGB que contiene el concepto de vicio (falta de conformidad) físico. (M. P. G. R.)

TROIANO, O.: «Die elektronische Signatur. Angleichung und Diversifizierung der Vorschriften auf EG-Ebene, im italienischen und im deutschen Recht», *ZEuP*, 2005, núm. 1, pp. 43-70.

El artículo trata el asunto de la firma electrónica, teniendo en cuenta la Ley Modelo Uncitral (Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho del Comercio Internacional), la Ley estadounidense sobre Firmas Electrónicas en el Comercio Internacional e Interno (*E-Sign Act 2000*), y la Directriz Europa sobre Firma Electrónica, así como la incorporación de esta última a Alemania e Italia. (M. G.-R.)

UNBERATH, H.: «Die richtliniekonforme Auslegung am Beispiel der Kaufrechtsrichtlinie», *ZEuP*, 2005, núm. 1, pp. 5- 42.

En buena medida la reforma del Derecho alemán de obligaciones se debe a la Directriz europea sobre compraventa de bienes de consumo. Pero, como es sabido, el legislador alemán no se ha limitado a regular de nuevo la compraventa de estos bienes, sino que ha hecho una reforma más general. El artículo se centra en las posibles divergencias entre Directriz y BGB y la interpretación de este último conforme a la primera. (M. G.-R.)

VALLE, L.: «L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto», *CI*, 2005, núm. 1, pp. 149-199.

Un nuevo modelo de regulación de negación de los efectos del contrato con cláusulas abusivas con el fin de proteger a la parte débil. (Alma R. G.)

VANGONE, G.: «Firmare europeo», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 709-730.

Distintas regulaciones europeas en torno a la firma electrónica: Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Irlanda y Reino Unido. (Alma R. G.)

VARDI, N.: «Vendita internazionale di beni mobili e saggio degli interessi: la disciplina tra diritto uniforme convenzionale e legge nazionale», *NGCC*, 2005, núm. 1, pp. 174-182.

Normativa aplicable a un contrato de venta internacional de inmuebles y, en concreto, regulación de los intereses a pagar por el retraso en el pago en la Convención de Viena. (Alma R. G.)

VERSE, D. A./WURMNEST, W.: «Zur Nichtigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das EG-Beihilferecht», *AcP*, 2004, núm. 6, pp. 855-892.

Los autores se plantean el problema de la validez de contratos privados destinados a la ejecución de subvenciones no autorizadas por la Unión Europea y que pueden contradecir su Derecho. El artículo se centra en los casos que ha tenido que decidir el Tribunal Supremo alemán cuando no ha

habido una decisión previa respecto del caso concreto por la Comisión Europea. El problema es si todo el contrato es nulo, o sólo en aquella parte en que se opone al Derecho europeo de la libre competencia. (M. G.-R.)

VITI, M.: «*Polizza fideiussoria: natura giuridica e sua assimilabilità al contratto autonomo di garanzia*», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 735-742.

Fiducia y contrato autónomo de garantía. (Alma R. G.)

VOIDEY, N.: «*Droit des patiens: vers une harmonisation des législations européennes?*», *GP*, 2005, núm. 96-97, pp. 14-22.

Tendencia a la reforma del derecho médico de todos los países de la Unión Europea, tras el coloquio sobre Derecho civil y Europa de octubre de 2004. Información y consentimiento del paciente. Responsabilidad del médico. (I. S. P.)

VOILLEMONT, R./BEAUGRAND, T.: «*Les weblogs “be the media”: la responsabilité des blogueurs*», *GP*, 2005, núm. 201-202, pp. 12-15.

El estatuto del creador de páginas web y el régimen de su responsabilidad. (I. S. P.)

VOMERO, F.: «*Errore materiale ed ermeneutica contrattuale*», *NGCC*, 2005, núm. 2, pp. 195-204.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 19 de diciembre de 2003 núm. 19558 sobre la corrección del error material a través de las reglas de interpretación del contrato. (Alma R. G.)

VON HEIN, J.: «*Neutrale Beihilfe im Zivilrecht*», *AcP*, 2004, núm. 6, pp. 761-803.

El § 830.II BGB equipara la responsabilidad extracontractual del cómplice a la del autor. En la doctrina penal alemana se habla de «complicidad neutral» (*neutrale Beihilfe*) en casos en que un sujeto realiza su actividad diaria normal o profesional, pero sabiendo que ello puede dar lugar a la comisión de un delito. Ejemplo, el farmacéutico que vende un medicamento que en altas dosis puede ser mortal, y sabe que el comprador lo va a emplear para matar a su mujer. En la doctrina penal alemana se discute si tales actos deben considerarse como complicidad o no (así, el BGH considera complicidad en el proxenetismo vender vino a un burdel, pero no venderle pan; v. SCHÖCKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auf., München, 2001, § 27, Rz. 10a). El autor del presente trabajo estudia el problema a través del prisma del Derecho civil. (M. G.-R.)

WEITEMEYER, B.: «*Rentabilitätsvermutung und Ersatz frustrierter Aufwendungen unter der Geltung von § 284 BGB*», *AcP*, 2005, núm. 2, pp. 275-296.

El nuevo § 284 BGB, sin antecedentes, establece que «en lugar de la indemnización de daños por la falta de prestación, el acreedor puede exigir indemnización de los gastos hechos o que equitativamente podía hacer en la confianza de la recepción de la prestación, salvo que su objetivo no hubiera sido alcanzado incluso sin la infracción del deudor». (M. G.-R.)

WENZEL, J.: «Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht», *NJW*, 5/2005, pp. 241 ss.

El autor se ocupa de la responsabilidad por perturbaciones –independiente de la culpa– en el Derecho de vecindad, sobre cuyos fundamentos y desarrollo ha tenido oportunidad el BGH de pronunciarse en los últimos tiempos. (B. T. G.)

WITZ, C.: «Französisches Schuldrecht und *Principles of European Contract Law*. Gemeinsamkeiten und Unterschiede», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 503-514.

El autor compara el Derecho contractual francés y los principios del Derecho contractual europeo, especialmente en lo que se refiere al surgimiento y la validez del contrato, llegando a la conclusión de que la eventual aplicación de tales principios en Francia no provocaría grandes problemas. (M. G.-R.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BASILICO, G.: «La denuncia di danno temuto: contributo allo studio della tutela preventiva», *RDC*, 2005, núm. 1, parte prima, pp. 39-66.

Ánalisis del artículo 1172 CC, como base del régimen de tutela preventiva y medidas cautelares, en el ámbito de la responsabilidad civil, defensa del derecho de propiedad y situaciones posesorias. (M. R. D. R.)

BERGEL-HATCHUEL, J.: «Une avancée vers la “class action” en matière de copropriété?», *GP*, 2005, núm. 124-125, pp. 12 y 13.

Acciones de los copropietarios por daños en el edificio. Estudio jurisprudencial. (I. S. P.)

CARON, C. H.: «Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle», *RDS*, 2004, núm. 39, pp. 1623-1626.

Función única del derecho de bienes y el derecho de propiedad intelectual: organizar el poder de la persona sobre una cosa. Posibilidad de completar las lagunas de la propiedad intelectual mediante la regulación general del derecho de bienes. (I. S. P.)

CELESTE, A.: «Il pendolo delle ragioni proprietarie e possessorie nella contesta sul medesimo bene tra potenziali interferenze, divieti di cumulo e pregiudiziali irreparabili», *GC*, 2005, núm. 2, pp. 51-68.

Nuevo acercamiento al tema de las relaciones entre propietario y poseedor del mismo bien: tutela del hecho posesorio y vías judiciales preventivas y defensivas frente a perturbaciones del derecho posesorio. (M. R. D. R.)

CHIMENTI, L.: «Oltre l'autonoma rilevanza dell'atto riproduttivo, il diritto di esposizione in pubblico quale espressione dell'esercizio dell'esclusiva codificata dall'articolo 12 della Lda.», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 2, pp. 258-261.

Violación del derecho de autor por la reproducción abusiva de la obra plasmada en un único ejemplar. (Alma R. G.)

CORNU, M.: «A propos de l'adoption du code du patrimoine, quelques réflexions sur les notions partagées», *RDS*, 2005, núm. 22, pp. 1452-1458.

Concepto de patrimonio según el Código (art. L.1) y la reapropiación por el Derecho público de esta definición. (*I. S. P.*)

DIETZ, A.: «The New German Law on Copyright Contracts», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 1, pp. 5-20.

La nueva normativa alemana de 2 de marzo de 2002 en materia de relaciones contractuales entre autores. (*Alma R. G.*)

DI FABIO, P.: «La nuova normativa sulla cinematografia (c.d. "decreti Urbani"): quadro riassuntivo sistematico e prime impressioni», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 1, pp. 33-69.

Artículo que analiza la reciente normativa sobre cine contenida en el Decreto Legislativo «Urbani» núm. 28 del año 2004, con una nueva orientación dirigida hacia un más rígido control de la productividad de las subvenciones estatales al sector. (*Alma R. G.*)

— «La televisione via satellite in Italia alla luce della nuova legge sul sistema radiotelevisivo (c.d. Legge Gasparri): obblighi di programmazione, riserva alle opere europee, pubblicità, tutela dei minori», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 2, pp. 154-177.

Estudio de algunos problemas planteados por la Televisión vía satélite: entre otros, tutela de los menores y protección de los consumidores. (*Alma R. G.*)

FABIANI, M.: «Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE e nella sua attuazione nei Paesi della Comunità», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 2, pp. 137-153.

Criterios interpretativos de la Directiva 2001/29/CE sobre «Armonización de algunos aspectos del derecho de autor y de derechos conexos en la sociedad de información» en materia de excepciones y límites al derecho de los autores. (*Alma R. G.*)

FERRERI, S.: «Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini», *RDC*, 2005, núm. 1, parte segunda, pp. 27-52.

Reflexión sobre la acción negatoria en defensa del derecho de propiedad: diferencia con acciones afines, medios de prueba, legitimación pasiva, etc. (*M. R. D. R.*)

GOZZOLI, C.: «Il diritto di palco», *NGCC*, 2005, núm. 1, pp. 159-165.

Origen, objeto y contenido del derecho de palco en un teatro. (*Alma R. G.*)

HILT, P.: «De l'utilité des actions possessoires», *GP*, 2005, núm. 226-230, pp. 2-10.

Efectos de la posesión y su defensa judicial. (*I. S. P.*)

IZZO, N.: «Il distacco dall'impianto condominiale di riscaldamento e le obbligazioni del conduttore – nota a Cass. 15 gennaio 2005 n. 680», *GC*, 2005, núm. 4, pp. 925-927. (M. R. D. R.)

JOCHUM, H.: «Grundfälle zu Art. 14 GG», *JuS*, 2005, pp. 220 ss., 320 ss. y 412 ss.

Cuestiones fundamentales sobre el artículo 14 de la Ley Fundamental.

En este trabajo sobre el artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn, dividido en tres partes, se exponen, respectivamente y en las dos primeras, las cuestiones relativas a la garantía institucional de la propiedad y la herencia, así como lo relativo a su lícito contenido y límites (art. 14. I y II). La tercera parte trata del concepto de expropiación del artículo 14.III GG, su acotamiento por el contenido y límites del Derecho, así como sus presupuestos. (M. P. G. R.)

LEUSCHNER, L.: «Die Bedeutung von Allgemeinwohlinteressen bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung privatrechtlicher Regelungen am Beispiel der §§ 932 ff. BGB», *AcP*, núm. 2, 2005, pp. 205-245.

Se estudia la función del interés general en Derecho privado a propósito de los preceptos que regulan la adquisición *a non domino*. (M. G. R.)

LE VOCI, D.: «In tema di iscrizione ipotecaria sui beni futuri», *NGCC*, 2004, núm. 5, pp. 606-611.

Constante doctrina jurisprudencial que considera inscribibles los contratos de venta o permuta de un bien inmueble futuro. (Alma R. G.)

LIKILLIMBA, G. A.: «La possession corpore alieno», *RTDC*, 2005, núm. 1, pp. 1-32.

Estudio de la teoría de la desmaterialización de la posesión y su aplicación en la usucapición y en el derecho de retención. (I. S. P.)

MACQUEEN, H. L.: «“My Tongue is mine ain”: Copyright, the Spoken World and Privacy», *Modern L. Rev.*, 2005, vol. 68, núm. 3, pp. 349-361.

La protección del derecho de propiedad intelectual debe comprender también las palabras expresadas de forma oral, en especial, durante entrevistas o conversaciones, siempre que el discurso o alocución de que se trate esté documentado de algún modo y constituya un trabajo original. (A. R. G.)

MUSOLINO, G.: «Poteri di disposizione dell'usufruttuario e locazione del bene concesso in usufrutto», *RDC*, 2005, núm. 1, parte segunda, pp. 53-86.

Estudio de la relación entre el derecho de propiedad y el usufructo, con especial reflexión sobre la facultad de disposición del usufructuario del goce del bien y, en particular, efectos del contrato de arrendamiento, celebrado por el usufructuario, al término del derecho de usufructo: acciones de defensa del propietario y responsabilidad del usufructuario frente a propietario y arrendatario. (M. R. D. R.)

RICCHIUTO, S.: «Acquisto *a non domino* e doppia alienazione nel diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 1, pp. 24-32.

Artículo relativo a la transmisión de los derechos de utilización económica de la obra de ingenio por parte de quien no es su titular. (Alma R. G.)

RIFFERO, G.: «Brevi cenni sul contratto di scrittura artistica: il diritto dell'artista sull'effettiva esecuzione della propria prestazione lavorativa», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 2, pp. 178-192.

Reconstrucción jurisprudencial del derecho del artista a la ejecución y utilización del propio trabajo. (*Alma R. G.*)

RÖTHEL, A.: «Herstellungsverträge und Eigentumsordnung. §§ 651 y 950 BGB nach der Schuldrechtsreform», *NJW*, 2005, pp. 625 ss.

Contrato de una cosa a fabricar y transmisión de la propiedad. Los §§ 651 y 950 BGB después de la reforma del Derecho de Obligaciones.

Con la nueva redacción del § 651 BGB en la reforma del Derecho de Obligaciones el legislador alemán ha apartado el contrato de compraventa de una cosa a construir y entregar del régimen destinado a la transposición de la Directiva de garantías en la compraventa de bienes de consumo. Esta nueva delimitación entre el contrato de compraventa y el de obra plantea cuestiones nuevas en la práctica y en la dogmática jurídica. (*M. P. G. R.*)

TELLIER-LONIEWSKI, L./MAURIELLO, P.: «La notion d'investissement substantiel», *GP*, 2005, núm 201-202, pp. 9-11.

Estudio a propósito de la sentencia de 9 de noviembre de 2004 de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas sobre derechos del productor de base de datos. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Droit du cinéma», *GP*, 2005, núm. 126-130.

Estudios varios sobre aspectos jurídicos relacionados con el mundo del cine: garantías, derechos de autor. Aspectos franceses, europeos e internacionales. (*R. A. R.*)

DERECHO DE FAMILIA

AL MUREDEN, E.: «Assegno di divorzio ed incrementi reddituali del coniuge economicamente forte», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 748-755.

Artículo acerca de la asignación de la pensión de divorcio en caso de mejora de la situación patrimonial del cónyuge al cual la asignación le viene exigida. (*Alma R. G.*)

ANTONINI-COCHIN, L.: «Le paradoxe de la fidelité», *RDS*, 2005, núm. 1, pp. 23-25.

Aspectos de la obligación de fidelidad entre cónyuges. (*I. S. P.*)

ARRIGO, T.: «Il caso Gucci: un nuovo importante precedente in favore del risarcimento del danno (implicitamente "riflesso") da uccisione del conivente *more uxorio*», *NGCC*, 2005, núm. 2, pp. 222-231.

Legitimación activa del compañero sentimental para reclamar una indemnización en el supuesto de muerte de su pareja de hecho. (*Alma R. G.*)

BELL, M.: «Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union», *ERPL*, 2004, núm. 5, pp. 613-632.

Cada vez más países europeos reconocen de algún modo las uniones entre personas del mismo sexo. Esto plantea problemas a nivel comunitario, como se mostró en la negociación de la recientemente aprobada Directriz sobre libre movimiento de ciudadanos; en particular, la definición de familia. (M. G.-R.)

BUSI, V.: «Il ruolo dell'accordo nella separazione consensuale e la ammissibilità della simulazione: il nuovo orientamento della Cassazione», *NGCC*, 2005, núm. 2, pp. 347-354.

Naturaleza jurídica del acuerdo de separación conyugal. En particular, estudio de la revocación unilateral, la relevancia de los vicios del consentimiento y la admisión de la simulación. (Alma R. G.)

CORPART, I.: «La filiation sur ordonnance ou l'abolition des inégalités», *GP*, 2005, núm. 236-237, pp. 2-7.

Estudio a propósito de la Ordenanza 2005-759, de 4 de julio de 2005. Tendencia a la mayor igualdad en los modos de filiación y en los de rechazo de la filiación. (I. S. P.)

D'ALLURA, G.: «L'impresa familiare, l'impresa coniugale e la partecipazione dei coniugi a società», *GC*, 2005, núm. 3, pp. 91-103.

Análisis de la empresa familiar: determinación de la figura, naturaleza jurídica, derechos administrativos y patrimoniales, relación con el cónyuge que participa en el trabajo de la empresa. (M. R. D. R.)

FINELLI, W.: «Le Sezione Unite tornano sul tema dell'assegnazione della casa familiare: è opponibile anche al comodante il provvedimento presidenziale di assegnazione al coniuge affidatario della prole minore», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 804-825.

La asignación judicial de la vivienda familiar a la luz del interés de los hijos, de los cónyuges y de los derechos de terceros. En concreto, oponibilidad al comodante de la vivienda del procedimiento de atribución de la misma. (Alma R. G.)

GELLI, R.: «Perpetuità dell'eccezione di annullamento e regime degli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro coniuge», *NGCC*, 2005, núm. 1, pp. 72-78.

Eficacia de los actos realizados por un cónyuge sin el preceptivo consentimiento del otro cónyuge. (Alma R. G.)

GIACOBBE, G.: «Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale – nota a Cass. 26 maggio 2004 n. 10102», *GC*, 2005, núm. 3, pp. 730-740. (M. R. D. R.)

LAFOND, J.: «Notaires et avocats dans le nouveau divorce», *SJ*, 2005, núm. 10, pp. 429-433.

La buena aplicación del nuevo derecho del divorcio implica una estrecha colaboración entre abogados, notarios y expertos-compatibles. La colaboración

entre abogados notarios se impone naturalmente cuando se promueve un divorcio por consentimiento. En los otros procesos es necesario también. (I. S. P.)

LIPARI, N.: «Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa», *RTDPC*, 2005, núm. 2, pp. 517-523.

Acerca del debate abierto por la *l. 19 febbraio 2004, n. 40*, sobre procreación asistida, llena de lagunas y contradicciones, y demasiado influida por motivos sociopolíticos. (M. R. D. R.)

MAHINGA, J.-G.: «Les liberalites entre époux après la loi n. 2004-439 du 26 mai 2004 réformant le divorce», *SJ*, 2005, núm. 4, pp. 127-132.

La evolución de la familia conduce al legislador a la reforma de las liberalidades matrimoniales. Aunque limitadas, las modificaciones conciernen a la validez de las donaciones designadas por interposición de personas. (I. S. P.)

MASSIP, J.: «Le contrôle par la cour de cassation de la faute cause de divorce», *GP*, 2005, núm. 149-151, pp. 2-4.

Notas a la sentencia de la corte de casación, sección 1, de 11 de enero de 2005, por violación de los deberes de los cónyuges. (I. S. P.)

MONTANARI, R.: «Diritto del coniuge divorziato all'indennità di fine rapporto: condizioni e limiti temporali», *NGCC*, 2005, núm. 2, pp. 297-305.

Derecho por parte del cónyuge acreedor de la pensión de divorcio a una parte de la indemnización obtenida por el cónyuge deudor a causa de la ruptura de la relación laboral. (Alma R. G.)

MORCAVALLO, F.: «Cause di scioglimento della comunione legale tra i coniugi e comunione di residuo: problemi vecchi e nuovi a trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia», *NGCC*, 2004, núm. 5, pp. 607-628.

La ruptura de la comuniación legal de bienes entre cónyuges como constitución de un nuevo régimen patrimonial: caracteres y función de tal régimen. Análisis de las diferentes causas de la ruptura. (Alma R. G.)

MURY, P. H.: «Le “notaire” judiciairement commis en matière de divorce est-il un expert?», *RDS*, 2005, núm. 5, pp. 329-331.

Negativa a la inclusión del notario como experto en los divorcios por tener el carácter de oficial público y su función de orden jurídico, entre otras razones. (R. A. R.)

NATALI, L.: «Natura e ripartizione della pensione di reversibilità: rilevanza della convivenza *more uxorio*», *NGCC*, 2004, núm. 5, pp. 639-653.

Naturaleza y criterios de reparto de una pensión tras la ruptura de la convivencia de hecho. (Alma R. G.)

PINTENS, W.: «Die Commission on European Family Law. Hintergrund, Gründung, Arbeitsmethode, und erste Ergebnisse», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 548-561.

Se exponen los trabajos de la Comisión sobre Derecho de Familia Europeo, y trata de defender, a nuestro entender, con poco éxito, la conve-

niencia actual de la armonización de los distintos ordenamientos nacionales en esta materia. (M. G. R.)

RENDÀ, A.: «Ammissibilità del *trust* interno e questioni in materia di comune legale», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 844-858.

Admisión del *trust* interno constituido por un cónyuge casado bajo el régimen de comuniación legal de bienes a favor de los propios hijos. (Alma R. G.)

SERIAUX, A.: «Une définition civile du mariage (prière d'insérer)», *RDS*, 2005, núm. 29, pp. 1966-1969.

Según el autor sólo una definición civil de matrimonio, hasta ahora inexistente en Derecho francés, ofrecería una base legal suficiente para impedir las tentativas de matrimonio poligámico, homosexual, de conveniencia, etc. (I. S. P.)

SESTA, M./GRAZIOSI, A.: «La composizione dei conflitti familiari nell'esperienza italiana», *RTDPC*, 2005, núm. 2, pp. 575-611.

Reflexión sobre los conflictos conyugales en los momentos de vida en común y tras la crisis conyugal, en el ámbito personal y patrimonial y en materia de alimentos: problemas en la determinación y cumplimiento del régimen de guarda y custodia, educación, derechos de visita y obligación de prestar alimentos respecto de los hijos; jurisdicción estatal y eclesiástica en la acción de nulidad del matrimonio, fuentes legislativas del proceso de separación y divorcio, procedimiento de modificación de la sentencia de separación y divorcio, actuaciones judiciales coactivas, conciliadoras y mediadoras, posición y función del menor en estos procedimientos. (M. R. D. R.)

SHELDON, S.: «Fragmenting Fatherhood: The Regulation of Reproductive Technologies», *Modern L. Rev.*, julio 2005, vol. 68, núm. 4, pp. 523-553.

Reflexiones en torno a la determinación de la paternidad de los nacidos mediante técnicas de reproducción artificial con ocasión de la reforma de la legislación británica en la materia. La autora desarrolla un completo examen de los datos relativos a la aplicación práctica de la vigente ley de 1990, así como de la jurisprudencia derivada de los conflictos que se han planteado ante los tribunales. (J. R. I.)

SIMLER, P.: «La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 256 du Code civil», *SJ*, 2005, núm. 31-35, pp. 1491-1492.

En opinión del autor, nada acredita la idea de que el legislador haya querido, con ocasión de la reforma del divorcio, reducir la libertad de los convenios matrimoniales. La interpretación maximalista del artículo 265 resulta indeseable y por tanto refutable. (R. A. R.)

VALIGNANI, R.: «Comunione legale e riconciliazione», *NGCC*, 2005, núm. 1, pp. 81-89.

Efectos que la reconciliación, realizada en un momento posterior a la separación conyugal, posee en relación al régimen de comuniación legal de bienes entre los cónyuges. (Alma R. G.)

VV. AA.: «Droit de la famille», *GP*, 2005, núm. 189-190.

Número especial sobre el Derecho de familia francés, donde se analizan temas como el régimen económico y los pactos, la incapacidad y la tutela; la filiación y el divorcio, elementos de reforma. (I. S. P.)

WELLENHOFER, M.: «Das neue Recht für eingetragene Lebenspartnerinnen», *NJW*, 2005, pp. 705 ss.

El nuevo Derecho sobre parejas de hecho de personas del mismo sexo.

El 1 de enero de 2005 entró en vigor la nueva ley de parejas de hecho. Con ella la ley de parejas de hecho de personas del mismo sexo de 1 de agosto de 2001 se modificó en varios puntos y se acomodó al derecho matrimonial. La versión original de esta ley se abstenía, como el propio legislador en la Exposición de Motivos de la ley declaraba, de establecer, ante el tenor del artículo 6 de la Ley Fundamental, las diferencias culturales entre el matrimonio y esta nueva institución. A juicio de la autora, después de la STC de 17 de julio de 2002 las dudas al respecto parecen dirigirse en la línea de unificación de ambas instituciones. El artículo trata de las principales modificaciones de la ley. (M. P. G. R.)

DERECHO DE SUCESIONES

DE GIORGI, M. V.: «Fondazioni di famiglia e attività d’impresa», *NGCC*, 2005, núm. 2, pp. 79-84.

Artículo relativo a la transmisión familiar de la riqueza: las fundaciones en el ámbito de la familia. (Alma R. G.)

KÖSTER, E.: «Das Schicksal des gemeinschaftlichen Testaments nach Auflösung der Ehe: Probleme des § 2268 BGB», *JuS*, 2005, pp. 407 ss.

El destino del testamento mancomunado tras la disolución del matrimonio: problemas en torno al § 2268 BGB.

El artículo trata de los principales puntos que plantea el testamento mancomunado en relación con la ruptura del matrimonio. (M. P. G. R.)

LANGE, K. W.: «Die Pflichtteilentziehung gegenüber Abkömmlingen de lege lata und de lege ferenda», *AcP*, 2004, núm. 6, pp. 804-831.

El 64.º Congreso Jurídico Alemán, de octubre de 2002, se pronunció por mantener en lo esencial las disposiciones sobre la legítima hereditaria, aunque instando la modificación de las causas de desheredación. El autor hace un repaso crítico a cada uno de las causas. (M. G.-R.)

MUSOLINO, G.: «Aspetti formali e validità del testamento olografo», *NGCC*, 2005, núm. 1, pp. 49-67.

Aspectos formales y sustanciales del testamento olografo: la autografía, la intervención de terceros en la redacción del testamento, la fecha, la ausencia de requisitos formales del testamento olografo entre la nulidad y la anulabilidad de las disposiciones de última voluntad ... (Alma R. G.)

PAAL, B.: «Sittenwidrigkeit im Erbrecht», *JZ*, 2005, pp. 436 ss.

Contrariedad a las buenas costumbres en el Derecho de sucesiones.

El principio de autonomía privada rige en materia de sucesiones en Alemania. Ello se deriva del artículo 14.1 de la Ley Fundamental que reconoce la libertad de testar como un derecho individual del causante. Existen, no obstante, límites a esta libertad, como las legítimas, o los derivados de la nulidad de las disposiciones dictadas contra una prohibición legal o contra las buenas costumbres. El artículo analiza en grupos de casos la modificación jurisprudencial producida en relación con estas últimas y analiza las consecuencias jurídicas de las disposiciones sucesorias contrarias a las buenas costumbres. (M. P. G. R.)

REIMANN, W.: «Vereinbarungen zwischen Testamentsvollstreckern und Erben über die vorzeitige Beendigung der Testamentsvollstreckung», *NJW*, 2005, pp. 789 ss.

Acuerdos entre el ejecutor testamentario y los herederos sobre la finalización anticipada de la ejecución testamentaria.

La ejecución testamentaria adquiere una importancia progresivamente creciente, que suele estar relacionada con el alcance y complejidad de la sucesión. El establecimiento de una ejecución testamentaria no garantiza por sí sólo el éxito de la transmisión hereditaria. Es importante que sean neutralizados de antemano o durante la ejecución las cuestiones más conflictivas. (M. P. G. R.)

SONNEKUS, J.: «The New Dutch Code on Succession as Evaluated Through the Eyes of a Hybrid Legal System», *ZEuP*, 2005, núm. 1, pp. 71-87.

Repasso al nuevo Derecho holandés de sucesiones, que se aproxima más al alemán que al latino. Así, la legítima, que se mantiene, es sólo un derecho de crédito. Aunque parezca sorprendente, se refuerza la posición del cónyuge supérstite. La sucesión se produce sin la intermediación de un tercero, propia del Derecho inglés. (M. G.-R.)

TEDESCO, G.: «In tema di azione di riduzione e divisione fatta dal testatore – nota a Cass., sez. un., 25 ottobre 2004 n. 20644», *GC*, 2005, núm. 2, pp. 353-356. (M. R. D. R.)

VARIA

BERGER, C.: «Beweisführung mit elektronischen Documenten», *NJW*, 15/2005, pp. 1016 ss.

La presente contribución analiza la cuestión de la prueba con documentos electrónicos, prestando especial atención al fundamento y alcance del deber de presentación de documentos electrónicos en el proceso civil. (B. T. G.)

BLOHORN-BRENNEUR, B.: «La médiation judiciaire en France: bilan de dix ans de pratique (1995-2005)», *GP*, 2005, núm. 131-132, pp. 2-7.

Utilización de la mediación judicial en Francia: en materia de familia y en materia económica. Procedimiento judicial de mediación. Intentos de armonización. (I. S. P.)

BUCHER, E.: «Zu Europa gehört auch Lateinamerika!», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 515-547.

El autor hace hincapié en la extraordinaria influencia que el Derecho europeo ha tenido en Hispanoamérica, haciendo un destacable repaso de

figuras fundamentales como Vélez Sarsfield, Andrés Bello y Texeira de Freitas. (M. G.-R.)

BYK, C.: «Bioéthique, universalisme et mondialisation», *SJ*, 2005, núm. 7, pp. 315-320.

El debate sobre la bioética presenta hoy tres caracteres principales: la inserción de sus raíces en el Derecho de los derechos del hombre, la institucionalización a través de creación de comités de ética y la internacionalización, principalmente por el rol que juegan los organismos internacionales. (R. A. R.)

FERRAND, F.: «Der ALI-UNIDROIT-Entwurf über Transnationale Prinzipien und Regeln im Zivilverfahrensrecht», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 616-630.

Se exponen los principios de un proyecto de ALI-UNIDROIT sobre Derecho procesal en materias de Derecho mercantil o comercial que tengan carácter transnacional. Punto de difícil superación es el orden público de cada sistema procesal interno. (M. G.-R.)

HESS, B.: «Die Konstitutionalisierung des europäischen Privat- und Prozessrechts», *JZ*, 2005, pp. 540 ss.

La constitucionalización del Derecho privado y procesal europeo.

El Tratado de la Constitución europea confiere un decidido empuje a la sistematización del Derecho privado y procesal europeo. La parte de los derechos fundamentales establece principios y valores que pueden orientar la labor del legislador y de la práctica judicial. Con ello el Derecho privado y procesal europeo experimentará un fuerte empuje en opinión del autor de este trabajo. (M. P. G. R.)

KRIEG, J. F.: «L'américanisation de la justice, marque d'un mouvement de privatisation du droit et de la justice civile?», *GP*, 2005, núm. 93-95, pp. 2-9.

Desarrollo de la función preventiva del derecho de responsabilidad. Tendencia a la americanización del derecho de la responsabilidad. (R. A. R.)

LE GAL, C.: «La contestation de la directive relative à la protection des inventions biotechnologiques», *SJ*, 2005, núm. 11, pp. 491-495.

La incorporación de los genes en esfera de la propiedad industrial se inserta en un proceso regular de extensión del campo de este último. Por tanto, la adopción de la directiva relativa a la protección de los descubrimientos biotecnológicos, que oficializa las patentes de secuencias genéticas, supone importantes problemas de transposición en el derecho interno de los países miembros de la Unión Europea. En Francia, la ley de bioética de 2004 supone una revisión a las antiguas soluciones dadas en este campo. (R. A. R.)

LOKIN, J.: «Die Rezeption des Code Civil in den nördlichen Niederlanden», *ZEuP*, 2004, núm. 4, pp. 932-946.

Las diversas vicisitudes de las primeras codificaciones de los Países Bajos, incluyendo en parte la actual Bélgica. (M. G.-R.)

POSCH, W.: «Reaktionen des österreichischen Gesetzgebers auf die privatrechtliche Judikatur des Europäischen Gerichtshofs», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 581-594.

Se hace constar que Austria, ya antes de su entrada en la Unión Europea, había promulgado leyes similares a la directrices comunitarias en materias como responsabilidad por productos o ventas fuera de establecimientos mercantiles. Sin embargo, tales normas no eran totalmente conformes a las directrices, y los tribunales tampoco han optado tras la integración por hacer una interpretación conforme al Derecho comunitario. Ello va a hacer necesaria la intervención del legislador. (M. G.-R.)

PRECHAL, S./SHELKOPLAS, N.: «National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond», *ERPL*, 2004, núm. 5, pp. 589-611.

El artículo trata el asunto de las normas procesales internas de cada país y las dificultades que pueden plantear para la efectividad del Derecho de la Unión Europea. En muchas ocasiones, un escollo importante es el orden público en materia procesal interna. (M. G.-R.)

SCHWAB, R.: «Das zivilrechtliche Nachspiel im Fall Hoyzer», *NJW*, 2005, pp. 938 ss.

El epílogo jurídico-civil del caso Hoyzer (el mayor escándalo arbitral en el fútbol alemán). (M. P. G. R.)

SEYR, S.: «Der verfahrensrechtliche Ablauf vor dem EuGH am Beispiel der Rechtssache “Prosciutto di Parma”», *JuS*, 4/2005, pp. 315 ss.

El artículo describe el procedimiento de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y proporciona información sobre el funcionamiento interno del tribunal. (B. T. G.)

SKWRON-GALVEZ, X.: «Le principe de territorialité des marques à l’œuvre de l’universalité de l’internet: un bref tour d’horizon de la jurisprudence française», *GP*, 2005, núm. 173-174, pp. 2-6.

Estudio de varias sentencias sobre diversos aspectos del tema. (I. S. P.)

VÉKÁS, L.: «Integration des östlichen Mitteleuropa im Wege rechtsvergleichender Zivilrechtserneuerung», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 454-476.

La situación del Derecho privado en los antiguos países socialistas del centro-este europeo. Se destaca que estos países han pertenecido por tradición al tronco común del Derecho privado de Europa continental. Durante las dictaduras se mantuvo en alguna medida el nivel cultural jurídico mediante el estudio del Derecho romano, el Derecho comparado y el internacional privado. Ahora se enfrentan al problema de las nuevas codificaciones, así como a la integración del Derecho comunitario. (M. G.-R.)

VV. AA.: «Technologies avancées», *GP*, 2005, núm. 107-109.

Número especial sobre derecho de tecnologías avanzadas. Problemas jurídicos de responsabilidad por daños. (R. A. R.)

WADLE, E.: «Rezeption durch Anpassung: Der Code Civil und das Badische Landrecht –Erinnerung an eine Erfolgsgeschichte–», *ZEuP*, 2004, núm. 4, pp. 947-960.

La aplicación del Código Napoleón en Baden, primero Gran Ducado, luego Reino, y ahora parte del *Land* Baden-Württemberg. (M. G.-R.)

WAGNER, R.: «Zur Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts sechs Jahre nach In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrags», *NJW*, 2005, pp. 1754 ss.

Sobre la unificación del Derecho internacional privado y procesal civil, seis años después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. (M. P. G. R.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BECKER, H.: «La nouvelle loi allemande du 7 juillet 2004 contre la concurrence déloyale», *GP*, 2005, núm. 133-134, pp. 2-7.

Estudio de la Ley de competencia desleal de 7 de julio de 2004 de Alemania. Se analizan diversos aspectos: finalidad de la ley, definiciones jurídicas, actos ilícitos y sus consecuencias, procedimientos, etc. (I. S. P.)

BOY, L.: «Le droit de la concurrence: régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence», *RDS*, 2004, núm. 41, pp. 1733-1738.

Discusiones y puntos de vista de la doctrina francesa en materia de competencia. Necesidad de una regulación mediante operadores económicos. (R. A. R.)

BUONOCORE, V.: «La cultura giuridica italiana dagli anni sessanta ad oggi e il diritto commerciale», *RTDPC*, 2005, núm. 1, pp. 1-20.

Reflexión sobre la cultura jurídica italiana y las reformas y cambio de pensamiento respecto del derecho mercantil. (M. R. D. R.)

D'ALLURA, G.: «L'impresa familiare, l'impresa coniugale e la partecipazione dei coniugi a società», *GC*, 2005, núm. 3, pp. 91-103.

Ánalisis de la empresa familiar: determinación de la figura, naturaleza jurídica, derechos administrativos y patrimoniales, relación con el cónyuge que participa en el trabajo de la empresa. (M. R. D. R.)

TILMANN, W.: «Das europäische Zivilrecht des gewerblichen Rechtsschutzes», *ZEuP*, núm. 3, 2004, pp. 672-676.

Existe un proyecto de los organismos europeos de un Reglamento sobre patente comunitaria, en virtud del cual se creará un Tribunal de infracción de patentes. (M. G.-R.)

VV. AA.: «Droit de la concurrence», *GP*, 2005, núm. 142-144.

Número especial sobre derecho de la competencia en materia de sociedades. (R. A. R.)

ZULEEG, M.: «Öffentliche Aufträge nach europäischem und deutschem Recht», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 636-643.

Se expone en el artículo la situación de los contratos administrativos en Alemania, y cómo las normas europeas sobre respeto a la libre competencia han obligado al Estado alemán, apremiado por la Comisión Europea, a modificar su legislación al respecto cuando los contratos superan determinada cuantía. (M. G.-R.)

DERECHO DE SOCIEDADES

ALPA, G.: «La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.», *NGCC*, 2004, núm. 6, pp. 659-663.

Estudio de la responsabilidad originada por la dirección y coordinación de las sociedades en virtud del artículo 2497 del Código civil italiano: requisitos, sujetos responsables y causas de exoneración de responsabilidad. (Alma R. G.)

D'ALESSANDRO, C.: «Vendita di partecipazioni sociali e promessa di qualità –nota a Cass. 20 febbraio 2004 n. 3370», *GC*, 2005, núm. 4, pp. 1071-1078. (M. R. D. R.)

BEUTHIEN, V.: «Zur Grundlagenungewissheit des deutschen Gesellschaftsrechts», *NJW*, 13/2005, pp. 855 ss.

El autor sostiene que muchas cuestiones básicas de derecho societario y, en algunos aspectos, también la propia sistemática del Derecho de sociedades ya no son coherentes y armónicas, y defiende la necesidad de una nueva reflexión en la materia. (B. T. G.)

FUSARO, A.: «Le trasformazioni eterogenee: un'apertura delle frontiere tra società lucrative ed enti *non profit*?», *NGCC*, 2005, núm. 1, pp. 73-78.

Artículo dedicado a las operaciones de transformación en el ámbito societario. (Alma R. G.)

GRUNEWALD, B./MÜLLER, H.-F.: «Ausländische Rechtsberatungsgesellschaften in Deutschland», *NJW*, 8/2005, pp. 465 ss.

En un contexto en el que las fronteras en el interior de la Unión Europea se han vuelto permeables, los autores se preguntan qué reglas deben ser observadas en la actividad de asesoramiento jurídico de las sociedades procedentes de otro Estado miembro en Alemania. (B. T. G.)

HIRTE, H.: «Die Entwicklung des Personengesellschaftsrechts in Deutschland in den Jahren 2003 bis 2004», *NJW*, 11/2005, pp. 718 ss.

La presente contribución proporciona información sobre la evolución del Derecho de sociedades, considerando –en relación con la exposición sobre las sociedades capitalistas (*vid. NJW* 2005, 477)– las cuestiones más destacadas relativas a las sociedades personalistas, sociedades sin personalidad jurídica. (B. T. G.)

LORDI, A.: «*Corporate governance* e prezzo contrattuale. Contributo allo studio delle regole formanti la giustizia contrattuale. Profili comparativi», *CI*, 2005, núm. 1, pp. 338-375.

Gobierno societario y responsabilidad de los administradores en el derecho de sociedades de Estados Unidos: *business judgment rule e duties of care and loyalty*. El justo precio en *Weinberger v. UOP, Inc.* (Alma R. G.)

PASSARGE, M.: «Anforderungen an die Satzung einer Rechtsanwalts-AG», *NJW*, 26/2005, pp. 1835 ss.

El artículo examina los requisitos que han de cumplir los estatutos de una sociedad anónima de abogados a la luz de la sentencia del BGH de 1 de enero de 2005. (B. T. G.)

SALVADOR CODERCH y otros: «Shareholder Liability for Corporate Torts Considering *Meyer v. Holley et al.* (537 U.S. 280 [2003])», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 644-671.

Los autores ponen en cuestión la responsabilidad limitada de los accionistas por las deudas sociales en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada cuando tal responsabilidad se deriva de daños extracontractuales. (M. G.-R.)

TEBOUL, G.: «Quelques observations sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises après le vote du 9 mars 2005», *GP*, 2005, núm. 112-113, pp. 14-18.

Estudio sobre el proyecto de ley de reforma del derecho de empresas en dificultades. Protección en caso de cesación de pagos. (R. A. R.)

TERRUSI, F.: «I patrimoni delle società per azioni destinati a uno specifico affare: analisi della disciplina e verifica degli effetti», *GC*, 2005, núm. 3, pp. 105-130.

Estudio de la sociedad por acciones: modelos legales de destinación del patrimonio, objeto y límites; estructura y función del patrimonio separado, régimen de tutela de los acreedores, posibilidad de responsabilidad ilimitada, rendimiento de cuentas, liquidación del patrimonio, situación de quiebra de la sociedad. (M. R. D. R.)

UETTWILLER, J. J.: «La fusion avec une S.A.S. est-elle une transformation de société?», *GP*, 2005, núm. 103-104, pp. 2-5.

Estudio a propósito de dos decisiones judiciales del Tribunal de Nanterre de 18 de marzo de 2003 y del Tribunal de Versalles de 27 de enero de 2005 sobre la interpretación del artículo 227-3 del Código de comercio francés. Fusión por decisión unánime de todos los asociados de la sociedad absorbida. Diferencia entre fusión y transformación. (I. S. P.)

ZUCCONI, E.: «La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma», *RTDPC*, 2005, núm. 2, pp. 453-486.

Análisis de los vicios asamblearios después de la reforma societaria: los casos de ilicitud de las deliberaciones asamblearias en la jurisprudencia anterior a la reforma, el arbitraje societario del *d. lgs. n. 5 del 2004*, la teoría de los intereses tutelados, el derecho de impugnación, la hipótesis de nulidad

absoluta por modificación ilícita del objeto social, indisponibilidad de los derechos e inderogabilidad de la norma. (M. R. D. R.)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

TANDEAU DE MARSAC, S.: «Lutte contre les opérations d'initiés et les manipulations de cours: vers un renforcement de l'intégrité des marchés financiers?», *GP*, 2005, núm. 163-165, pp. 2-10.

Insuficiencia de la normativa de regularización de mercados financieros. La directiva de la CEE de 13 de noviembre de 1989 y su aplicación. (I. S. P.)

CONTRATOS MERCANTILES

BENEDICT, J.: «Die rechtliche Einordnung des Anlagevermittlers. Zeit für eine Klärung! – Zeit für den Großen Senat?», *AcP*, 2004, núm. 5, pp. 697-731.

El artículo trata sobre la posición jurídica del mediador en las inversiones (inmobiliarias, bolsa, fondos de inversión, etc.). En opinión del autor, depende del caso concreto, pero la base es normalmente un contrato de corretaje. (M. G.-R.)

GEORGAKOPOULOS, L.: «Investmentschutz durch Investmentrahmenvertrag? Gedanken zur Privatisierung der Kapitalmarktaufsicht», *ZEuP*, 2004, núm. 3, pp. 631-635.

El autor propone, para proteger a los inversores privados, además de los controles públicos, la realización de un nuevo contrato marco de inversión, que se realizaría entre la sociedad emisora de acciones y un tercero, que, en beneficio de los inversores, controlaría el cumplimiento por la sociedad de sus deberes. (M. G.-R.)

GHESTIN, J.: «La cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation», *SJ*, 2005, núm. 6, pp. 253-267.

La corte de casación ha puesto fin a la controversia abierta después de 1994 relativa a la recalificación en contratos de capitalización de los contratos de seguro de vida modernos. El capital se constituye por las primeras según las técnicas cercanas de la capitalización. (R. A. R.)

MINERVINI, E.: «La conciliazione stragiudiziale delle controversie relative ai contratti di franchising», *CI*, 2005, núm. 1, pp. 413-416.

La conciliación extrajudicial en el artículo 7 de la nueva Ley de 6 de mayo de 2004 n. 126 reguladora del contrato de franquicia. (Alma R. G.)

PÉRIER, M.: «Chronique d'une assurance ordinaire: l'assurance-vie devant la chambre mixte de la cour de cassation», *GP*, 2005, núm. 170-172, pp. 2-9.

Evolución del seguro de vida clásico al moderno. Valor y límites de la recalificación. A propósito de la sentencia de casación de 23 de noviembre de 2004. (R. A. R.)

PETERSEN, J.: «Die Lebensversicherung im Bürgerlichen Recht», *AcP*, 2004, núm. 6, pp. 832-834.

Se plantea en el artículo el problema del seguro de vida para el caso de muerte, y si la cantidad recibida por el beneficiario proviene directamente del tomador del seguro fallecido, o bien de la compañía de seguros, con sus lógicas diferencias en Derecho hereditario. (M. G.-R.)

ROBINEAU, M.: «Regard critique sur la jurisprudense protectrice des azures contre le vol», *SJ*, 2005, núm. 27, pp. 1279-1283.

Comentario sobre dos sentencias de la Corte de casación en 2004 en las que ha reforzado y renovado la protección de los seguros de vuelo. Sentencias que al autor le suscitan ciertas reservas. (R. A. R.)

VV. AA.: «Droit bancaire», *GP*, 2005, núm. 159-160.

Número especial donde se destaca la importancia del secreto bancario y los problemas con los clientes. (R. A. R.)

DERECHO CONCURSAL

FLESSNER, A.: «Grundsätze des europäischen Insolvenzrechts», *ZEuP*, 2004, núm. 4, pp. 887-907.

El autor, reconocido especialista en Derecho concursal, expone los esfuerzos del grupo de trabajo que ha dado a la luz los Principios de Derecho Europeo Concursal. (M. G.-R.)

MEDER, S.: «Sonderstellung des Insolvenzverwalters im Einzugsermächtigungsverfahren?», *NJW*, 10/2005, pp. 637 ss.

El artículo toma como punto de partida la sentencia del BGH de 4 de noviembre de 2004 que se plantea si también se aplica a los administradores concursales la posición privilegiada del deudor en caso de domiciliación bancaria. (B. T. G.)

PANINI, G. M.: «In tema di *leasing* traslativo e fallimento del concedente», *NGCC*, 2004, núm. 5, pp. 616-622.

Aplicación al contrato de *leasing* de la disciplina reguladora de la quiebra. (Alma R. G.)

PONTI, L.: «Se, a quali condizioni, sia opponibile al fallimento la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto», *NGCC*, 2005, núm. 2, pp. 258-262.

Regulación de los efectos de la quiebra respecto a las relaciones jurídicas preexistentes y, en particular, efectos de la quiebra sobre un contrato preliminar de venta. (Alma R. G.)

VV. AA.: «Procedures collectives», *GP*, 2005, núm. 187-188.

Número especial sobre procedimientos de insolvencia empresarial en Francia. Necesidad de modernización. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Procédures collectives», *GP*, 2005, núm. 119-120.

Número especial sobre procedimientos colectivos en Francia. Crédito del empresario financiero y comentarios jurisprudenciales. (*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
RDIImm	Revue de Droit Immobilier
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Texas L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2004

Encarna ROCA TRÍAS (Catedrática de Derecho civil. UB), Ramón CASAS VALLÉS (Titular de Derecho civil. UB), Isabel MIRALLES GONZÁLEZ (Titular de Derecho civil. UB), Asunción ESTEVE PARDO (Dra. en Derecho. Prof. Asociada UB), Olga ROVIRA (Licenciada en Derecho. Prof. Asociada. UB), Carles VENDRELL CERVANTES (Licenciado en Derecho. UB), Elisabet GRATTI (Licenciada en Derecho. UB).

STC 1/2004, de 14 de enero.

RA: Admisión.

Ponente: Jiménez de Parga.

Conceptos: Régimen de visitas a los hijos. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa: Pertinencia de la prueba. Prueba admitida y no practicada por razones ajenas a quien la propone. Relevancia de la prueba para la resolución del conflicto.

Preceptos de referencia: Artículos 24.2 CE, 50.3 LOTC.

En un juicio de divorcio se solicitó –por parte de la ahora recurrente– la modificación del régimen de visitas fijado respecto de la hija común del matrimonio mientras «*dure el tratamiento psicológico que la menor está recibiendo y dado su delicado estado emocional sea el padre el que se traslade a la localidad en donde reside la madre (Basauri-Vizcaya), a efectos de realizar la citada visita en la mencionada localidad*».

En apoyo de tal pretensión se solicitó la prueba pericial consistente en que por el equipo de psicólogos del Juzgado se examinase a ambos progenitores y a la menor. Dicha práctica fue acordada pero no realizada por incomparcencia del otro progenitor. Y, sin haberse practicado, la prueba se dictó sentencia desestimando la petición en orden a la supresión o modificación del régimen de visitas. La sentencia que resuelve el recurso planteado señaló que «*no se ha acreditado que el realizar tales viajes pueda ser perjudicial para la menor y tal hecho le corresponde acreditarlo a la parte solicitante*».

En la demanda de amparo se aduce vulneración del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes y, por reflejo del mismo, también del derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE). Entiende que, admitida la prueba pericial que propuso en ambas instancias y no practicada finalmente en ninguna de ellas, se ha lesionado el derecho a utilizar tal medio de prueba

declarado previamente como pertinente y se le ha generado indefensión por la declaración expresa que se contiene en la Sentencia de apelación respecto de la insuficiencia de prueba de los hechos que fundamentaban su pretensión.

Desde esta perspectiva, el TC señala que «*De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, sintetizada recientemente en la STC 43/2003, de 3 de marzo, F. 2, para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba se exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos*». (FJ 2).

Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el TC, el punto de partida en el examen de la vulneración del derecho a la prueba ha de ser el reconocimiento de que el artículo 24.2 establece el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y que el alcance de esta garantía se encuentra delimitado por tres órdenes de consideraciones. «*El primer aspecto, la propia formulación del artículo 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba “pertinentes”, implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el tema decidendi [por todas, SSTC 147/2002, de 15 de junio, F. 4; 70/2002, de 3 de abril, F. 5; 165/2001, de 16 de julio, F. 2 a); y 96/2000, de 10 de abril, F. 2], ya que, como señaló muy tempranamente este Tribunal, la opinión contraria no sólo iría contra el tenor literal del artículo 24.2 CE, sino que conduciría a que, a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles, se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutesen cuestiones ajenas a su finalidad (AATC 96/1981, de 30 de septiembre, F. 2; 460/1983, de 13 de octubre, F. 6; y 569/1983, de 23 de noviembre, F. 6), vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el artículo 24.2 CE (STC 177/1984, de 7 de febrero, F. 4).*

En segundo término, tratándose de un derecho de configuración legal la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el Ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio (SSTC 173/2000, de 26 de junio, F. 3, y 167/1988, de 27 de septiembre, F. 2). En tal sentido, es preciso, por un lado, desde la perspectiva de las partes procesales, que hayan solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento (por todas SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, F. 4; 147/2002, de 15 de junio, F. 4; 165/2001, de 16 de julio, F. 2; y 96/2000, de 10 de abril, F. 2); y, por otro, desde la perspectiva de los órganos judiciales, que es a quienes compete la interpretación de las normas legales aplicables sobre la admisión y práctica de los medios de prueba, que se pronuncien sobre su admisibilidad motivadamente sin incurrir en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad y que, en su caso, la falta de práctica de los medios de prueba admitidos no les sea imputable (por todas, SSTC 147/2002,

de 15 de junio, F. 4; 109/2002, de 6 de mayo, F. 3; 70/2002, de 3 de abril, F. 5; 165/2001, de 16 de julio, F. 2; y 78/2001, de 26 de marzo, F. 3). Igualmente el rechazo motivado de los medios de prueba ha de producirse en el momento procesal oportuno (SSTC 173/2000, de 26 de junio, F. 3; 96/2000, de 10 de abril, F. 2; 218/1997, de 4 de diciembre, F. 3; 164/1996, de 28 de octubre, F. 2; y 89/1995, de 6 de junio, F. 6), ya que la denegación tardía, aunque razonada, de la prueba se ha considerado que, prima facie, podría afectar al derecho en la medida en que existe el riesgo de “perjudicar dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia o, incluso, de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria” (STC 96/2000, de 10 de abril, F. 2).

Por último, el alcance de esta garantía constitucional exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [por todas, STC 157/2000, de 12 de junio, F. 2 c)]; ello se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio, F. 4), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril, F. 5), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre, F. 3). Teniendo en cuenta que la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo, corresponde al recurrente alegar y fundamentar adecuadamente que la prueba en cuestión resulta determinante en términos de defensa sin que la verificación de tal extremo pueda ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (por todas, SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, F. 4; 147/2002, de 15 de julio, F. 4; 79/2002, de 8 de abril, F. 3; y 70/2002, de 3 de abril, F. 5). De ese modo, el recurrente ha de razonar en esta sede en un doble sentido. Por un lado, respecto de la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; de otro, argumentando que la resolución final del proceso judicial podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien, por este motivo, busca amparo (por todas, STC 147/2002, de 15 de julio, F. 4» (FJ 2).

STC 5/2004, de 16 de enero.

RA: Inadmisión.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Derecho a un proceso con todas las garantías. Presunción de inocencia. Libertad de expresión. Libertad ideológica. Libertad de asociación.

Preceptos de referencia: LO 6/2002 de Partidos Políticos. Artículos 24.1, 24.2, 20.1 a), 16.1, 6 y 22 CE. Artículos 6, 9 y 11 Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 10 Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 286 LECiv.

El recurso de amparo es promovido por el partido político Batasuna contra la sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 27 de

marzo de 2003, que declara la ilegalidad y disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna al amparo de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos (LOPP). El proceso para solicitar la declaración de ilegalidad de dichos partidos fue incoado por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, y por el Ministerio Fiscal.

El partido político Batasuna alega ante el TC que del proceso y la sentencia del Tribunal Supremo que declara su ilegalización y la de los partidos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok se deriva la vulneración de una pluralidad de derechos fundamentales por el siguiente orden:

1) *Lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, en su vertiente de derecho a un Juez imparcial.*—La supuesta lesión tiene su fundamento en la desestimación que la Sala Especial del Tribunal Supremo hizo de la recusación formulada por el demandante de amparo contra el Presidente de dicha sala y ponente de la Sentencia impugnada, Sr. D. Francisco José Hernando Santiago. Dicha Sala Especial del Tribunal Supremo tiene atribuida la competencia para conocer de la disolución de partidos políticos por la LOPP y la causa de recusación de su Presidente presentada por el recurrente se basaba en que éste tenía «*interés directo o indirecto en el pleito o causa*» ya que había participado en la elaboración del informe de Anteproyecto de la LOPP, emitido por el Pleno del Congreso General del Poder Judicial, que valoraba positivamente el procedimiento de ilegalización de partidos políticos introducido por esta ley.

A juicio del TC la confluencia en la persona de D. Francisco José Hernando Santiago de su doble condición de Presidente del Tribunal Supremo y de Presidente del Consejo General del Poder Judicial no puede conducir a apreciar la denunciada pérdida de imparcialidad objetiva. Su informe sobre la referida ley fue «*una opinión emitida respecto de un anteproyecto de Ley*» y de acuerdo con jurisprudencia del TC «*no es lo mismo la opinión emitida respecto de un anteproyecto de ley (...) que la emitida respecto a una Ley objeto de una pretensión impugnatoria*». Por otra parte aclara la sentencia del TC que en el referido informe se efectuaba «*una valoración abstracta y genérica desde una perspectiva constitucional del contenido del Anteproyecto*» y que en cambio «*el concreto y preciso objeto de los procesos judiciales acumulados en los que recayó la Sentencia ahora impugnada y en los que el demandante del amparo recusó al Excmo. Sr. D. Francisco José Hernando Santiago*» no tuvo por objeto la constitucionalidad de la LOPP «*sino la determinación de si los partidos políticos demandados [...] se podían encontrar incursos o no en algunos de los supuestos en la LOPP, que pudieran determinar o no, en aplicación de la misma, su declaración de ilegalidad y consiguiente disolución*». Por tales razones, descarta el TC la alegada lesión al derecho a un proceso con todas las garantías.

2) *Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.*—El recurrente centra la vulneración de este derecho en lo que considera la indebida aportación al proceso judicial de los motivos de ilegalización introducidos por el Abogado del Estado. Señala que entre las pruebas de la vinculación de los partidos políticos ilegalizados con la banda terrorista ETA, el Abogado del Estado aportó noticias de prensa sobre las conductas de los concejales de los Ayuntamientos de Zalbidia y Legazpia, declarando y promoviendo la declaración de hijo predilecto de un presunto miembro de ETA y de una persona

condenada por su pertenencia a dicha organización, una vez concluida la fase alegatoria.

Inadmite el TC la alegación de una posible indefensión por parte del recurrente amparándose en la jurisprudencia constitucional que considera que «*por indefensión constitucionalmente relevante sólo puede entenderse la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa*», y señala tras examinar las actuaciones judiciales que no se produjo una infracción procesal del artículo 286 LECiv que produjera indefensión al recurrente; las pruebas mencionadas fueron presentadas por el Abogado del Estado antes de que hubiera concluido el período probatorio y «*el demandante del amparo tuvo la oportunidad procesal de proponer y practicar prueba para desvirtuar los nuevos hechos alegados*».

3) *Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.*—El representante del partido político Batasuna denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia en este procedimiento porque le ha atribuido un resultado punitivo, sancionador o limitativo de derechos con base en documentos que carecen de valor probatorio; ha sido acusado, junto con otros dos partidos políticos, de integrar un único partido, fruto de una banda terrorista.

Señala el TC que el partido político recurrente alega la vulneración de su presunción de inocencia porque «*parte de la premisa de que el procedimiento de disolución instaurado por la LOPP es un verdadero proceso sancionador o punitivo*». De acuerdo con el TC el procedimiento de disolución que establece esta ley «*no responde a un designio sancionador, pues antes que a un fin propiamente retributivo, las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una finalidad de garantía [...] de las condiciones definidoras de los partidos políticos*». Añade también que «*las llamadas causas de ilegalización y disolución no son otra cosa que la especificación de los casos en que los que el legislador orgánico ha entendido que no concurren en la realidad los elementos definidores del concepto constitucional de partido que se dieron previamente por supuestos cuando el partido afectado se constituyó e inscribió como tal partido*». Por estas razones, el TC niega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia alegada por el recurrente. Considera además que la supuesta indebida extensión de la ilegalización de Batasuna sobre Herri Batasuna y Euskal Herritarrok debería haber sido denunciada, en su caso, por estos dos partidos y que la identidad material entre los tres partidos ilegalizados ha sido probada y motivada de manera razonable y suficiente por el órgano judicial.

4) *Infracción de las libertades de expresión, ideología y asociación.*—El recurrente estima que la disolución de su partido político implica vulnerar sus libertades de expresión, ideológica y de asociación. El TC señala cómo la STC 48/2003 despejó las dudas sobre la constitucionalidad que las causas de ilegalización y disolución previstas en la LOPP pudiera suscitar y que su aplicación por el órgano judicial «*no ofrece visos de irrazonabilidad o error patente*», con lo cual queda excluida la lesión de las mencionadas libertades. A juicio del TC lo que pretende el recurrente es que «*se considere tutelable por el contenido constitucional de la libertad de asociación “la asociación con el terrorismo y la violencia” y el “ofrecer un soporte político e ideológico a la acción de organizaciones terroristas”*».

STC 15/2004, de 23 de febrero.

RA: Inadmisión.

Ponente: Jiménez de Parga.

Conceptos: Daños. Accidente de tráfico. Baremos. El cónyuge de la persona que ha sobrevivido a un accidente y queda incapacitada no tiene derecho a indemnización. Igualdad en la ley. Tutela judicial. Principio de reserva de jurisdicción.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 24 y 117 CE. Ley 30/1995, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

El caso tiene su origen en un accidente de tráfico sufrido por dos guardias civiles. Ambos resultaron lesionados y uno de ellos quedó incapacitado para su trabajo, pasando al retiro por pérdida de condiciones psicofísicas. Tras la oportuna denuncia de los accidentados, a la que se unió la de la esposa del incapacitado, alegando su propia condición de perjudicada, el Juzgado de Instrucción condenó al conductor causante del accidente como autor penalmente responsable de una falta del artículo 621.3 del Código Penal a la pena de multa correspondiente y a indemnizar en concepto de responsabilidad civil a los perjudicados a las diversas cantidades que se especifican en dicha resolución en función de distintos conceptos, siempre en aplicación del sistema establecido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRC). En cuanto a la esposa del guardia civil retirado, el Juzgado le negó las indemnizaciones reclamadas por carecer la petición de base legal. La sentencia fue apelada por los tres denunciantes, incrementando la Audiencia la indemnización para los dos accidentados, pero manteniendo en cuanto a la petición de la mujer el criterio del Juzgado.

La demanda de amparo presentada afirma vulnerados los derechos a la igualdad en la Ley (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), además del principio de reserva de jurisdicción (art. 117 CE). Aunque sólo se dirigió contra la sentencia de la Audiencia, el TC entiende que también afecta a la del Juzgado.

1) *Sobre la pretendida infracción del principio de reserva de jurisdicción.*—Los recurrentes alegaban el «cercenamiento de los órganos judiciales en su capacidad de juzgar que comporta la aplicación de la LRC». El TC rechaza tal denuncia. No sólo porque «tal quebra fue ya razonadamente descartada en nuestra Sentencia de referencia en la materia, la STC 181/2000, de 29 de junio», sino también porque «el contenido del precepto no conlleva, en sí mismo considerado, derecho fundamental alguno, lo que, «ex» artículo 53.2 CE, le hace insusceptible de ser alegado en un procedimiento de amparo como causa con entidad propia».

2) *Sobre la pretendida infracción del principio de igualdad «en la ley».*—La queja se centraba en el hecho de que «los daños producidos en accidente de tráfico son resarcidos de forma diferente a como lo son los mismos daños si resultan generados por otra causa (se apunta, como ejemplo, en un accidente de caza)». Esta cuestión, sin embargo, ya fue resuelta por la STC 181/2000 (FFJ 10 y 11) y en otras Sentencias posteriores (SSTC 242/2000 y 49/2002), a las que la presente se remite. «“La diversidad jurídica de regímenes en materia de responsabilidad civil [...] se articula [...] en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad

social en el que acaece la conducta o actividad productora del daño” (STC 49/2002, de 25 de febrero, F. 2 y las citadas en ella en igual sentido)».

3) *Sobre la pretendida infracción del derecho a la tutela judicial.*—El TC separa las reclamaciones de los dos guardias accidentados y de la esposa de uno de ellos, pues el fundamento de sus quejas es diferente.

a) *Los accidentados y el montante de sus indemnizaciones.*—Los lesionados «hacen consistir la vulneración del citado derecho [...] en la insuficiencia de las indemnizaciones determinadas por los órganos judiciales en aplicación de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, cuya validez constitucional como norma reguladora de resarcimiento de daños causados en accidentes de tráfico cuestionan fundándose para ello, según observa oportunamente el Ministerio Fiscal, en los mismos argumentos que sustentaban varias de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas en las fechas en que se interpuso el presente recurso de amparo. Como quiera que tales cuestiones fueron resueltas y sus argumentos fueron contestados en la mencionada STC 181/2000, de nuevo cumple remitirse ahora a lo en ella expuesto, subrayando la sujeción al sistema que dicha Ley establece para los aplicadores judiciales del derecho (STC 181/2002, de 29 de junio, F. 4)». Con esta premisa, dice el TC, basta atender a los términos de las sentencias recurridas, para comprobar que el derecho a la tutela judicial se ha satisfecho, en la medida en que todas las pretensiones han obtenido una respuesta fundada en derecho.

Tan sólo podría haber tenido éxito una pretensión de inaplicación del baremo en lo referido al concepto que conforma la Tabla V.B) del citado Anexo («Perjuicios económicos»), pues fue declarada inconstitucional en los términos señalados en la STC 181/2000. Pero en el caso no se hizo petición alguna fundada en tal concepto.

b) *La pretensión indemnizatoria de la esposa por daños propios.*—Recurría ésta en amparo «por habérsele denegado toda indemnización cuando se considera acreedora de la misma dada su condición de perjudicada autónoma tanto por el sufrimiento que le comporta el cambio de carácter del esposo accidentado, como por la atención que debe procurarle, que literalmente se describe en la demanda como que “debe acompañarle cuando sale de casa, ayudarle a realizar las tareas más insignificantes y cotidianas”». La ambigüedad de la demanda, dice el TC, permite entrever una doble fundamentación de la misma: «de un lado, la genérica de que el sistema no contempla como perjudicados a personas cercanas a la víctima del accidente de circulación y que, en cuanto tales, deban soportar sufrimientos morales [...] cuando la víctima del accidente de circulación sobreviva; de otro, la concreta de que la situación de continua asistencia que debe procurar al cónyuge accidentado resulta claramente subsumible en la partida que, como factor de corrección, contempla expresamente la Tabla IV del Anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación bajo la rúbrica “Perjuicios morales de familiares”, y en la que se determina que los importes indemnizatorios por tal concepto están “Destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias”». «Lo primero es contestado expresamente por los órganos judiciales cuando niegan a la demandante de amparo la indemnización pretendida razonando que lo impide la Ley, concretamente al apartado 1.4 de su Anexo, que impone considerar como único perjudicado a la víctima del

accidente cuando ésta sobrevive al mismo [...] de modo que sólo él puede ser el beneficiario de las partidas indemnizatorias que se concluyan por el juzgador que en el caso resulten pertinentes». «Lo segundo no es ciertamente respondido de modo directo en las Sentencias impugnadas, pero, prescindiendo de que ni en la demanda ni en las alegaciones posteriores se apunta nada respecto de tal omisión, es evidente que su contestación se deduce de la respuesta anterior. En efecto, que la partida de la tabla IV pretendida por la recurrente lleve por rúbrica "Perjuicios morales familiares", no quiere decir que sean éstos sus beneficiarios, pues justamente en virtud del antes citado apartado 1.4 del Anexo, la víctima superviviente del accidente es el único beneficiario también de la indemnización prevista en tal factor de corrección, y no los familiares que le asisten, que nada impide que puedan variar en el tiempo, siendo unos en un momento y otros ulteriormente. La pretensión indemnizatoria de la aquí demandante, que afirma que es una pretensión autónoma en razón de los perjuicios propios que le ha supuesto el estado en que ha quedado su cónyuge accidentado, carece, por tanto, de sustento legal».

STC 21/2004, de 23 de febrero.

RA: Admisión parcial.

Ponente: Gay Montalvo.

Conceptos: Colegiación obligatoria. Derechos de asociación y a la igualdad.

Preceptos de referencia: Artículos 22 y 14 CE.

El recurso dimana de la negativa de un Secretario de la Administración Local de la localidad valenciana de Requena a colegiarse en el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local de Valencia y a pagar las correspondientes cuotas. El mencionado Colegio planteó demanda contra el recurrente por el impago de las cuotas colegiales. La sentencia fue estimada y confirmada por la Audiencia de Valencia.

El recurrente solicita amparo ante el TC alegando que la adscripción al Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local de Valencia a la que está obligado por su cargo de Secretario de la Administración de una localidad de esta Comunidad Autónoma, vulnera el derecho fundamental a la asociación en su vertiente negativa (derecho a no asociarse), y el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación puesto que dicha adscripción colegial no es obligatoria en otras Comunidades Autónomas como Aragón, Canarias o Galicia.

El TC alude a la jurisprudencia constitucional contenida, entre otras, en las sentencias 76/2003, de 23 de abril, 96/2003, de 22 de mayo, y 120/2003, de 16 de junio, y reitera que los argumentos y fundamentación jurídica de las mismas son de aplicación al supuesto en cuestión. Por ello estima el recurso respecto a la vulneración del derecho a la libertad de asociación en su versión negativa, pero lo desestima en relación a la pretensión de lesión del derecho a la igualdad y no discriminación. Sobre el mismo asunto, *vid.* también las SSTC 67/2004, 70/2004, 80/2004, 90/2004, 92/2004 y 141/2004.

STC 27/2004, de 4 de marzo.

RA: Admisión.

Ponente: Vives Antón. Voto particular de Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Relación entre convenio colectivo y principio de igualdad.

Desigualdad en la retribución salarial entre trabajadores en razón de su fecha de ingreso en la empresa. Alcance del otorgamiento de amparo con relación al convenio colectivo.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE.

Recurso de amparo interpuesto contra una sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona que desestimó la demanda presentada por un trabajador que entendía como discriminatoria la previsión en el convenio colectivo por la cual se establece una distinción de trato en el régimen retributivo de la antigüedad, atendiendo únicamente a la fecha de ingreso en la empresa o de adquisición de la condición de fijo en la misma.

1) *Doctrina constitucional sobre el principio de igualdad.*—Para abordar la cuestión de si la resolución judicial que confirmó la validez de la aplicación de la norma colectiva vulnera el principio de igualdad del artículo 14 CE, el TC recuerda su doctrina acerca del mismo, insistiendo en que dicho principio «no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados». De esta manera, «el principio de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato».

2) *Naturaleza del convenio colectivo y su relación con el principio de igualdad.*—Antes de entrar a examinar el fondo de la cuestión, el TC alude a la peculiar naturaleza del convenio colectivo como instrumento de regulación del contenido de la relación laboral y, en particular, de la fijación del salario. Así, el TC sostiene que las exigencias derivadas del principio de igualdad, así como los otros derechos fundamentales «han de aplicarse matizadamente», tratando de compatibilizarlas «con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad». En definitiva, «ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al artículo 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles».

3) *Fondo del asunto.*—Con este telón de fondo, el TC pasa a analizar si la previsión del convenio colectivo por la cual se regula el método y las reglas

de cálculo de los complementos salariales en función de las fechas de ingreso o adquisición de la condición de fijo en la empresa resulta constitucionalmente admisible. En primer lugar, el TC considera oportuno comprobar si en el presente caso concurren los dos presupuestos objetivos necesarios para proceder al correspondiente juicio de igualdad. El primero de ellos exige que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas. El segundo, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Ambos presupuestos se dan –a juicio de la mayoría– en el caso, puesto que, en primer término, resulta patente la diferencia establecida en materia salarial para los trabajadores por razón de su fecha de ingreso en la empresa o por la de la contratación por tiempo indefinido y, en segundo, es evidente que la desigualdad se produce entre trabajadores que se encuentran en una misma situación de hecho y no simplemente entre colectivos que realizan funciones distintas.

En segundo lugar, el TC procede a enjuiciar si las distintas fechas de ingreso o de adquisición de fijeza en la relación laboral pueden constituirse como razones justificativas de un diferente método de retribución. Después de caracterizar las citadas retribuciones como complementos salariales de naturaleza personal, es decir, «*complementos de carácter continuado, ajenos a criterios de base subjetiva u objetiva fundados en las condiciones del trabajo, en elementos concurrentes en la prestación independientes del puesto de trabajo, en el resultado del trabajo, en el rendimiento de los trabajadores o en circunstancias del estilo*», el TC considera que la desigualdad prevista en la norma del convenio resulta contraria al artículo 14 CE, «*en cuanto utiliza como criterios de diferenciación elementos que no pueden justificar tal disparidad, al menos si no vienen complementados por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supere un juicio de proporcionalidad*». De esta manera, «*la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo*».

4) *Alcance del otorgamiento del amparo.*—El TC no accede a la petición subsidiaria del recurrente en amparo por la que reclamaba que se condenara a la empresa al abono de las sumas en razón de la discriminación producida. Siguiendo su propia doctrina según la cual no es posible pronunciarse sobre la licitud de un convenio colectivo mediante el recurso de amparo, el TC se limita a determinar únicamente la anulación de la Sentencia recurrida y la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para que se dicte nueva sentencia «*partiendo de que [...] resulta contrario al principio de igualdad (art. 14 CE) la previsión controvertida del convenio colectivo*». Precisamente, esta última proposición es objeto de crítica en el voto particular de Conde Martín de Hijas, al entender este Magistrado discrepante que con tal mención la mayoría ha entrado al enjuiciamiento directo del convenio colectivo, algo que la subsidiariedad del recurso de amparo impediría. Así, el magistrado discrepante –de conformidad con las tesis del Ministerio fiscal– entiende que hubiese sido suficiente con estimar el recurso de amparo por vulneración del derecho a la igualdad por carencia de motivación suficiente

en la sentencia de la instancia. Además, dicho magistrado tampoco considera que la previsión del convenio colectivo fuese discriminatoria en los términos del artículo 14 CE, puesto que las diferencias de trato encontraban su justificación en el hecho de poder determinar, de esta manera, qué trabajadores venían percibiendo o no con anterioridad el complemento de antigüedad.

Sobre un tema parecido, *vid. STC 34/2004*, de 8 de marzo (ponente Delgado Barrio), donde el TC estima el recurso de amparo presentado por un trabajador –auxiliar administrativo en la Oficina comercial de España en Belgrado– que entendía que el hecho de percibir por el mismo trabajo que realizan otras dos trabajadoras, auxiliares administrativas de nacionalidad yugoslava en la misma oficina, un salario sustancialmente inferior al devengado por estas últimas, suponía una discriminación salarial contraria al artículo 14 CE. Después de reiterar la doctrina sobre el principio de igualdad y su relación con la autonomía privada en las relaciones laborales, el TC entiende que cuando la empleadora es la Administración Pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad. De esta manera, está sujeta al principio de igualdad ante la Ley para poder hacer efectivo el derecho subjetivo de toda persona de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales. Sobre la base de este razonamiento, el TC considera que la retribución del recurrente en amparo respecto de otras trabajadoras al servicio de idéntica Administración Pública, de idéntica categoría y con idéntica prestación de servicios resulta desprovista de una justificación objetiva y razonable, con vulneración del artículo 14 CE.

STC 42/2004, de 23 de marzo.

RA: Inadmisión.

PONENTE: Casas Baamonde. Voto particular de Jiménez de Parga y Cabrera.

Conceptos: Libertades de expresión y de información. Derecho al honor.

Libertad de producción y creación científica. Libertad científica del historiador.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1 b) y 18.1 CE.

El litigio que resuelve la presente sentencia tiene su origen en un documental televisivo titulado «*Sumaríssim 477*» sobre el proceso y fusilamiento de Manuel Carrasco i Formiguera, político catalán, diputado en las Cortes Constituyentes de 1931 y en las de la Segunda República y fundador del partido «*Unió Democràtica de Catalunya*». En el reportaje se sosténía que su condena a muerte se había basado en el testimonio voluntario de ocho catalanes que, posteriormente, habrían sido nombrados altos cargos en la Administración franquista. Los hijos de uno de los testigos aludidos demandaron en defensa de la memoria de su ya fallecido padre. La demanda fue estimada en la instancia, pero la STS de 8 de marzo de 1999 declaró haber lugar a la casación y acordó la desestimación de la demanda de los actores. El TC confirma la Sentencia del TS.

1) *Delimitación del objeto del litigio.*–Para el TC, es necesario delimitar con precisión el objeto del presente litigio para descartar el enjuiciamiento

to de supuestas pretensiones, como son las que mantienen los recurrentes al intentar depurar, en sede constitucional, posibles responsabilidades personales y jurídicas en acontecimientos históricos. Así, según el TC, *«lo que debe enjuiciarse aquí y ahora es si la información y las opiniones vertidas sobre la participación del [...] padre de los recurrentes en amparo, en esos hechos históricos merece o no la protección que dispensan los derechos reconocidos en el artículo 20 CE o si, por el contrario, se ha lesionado el derecho a su honor; sin que sea posible examinar con ese propósito este suceso histórico a la luz de las técnicas procesales de nuestro Estado de Derecho como de si de una simple crónica judicial se tratase»*.

2) *El documental litigioso como manifestación de la libertad de producción y creación científica.*—No duda el TC en considerar al documental objeto del litigio como una manifestación del derecho a la libertad de producción y creación científica, ya que la opción de poner al frente del programa a una historiadora y sufragar una amplia investigación demuestra que no se ha querido simplemente narrar unos hechos, sino que se ha buscado también ofrecer una valoración historiográfica de los mismos.

3) *La doctrina constitucional sobre el derecho a la creación y producción científica.*—Según la doctrina del TC, la libertad científica —con la historiografía como una de sus más relevantes manifestaciones— disfruta en la CE de *«una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión y de información, ya que mientras que éstas se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, aquélla, participando también de contenidos propios de las libertades de expresión y de información [...] se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad [...] se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos»*. Sólo así es posible la investigación histórica, que siempre será, por definición, discutible y polémica. Por todo ello, *«la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica»*.

4) *La aplicación de la doctrina al caso: la distinción entre «veracidad en la narración de los hechos» y «verdad histórica».*—De acuerdo con lo anterior, el TC desestima el amparo solicitado. Ciertamente, el documental, al describir el Consejo de Guerra al que fue sometido Carrasco Formiguera y la participación de los ocho testigos, narra hechos, al tiempo que emite valoraciones sobre los mismos y sus protagonistas; unas valoraciones que, naturalmente, son subjetivas, pero que no estaban dirigidas, en modo alguno, a atacar el honor de alguien, sino que se configuraban como una propuesta de interpretación de un determinado hecho histórico. En este sentido, el TC desarrolla la *ratio* de esta sentencia, que no es otra que la confirmación de los argumentos de la sentencia del TS. Así, es preciso distinguir entre *«veracidad en la narración de los hechos»* (probada en el caso en cuestión) y *«verdad histórica»*, que no constituye más que la interpretación que del mismo hecho se hace o la opinión que de él se tenga y sobre la cual un Tribunal no debe pronunciarse.

Se formula voto particular por el Presidente Jiménez de Parga, al que se adhiere el Magistrado García-Calvo. Para estos Magistrados discrepantes, la

sentencia debería haber estimado el recurso de amparo, al entender, en esencia, que el reportaje contenía dos errores como eran los de considerar, en primer lugar, que Carrasco i Formiguera fue condenado «*exclusivamente*» por los testimonios de determinados catalanes, así como, en segundo lugar, que dichos testimonios comparecieran «*voluntariamente*» ante el instructor de la causa. Tales errores atentarían gravemente, en opinión de los citados Magistrados, al honor de los recurrentes en amparo y de su padre.

STC 45/2004, de 23 de marzo.

RA: Admisión.

Ponente: García-Calvo.

Conceptos: Colegios profesionales. Distinción entre sujetos privados y sujetos públicos a efectos de la titularidad de derechos fundamentales. Tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículos 44, 55 LOTC. RD 288/1997, de 28 de febrero de 1997. Artículo 130.4 LPA/1958. Artículos 1.3 y 5 g) Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales. Decreto 928/1965, de 8 de abril de 1965. Orden del Ministerio del Aire de 24 de mayo de 1966.

El Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España aduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, a causa de haber declarado la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, ahora impugnada, la inadmisibilidad, por falta de legitimación activa, del recurso contencioso- administrativo formulado contra el RD 288/1997, de 28 de febrero de 1997. Como segundo motivo de la petición de amparo la corporación demandante aduce la infracción del artículo 24.1 CE, en relación con el artículo 130.4 LPA/1958, por estimar que al no pronunciarse la Sentencia impugnada sobre la cuestión de fondo, queda sumida en indefensión, al cerrársele formalmente el acceso al recurso de amparo, y obligarla, de prosperar el basado en la declaración de falta de legitimación activa para la impugnación del Real Decreto, a mantener la espera, en una resolución del órgano judicial.

El TC cree preciso recordar que los colegios profesionales son personas jurídicas públicas y que, en principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo, por este motivo, existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho Público. Ahora bien, el TC recuerda que aun cuando los derechos fundamentales son derechos reaccionales frente a los poderes públicos, ello no significa que las Administraciones estén desposeídas de todo tipo de derechos constitucionales e, incluso, fundamentales, en sus relaciones con las personas, físicas o jurídicas, o con otras Administraciones.

Según el TC existen excepciones que se admiten por su jurisprudencia y que contemplan, en primer lugar, a las personas públicas en aquellos litigios en los que su situación procesal es análoga a la de los particulares, en segundo lugar, reconoce a las personas públicas derecho de acceso al proceso, y en tercer lugar, admite el amparo por el derecho a no sufrir indefensión, una vez las personas públicas han accedido al proceso.

Despejada toda duda sobre la titularidad por los colegios profesionales del derecho a la tutela judicial efectiva, el TC pasa a analizar diversos preceptos contenidos, entre otras, en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales y en el Decreto 928/1965, de 8 de abril, por el que se autoriza la constitución del Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos, y concluye que dentro de las funciones propias de los colegios profesionales se encuentran la representación y defensa de la profesión ante los poderes públicos bajo la nota de exclusividad y monopolio. Por ello, el TC estima el primer motivo de la petición de amparo, reconociendo el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho de acceso a la jurisdicción, y declara la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, retrotrayéndose las actuaciones al momento procesal anterior al de dictarse la referida Sentencia.

STC 47/2004, de 25 de marzo.

RI: Estimación parcial.

Ponente: García Manzano. Votos particulares de Cachón Villar, Casas Baamonde y Martín de Hijas.

Conceptos: Derecho civil gallego. Distribución competencial en materia de legislación procesal. Competencia sobre la regulación del recurso de casación en materia de Derecho civil especial. Infracción del uso o costumbre. Prueba de la costumbre.

Preceptos de referencia: Artículo 149.1.6.^a y 149.1.8.^a CE; artículo 27.5 EAG; artículos 477 a 489 LEC 1/2000; artículo 1.3 CC.

Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la totalidad de la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial. En concreto, esta Ley autonómica tiene por objeto la determinación de las resoluciones judiciales susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, los motivos en los que ha de basarse el recurso, la competencia de la Sala Civil para conocer del recurso de casación, el criterio de imposición de las costas procesales, así como una disposición adicional que prevé la aplicación supletoria de las normas sobre el recurso de casación de la LEC, y una transitoria que contempla la posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales dictadas antes de su entrada en vigor y que se encuentren aún en tiempo hábil de ser recurridas. De esta manera, la oposición del Abogado del Estado se centra en que la Ley autonómica no se limita a innovar el ordenamiento procesal del recurso de casación en materia de Derecho civil especial gallego, sino que viene a reproducir, en esencia, la regulación contenida en la LEC, incurriendo así en infracción constitucional al incorporar a la legislación autonómica preceptos o regulación contenida en la leyes estatales, sin contar con la necesaria habilitación competencial.

1) *Encuadramiento competencial.*—En este caso, la determinación de la distribución competencial en juego no presenta dificultad alguna. Se trata de la legislación procesal, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6.^a CE), sin perjuicio de las necesarias especialidades que en el orden procesal se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Así, el artículo 27.5 EAG establece como competencia exclusiva

de Galicia «las normas procesales y procedimientos administrativos que se deriven del específico Derecho gallego o de la organización propia de los poderes públicos gallegos».

2) *Doctrina constitucional sobre la distribución competencial en materia de legislación procesal.*—«La competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el artículo 149.1.6.^a CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias [...], lo que equivaldría a vaciar el contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el artículo 149.1.6.^a CE, sino que, como indica la expresión “necesarias especialidades” del citado precepto constitucional, tan sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas». Del mismo modo, «la mera reiteración de reglas procesales en la legislación autonómica no hace buena sin más, una tal previsión», si bien esta proscripción de reproducción de normas no debe extenderse «a aquellos supuestos en la reiteración simplemente consista en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico».

3) *Juicio de constitucionalidad de la Ley de Galicia 11/1993.*—Antes de entrar al análisis concreto de cada uno de los preceptos de la Ley impugnada y, en definitiva, dilucidar si las previsiones de esta Ley constituyen o no «necesarias especialidades» procesales amparadas en la cláusula del artículo 149.1.6.^a CE, el TC considera oportuno determinar los criterios o pautas que han de orientar aquel análisis. Así, es importante destacar, en primer lugar, que el Derecho sustantivo de Galicia del que han de derivarse las reglas procesales especiales es el Derecho civil foral, especial o propio, regulado en última ocasión en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia. En segundo lugar, conviene determinar la legislación procesal estatal civil con relación al recurso de casación para, de esta manera, poder realizar el correspondiente cotejo con la legislación aprobada por el Parlamento de Galicia, ya que sólo así, «nos hallaremos en condiciones de determinar si los preceptos de la Ley gallega introducen o no auténticas o propias especialidades procesales, en cuanto singularidades que divergen (con justificación constitucional o sin ella, lo que es cuestión distinta) de la regulación estatal general que rige en el ámbito procesal del recurso de casación» (FJ 7). Aquella legislación procesal estatal es hoy, como es sabido, la LEC 1/2000 (arts. 477 a 489).

a) *La determinación de las resoluciones susceptibles de recurso de casación.*—El TC considera como inconstitucionales los apartados b) y c) del artículo 1 de la Ley 11/1993, por establecer como resoluciones susceptibles de recurso de casación aquellas que impidan la prosecución de la instancia o, en ejecución, resuelvan de manera definitiva cuestiones no decididas en la sentencia [apartado b]) o aquellas en las que expresamente se admite y las

sentencias dictadas en los juicios de desahucio por falta de pago de la renta [apartado c)]. Se trata de supuestos que reproducen la regulación procesal de la LEC y que no son consecuencia de peculiaridad alguna del Derecho civil gallego.

b) *El establecimiento de una casación per saltum.*—En el mismo sentido, el TC entiende que no puede considerarse como especialidad procesal derivada del Derecho civil foral o especial gallego, la reiteración por parte de la Ley 11/1993 de la norma procesal establecida en la anterior legislación estatal, por la cual no sólo son susceptibles de recurso de casación las sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales de Galicia, sino también las dictadas por los Juzgados de Primera Instancia radicados en su ámbito territorial en determinados casos y cuando la cuestión a dilucidar fuera estrechamente jurídica.

c) *La supresión de la cuantía litigiosa (summa gravaminis).*—Distinta solución debe tener la previsión en la normativa procesal gallega por la cual se suprime la cuantía litigiosa para abrir la vía casacional. A juicio del TC, la estrecha vinculación de las relaciones jurídicas al ámbito rural de Galicia, su economía esencialmente agraria, sobre la base de una propiedad minifundista y la consecuencia de que los pleitos para solventar discrepancias sobre los derechos derivados de las instituciones del Derecho civil gallego presentan como sustrato económico cuantías litigiosas escasas, obligan a considerar tal supresión como conexión directa con las particularidades del Derecho civil de Galicia y, por consiguiente, acorde a la distribución competencial.

d) *Los motivos que pueden fundar el recurso de casación foral.*—Aparte de la reiteración por parte del artículo 2.1 de la Ley gallega de la norma estatal prevista hoy en el artículo 477.1 LEC, que es, por consiguiente, declarada inconstitucional por el TC al no estar amparada en ninguna habilitación competencial, el legislador gallego introduce una novedad procesal al establecer un segundo motivo fundante del recurso de casación, añadiendo al de la infracción de las normas del ordenamiento jurídico-privado de Galicia el desconocimiento por el juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre aplicable para resolver el caso litigioso. Para el TC, esta previsión es perfectamente admisible, habida cuenta del carácter marcadamente consuetudinario de su Derecho civil foral.

e) *La exoneración de prueba de los usos y costumbres notorios.*—Según el párrafo 2.º del número 2 del artículo 2 de la Ley autonómica impugnada, la notoriedad del Derecho consuetudinario gallego —apartándose del artículo 1.3 CC— dispensa de su prueba cuando tal fuente del Derecho foral sea invocada como fundamento o motivo del recurso de casación. Según el TC, esta previsión se acomoda al orden constitucional de distribución de competencias por tratarse de una singularidad procesal derivada de la particularidad del Derecho sustantivo gallego, basado en un sustrato de carácter consuetudinario, informador de muchas de sus instituciones jurídico-privadas.

f) *La determinación de las normas procesales sobre imposición de costas.*—Ninguna justificación constitucional puede tener, según el TC, la norma autonómica gallega que regula las costas procesales, por no derivar de las particularidades sustantivas del Derecho civil especial de Galicia.

g) *La atribución de carácter supletorio a la legislación estatal.*—La previsión en la Ley gallega, mediante una disposición adicional, que establezca el carácter supletorio de la legislación sobre el recurso de casación, tampoco es constitucionalmente admisible, no sólo por no guardar relación

alguna con las singularidades del Derecho civil gallego, sino por exceder del ámbito competencial del artículo 149.1.6.^a CE.

Por todo ello, procede la estimación parcial del recurso de inconstitucionalidad y, asimismo, la declaración de constitucionalidad de aquellos preceptos no tachados como inconstitucionales. Se formulan dos votos particulares de signo claramente distinto. En el primero, formulado por los Magistrados Cachón Villar y Casas Baamonde, se discrepa sobre la declaración de inconstitucionalidad realizada por la mayoría respecto el artículo 2.1 de la Ley gallega, por el cual se incorporaba, como innovación procesal, la especificación de que la infracción de normas que pueden dar acceso al recurso de casación ha de ser siempre de las integrantes del ordenamiento jurídico civil de Galicia, bien sean únicamente de éstas, bien sea de éstas en conjunción con las normas del derecho civil común, o de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia o de la anterior del Tribunal Supremo. El segundo voto particular, formulado por el Magistrado Conde Martín de Hijas y al que se adhiere el Magistrado García-Calvo, se centra simplemente en la negación de la posibilidad de un recurso de casación objeto de regulación por las Comunidades Autónomas, con regulación diferenciada del recurso de casación común a todo el Estado.

STC 54/2004, de 15 de abril.

RA: Admisión.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Derecho a comunicar información veraz. Derecho al honor.

Reportaje neutral. Información rectamente obtenida.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.d) y 18.1 CE.

El caso tiene su origen en la publicación en el diario *Claro* de una noticia en la que se daba cuenta de una acusación vertida por un agente judicial contra el ex ministro Enrique Múgica, según la cual éste y su pareja se verían implicados en una trama, en la que se iban a repartir una determinada cantidad de dinero por apoyar, ante la Consellería de Hacienda de la Comunidad Valenciana, la concesión de una lotería instantánea a una empresa privada. En la noticia se afirmaba que dicha acusación constaba en un sumario abierto por presunta corrupción policial en un caso de tráfico de drogas. El ex ministro demandó a la empresa editora del periódico por intromisión en el derecho al honor, siendo desestimada su pretensión en la instancia. No obstante, el TS sí consideró que la publicación de la noticia lesionaba el derecho al honor del demandante y le concedió una indemnización de unos 300.506 euros. El TC estima el recurso de amparo interpuesto por la empresa titular del periódico y anula la sentencia del TS.

1) *Doctrina constitucional sobre el conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor.*—Antes de entrar en el análisis del fondo del asunto y proceder, en consecuencia, a la habitual ponderación de intereses en juego en estos casos de conflicto entre los derechos a la libertad de información y al honor, el TC recuerda su consolidada doctrina sobre el tema, partiendo «*de la posición especial que en nuestro Ordenamiento ocupa la libertad de información, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual, sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibi-*

lidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático». Asimismo, forma parte de la misma doctrina la consideración de que, cuando está en juego otro derecho fundamental como puede ser el honor, condiciona el valor preferente de la libertad de información a que ésta «*se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz*». Sobre el criterio de la relevancia pública de la información, la doctrina constitucional que lo ha desarrollado insiste en que el contenido de este requisito incluye tanto la materia objeto de aquélla, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública, como a las personas implicadas en los hechos relatados, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública. Como es sabido, en la categoría de personajes públicos se incluyen «*las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos*a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligenteno está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos». Así, «*el requisito de veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información*».

2) *Doctrina constitucional sobre el «reportaje neutral».*—En la presente sentencia, el TC resume su propia doctrina sobre el concepto de «reportaje neutral», según el cual si la noticia publicada objeto de litigio puede considerarse como tal el medio de comunicación ha de quedar exonerado. Así, los requisitos para que una noticia pueda ser considerada reportaje neutral son dos: 1.º la noticia ha de hallarse constituida por declaraciones que imputan hechos lesivos al honor, pero que se constituyen en sí mismas como noticia. De esta manera, el medio debe determinar de forma clara quién hizo tales declaraciones; 2.º el medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia.

3) *Aplicación al caso.*—De conformidad con su propia doctrina constitucional, el TC considera que la información publicada por el periódico queda amparada por el derecho a comunicar información veraz. Para llegar a esta conclusión, el TC analiza si la información presentaba relevancia pública [a)], si podía considerarse veraz [b)] y si podía configurarse como un reportaje neutral [c)].

a) *La relevancia pública de la noticia.*—«*En el presente caso es evidente la relevancia pública de la información publicada [...], por cuanto en ella*

se da noticia de unas actuaciones de contenido penal que se siguen en un Juzgado de Valencia, en las que se implica en una operación de tráfico de influencias al señor, personaje político conocido por haber sido Ministro de Justicia y ser en aquel momento Diputado en las Cortes Generales [...]. La noticia se refiere, pues, a una posible utilización de su posición política para apoyar la concesión a una empresa privada de una lotería que iba a poner en marcha la Administración valenciana». Es decir, «afecta a la gestión de un asunto público de indudable interés general en el que aparece implicado un personaje público».

b) *El requisito de la veracidad. Noción de «información rectamente obtenida».*—En este punto, el TC critica la posición de la sentencia del TS objeto de recurso de amparo, según la cual la información publicada no cumpliría el requisito de la veracidad porque no fue «rectamente obtenida», al proceder de un sumario con violación de secreto. Según la doctrina del TC el requisito de la veracidad se encuentra, en efecto, vinculado al concepto de «información rectamente obtenida», pero en ningún caso ello quiere decir que el requisito de veracidad esté relacionado —como sostiene la Sala 1.^a del TS— con el hecho de que la obtención de los datos sea legítima, ni por tanto con el secreto de sumario. «Información rectamente obtenida» debe entenderse como cumplimiento del deber de diligencia en la contrastación de la información. En este sentido, resulta probado que el periodista obró con la diligencia profesional debida en la comprobación y cotejo de la información divulgada con los datos contenidos en la declaración sumarial.

c) *La consideración de la noticia como reportaje neutral.*—Finalmente, el TC considera que, en la noticia publicada, se dan los requisitos sobre el reportaje neutral anteriormente citados, al tratarse de una publicación en la que se transcriben parcialmente las declaraciones de una de las personas implicadas en la noticia, sin alteración relevante. No obstante, el TC se plantea si el titular con el cual se presentaba la noticia litigiosa en la portada del periódico («...¿Untado con 45 millones? ¿Y 10 para su amante?») podría considerarse como insidioso al lanzar la duda sobre la integridad del conocido político. Sin embargo, el TC considera que la fuerte carga incriminatoria del titular se veía matizada con los detalles de la noticia en la propia portada y, asimismo, por el hecho de que se podía deducir que la imputación tenía su fuente en un tercero.

STC 55/2004, de 19 de abril de 2004.

RA: Admisión.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Amenaza de ejercitar acciones legales. Despido. Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales.

Garantía de indemnidad.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 y 20.1.a) CE.

La sentencia estima el amparo pedido frente a diversas resoluciones, en diferentes instancias, recaídas en un proceso por despido. El demandante de amparo se había dirigido a un abogado para obtener asesoramiento sobre su situación laboral. El abogado remitió una carta a la dirección de la empresa, en la que se contenían, en primer lugar, ciertas afirmaciones relativas a que aquélla estaría explotando de forma ilegal una patente que, en realidad, correspondería a un invento del demandante de amparo; en segundo lugar, a que las dos perso-

nas que figuraban como inventores de la patente no lo eran, ni podían serlo; y, en tercer lugar, a la intención de llegar a una solución negociada del conflicto que, en caso contrario, se plantearía judicialmente. Con fundamento en estas expresiones, que la empresa consideró ofensivas, el trabajador fue despedido.

Sobre la base de lo expuesto, la demanda de amparo invoca: primero, la vulneración del artículo 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad, que debería proteger al trabajador frente a represalias empresariales por reclamaciones extrajudiciales de su abogado, y, segundo, se considera vulnerado el derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1.a) CE, toda vez que no puede ser imputada responsabilidad disciplinaria laboral a un trabajador porque la referida carta no sobrepasó los límites de dicho derecho fundamental como patentiza su carácter privado, sin difusión general.

Así las cosas, la dimensión constitucional del asunto radica, ante todo, en discernir si en la solicitud de arreglo extrajudicial de un conflicto laboral con anuncio del posible ejercicio subsidiario de acciones judiciales opera la tutela propia de la garantía de indemnidad, según razona la demanda de amparo y entiende el Ministerio Fiscal en sus escritos de alegaciones, o si, por el contrario, debe excluirse de vigencia en ese ámbito extrajudicial, como alega la parte demandada, por no haberse ejercitado efectivamente ante los Tribunales el derecho fundamental que se invoca (art. 24.1 CE).

El TC, recordando, ante todo, la doctrina constitucional (SSTC 7/1993, 14/1993, 197/1988, 140/1999, 168/1999 y 198/2001) relativa a la garantía de indemnidad derivada del artículo 24.1 CE, señala que ésta cubre todo acto procesal o preprocesal necesario para acceder a los Tribunales de Justicia, por tanto, los actos previos y obligatorios no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, ya que, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho.

En el caso que plantea la demanda de amparo, el despido del demandante se produjo como consecuencia de ciertas manifestaciones hechas por el abogado en la carta que remite a la dirección de la empresa con la reclamación que hace aquél a ésta sobre una determinada invención laboral. No se está, pues, ante uno de los actos previos necesarios para acceder a la jurisdicción pero el objetivo de evitar un proceso permite extender la garantía de indemnidad a esa actividad previa no imperativa, ya que de ella se deduce sin dificultad que está encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En atención a todo lo expuesto, el TC otorga el amparo solicitado al recurrente reconociéndole su derecho a la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE), restableciéndole en su derecho fundamental mediante la declaración de la nulidad del despido.

STC 56/2004, de 19 de abril de 2004.

RA: Admisión parcial.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Publicidad de los procesos y libertad de información. Prensa escrita y medios audiovisuales. Normas sobre acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo. Derechos a la imagen, al honor y a la intimidad.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.d) y 18.1 CE.

El recurso de amparo tiene su origen en los Acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 12 y de 25 de septiembre de 1995, que

aprobaron las Normas sobre acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo. La norma que interesa, modificada por el segundo de los Acuerdos, disponía lo siguiente: «1 Los profesionales de los medios de comunicación social podrán acceder a los actos jurisdiccionales o gubernativos que se celebren en régimen de audiencia pública con sujeción a las normas generales de seguridad. La Secretaría de Gobierno extenderá las oportunas acreditaciones e identificaciones. Cuando en un acto de la naturaleza de los expresados la capacidad de la Sala o local no fuere bastante para permitir el acceso de quienes pretendan asistir a ellos, los profesionales de la información tendrán derecho preferente. 2 La información que pueda derivarse de los actos a que se refiere el párrafo anterior y, en general, de los asuntos de la competencia del Tribunal, se efectuará por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y en la correspondiente Sala de Prensa. 3 No se permitirá el acceso con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión al Palacio del Tribunal Supremo, salvo a los actos de apertura del año judicial, tomas de posesión y actos gubernativos solemnes». Algunos periodistas y asociaciones interpusieron recurso ante el CGPJ, por entender que esas normas afectaban al derecho a dar y recibir información veraz. El CGPJ lo estimó parcialmente, al entender que el citado punto 3 «no respeta las facultades jurisdiccionales de las Salas para autorizar en cada caso el acceso de medios audiovisuales a las vistas». Tras fracasar en vía judicial (STS, contencioso-administrativa, de 9 de julio de 1999), los interesados solicitaron el amparo del TC.

1) *Libertad de información y publicidad de actuaciones judiciales.*—«*El principio de la publicidad de los juicios garantizado por la Constitución (art. 120.1) implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo [...]» (STC 30/1982, F. 4). A lo que se añadía que no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado» (*ibid.*).» «Por eso, si la noticia se obtiene en una fuente de información de acceso general, como son las audiencias públicas judiciales (con el límite objetivo que deriva de la cabida del recinto en que éstas tengan lugar), forma parte del contenido del derecho a la libertad de información que no se impida el acceso a la mencionada fuente. Cuestión distinta es la de qué actuaciones judiciales son públicas en este sentido y qué límites pueden imponerse a dicha publicidad, a lo que se hará referencia más adelante.»*

2) *Prensa escrita vs. medios audiovisuales.*—«En principio, nada distinto de lo declarado para los periodistas que cumplen su función mediante el escrito hay que decir para las informaciones que se valen de otros medios técnicos para obtener y transmitir la noticia, como los de grabación óptica, a través de cámaras fotográficas o de radiodifusión visual [...]. Forma parte de dicho contenido tanto la utilización de esos cauces técnicos para la obtención y difusión de la noticia en la fuente informativa de acceso general (y las audiencias públicas judiciales lo son), como la instalación, instrumentalmente necesaria, de los aparatos técnicos precisos allí donde la noticia se

produce». No obstante, añade el TC, «la utilización de esos medios de captación y difusión visuales puede afectar de forma mucho más intensa que el reportaje escrito a otros derechos fundamentales de terceros y a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos»; entre ellos se cuentan el derecho a la propia imagen y los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar. Por ello, «las limitaciones del acceso a las audiencias públicas judiciales de medios de captación óptica puedan alcanzar más intensidad que las aplicables al reportaje escrito».

3) *Inconstitucionalidad del número 3) del Acuerdo de la Sala de Gobierno del TS.*—A juicio del TC, queda claro que de la norma imponía una prohibición general de acceso con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión, salvo acuerdo en contra. «Así pues, si no existía resolución autorizatoria de la Sala, los servicios de seguridad debían prohibir el acceso de esos medios técnicos de captación y difusión de información». Este régimen, «de prohibición general con reserva de autorización», concluye el TC, «es incompatible con la normativa reguladora del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información actualmente vigente».

En idéntico sentido y con referencia a las mismas normas y problema, *vid.* también la STC 57/2004, de 19 de abril (ponente Delgado Barrio).

STC 61/2004, de 19 de abril.

RA: Admisión.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Derecho a comunicar información veraz y derecho al honor.

La «veracidad» como mera diligencia en el tratamiento de la información.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.d) y 18.1 CE.

El caso tiene su origen en la publicación por parte del periódico *El Mundo de Valladolid* de una noticia en la que, bajo el titular «Denuncian por acoso sexual a un guardia de seguridad de Canterac», se afirmaba que la Fundación Municipal de Deportes había recibido la denuncia de una monitora de natación del polideportivo municipal de Canterac contra un guardia de seguridad del mismo. En el artículo se utilizaba como fuente de información el Acta de la reunión de la Comisión de Personal de la mencionada Fundación en la que se trató el tema. Al parecer, ni en el escrito de la queja de la monitora, ni en la citada reunión de la Fundación se trató de la denuncia con ninguna connotación sexual, sino simplemente laboral. Por ello, el guardia de seguridad demandó en defensa de su honor, siendo estimada su demanda en la instancia y en la casación, al considerarse que se trataba de una información inveraz. El TC estima el recurso de amparo presentado por la editora del periódico, su director y el autor de la información y, en consecuencia, anula las tres sentencias recaídas con anterioridad.

1) *Doctrina constitucional sobre el conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor.*—Antes de entrar en el fondo del asunto, el TC recuerda su consolidada doctrina sobre el conflicto entre estos dos derechos fundamentales. Esta doctrina «parte de la posición especial que en nuestro Ordenamiento ocupa la libertad de información puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual, sino que su tutela

entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático». No obstante, cuando está en juego otro derecho fundamental, como puede ser el honor, el valor preferente de la libertad de información se condiciona a que ésta «se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz». Sobre este último requisito, la doctrina constitucional no va dirigida «a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente». De manera que, cuando la CE requiere que la información sea veraz, «no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos». Así, «el requisito de veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información».

2) *Aplicación de la doctrina al caso.*—Discrepando del criterio de las decisiones de la instancia y de la casación, que centraron la actividad probatoria en demostrar que la denuncia de la cual daba cuenta la noticia publicada no consistió en una reclamación por acoso sexual, sino en una simple queja laboral, el TC considera que en el presente caso quedó acreditado en el proceso que el periodista, antes de redactar la noticia, consultó directamente una copia del acta de la reunión de la Fundación y que, asimismo, se puso en contacto con la concejal del Ayuntamiento de Valladolid para comprobar la información. En consecuencia, no puede imputarse al informador una actitud negligente o falseadora por haber interpretado en un determinado sentido los datos recibidos, y debe estimarse que el nivel de diligencia observado por el periodista se corresponde con el razonablemente exigido. Por todo ello, la información publicada cumplió el requisito de la veracidad, y ha de considerarse constitucionalmente protegida por el artículo 20.1.d) CE.

STC 71/2004, de 19 de abril.

RA: Admisión.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Menores desamparados. Derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes. Posibilidad de denegar la admisión de la prueba si la decisión no es arbitraria o irrazonable. Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: derecho a obtener una resolución fundada en derecho.

Preceptos de referencia: Artículos 15 y 24 CE y artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor.

Una menor, a iniciativa de su madre biológica, fue declarada en desamparo por la Junta de Andalucía, que asumió su tutela, constituyéndose respecto de ella acogimiento familiar.

Tiempo después, la madre biológica de la niña promovió la cesación del acogimiento de su hija. El Juzgado de Primera Instancia número 7, de Familia, de Sevilla, resolvió desestimar la petición y estimar la solicitud promovida por el Delegado Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, de acogimiento familiar de carácter preadoptivo en relación con la menor a favor de las personas propuestas y declaradas idóneas (los aquí demandantes de amparo).

La Audiencia revocó la resolución judicial recurrida, denegando la aprobación del acogimiento preadoptivo, y ordenó a la Junta de Andalucía que procediera al internamiento de la niña en un centro de acogida por el tiempo que se determinase en ejecución y a la vista de la evolución que experimentasen las relaciones entre la madre y la niña en virtud del régimen de visitas. El recurso se plantea atendiendo básicamente a la posible vulneración de, en primer lugar, el derecho a la integridad física y moral de la menor consagrado en el artículo 15 CE, por resultar materialmente lesiva de la misma la medida de internamiento ordenada por la Audiencia Provincial, con la consiguiente separación de las personas con las que hasta el momento venía conviviendo en acogimiento. En suma, los derechos constitucionales de la menor fueron vulnerados por el juzgador ordinario, desde el momento en que no procedió a su protección, al enfrentar el derecho fundamental a la integridad física y moral de la menor con un inexistente derecho fundamental a la ejecución de una resolución judicial firme, y otorgar preferencia a este último.

Se alega en segundo lugar, infracción del artículo 24 CE, por vulneración del derecho de defensa en su vertiente de práctica de la prueba y por inexistencia de motivación adecuada de la resolución judicial que se impugna, pues, de un lado, la resolución impugnada resulta arbitraria al haberse dictado sin contar con la existencia de ninguna otra prueba, y a pesar de que la menor, de nueve años, manifiestó reiteradamente sus deseos familiares y de vida futura.

En relación a este segundo punto, el derecho de prueba, el TC reitera, una vez más, la que constituye su doctrina más consolidada, entendiendo que «*el derecho a la prueba no puede entenderse vulnerado de acuerdo con nuestra jurisprudencia, según la cual estamos ante un derecho de configuración legal, lo que comporta como requisito previo inexcusable el que la presentación de las pruebas se haya realizado en el momento procesal oportuno. Del mismo modo, este Tribunal ha insistido en que estamos ante un derecho de carácter limitado, lo que se traduce en la posibilidad de denegar la admisión de la prueba por el órgano jurisdiccional si su decisión no es arbitraria o irrazonable, muy en particular si se argumenta la carencia de relevancia de la prueba solicitada en relación con la decisión a adoptar (por todas, STC 168/2002, de 30 de septiembre, F. 3, y las muy numerosas en ella citadas en relación con la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la prueba)» (FJ 3)*

La segunda alegación, el riesgo para la integridad psíquica de la niña para que sea valorable, ha de ser «relevante». En el supuesto que centra aquí nuestra atención, se da la circunstancia de que una de las partes que disputa el estatus familiar de la menor es su madre natural. Este extremo introduce un elemento extraordinariamente relevante en el enjuiciamiento del presente supuesto, ya que «*difícilmente puede considerarse vulneradora del derecho a la integridad moral de la menor una decisión que ordena el cumplimiento de otra previa que pretende la reincisión de una hija a su madre biológica, esto es, en nuestros propios términos, que “en todo momento ha tenido en cuenta el interés superior del menor, ponderándolo con el de su madre biológica, que*

por ser de menor rango, no por ello resulta desdeñable (y éste es el sentido de la jurisprudencia del TEDH en la materia, SSTEDH casos E. P. contra Italia de 16 de noviembre de 1999, caso X contra Portugal de 21 de diciembre de 1999, caso Bronda de 9 de junio de 1998, caso Y contra Gran Bretaña de 23 de septiembre de 1998, caso McMichael de 24 de febrero de 1995, caso Hokkanen de 23 de septiembre de 1994, caso Keegan de 26 de mayo de 1994, caso Hoffmann de 23 de junio de 1993, caso Olsson de 27 de noviembre de 1992, caso Ríeme de 22 de abril de 1992, caso Andersson de 25 de febrero de 1992, caso Eriksson de 22 de junio de 1989, caso Nielsen de 28 de noviembre de 1988, caso Olsson de 24 de marzo de 1988, caso R contra Gran Bretaña de 8 de julio de 1987, caso B contra Gran Bretaña de 8 de julio de 1987, caso WW contra Gran Bretaña de 8 de julio de 1987)” (ATC 28/2001, de 1 de febrero, F. 3). Tal decisión, en tanto en cuanto no haya tenido en cuenta nuevos datos surgidos en el lapso de tiempo entre su decisión inicial y la aquí impugnada, podrá tildarse de inmotivada, con lo que ello comporta respecto de la garantía del artículo 24.1 CE, pero difícilmente podría tacharse de disconforme con lo establecido en el artículo 15 CE» (FJ. 8).

STC 73/2004, de 19 de abril de 2004.

RA: Admisión.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Defensa de los consumidores. Legitimación de una organización de consumidores para la defensa individual de sus afiliados.

Impugnación de liquidación tributaria por IRPF. Tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 y 24.2 CE. Artículos 19 y 51 LJCA. Artículo 20 LGDCU. Artículo 11.1 LECiv.

El recurso de amparo es promovido por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), actuando en defensa de una afiliada, contra dos Autos de la Sección quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmados en súplica por los que se declaró la inadmisibilidad de dos recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, las cuales desestimaron la reclamación promovida por la afiliada representada por la OCU en la demanda de amparo, en relación con la liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas practicada por la Administración Tributaria, que desconoció su derecho de exención legal por deducción en la adquisición de su vivienda habitual.

Aparte de una queja por dilaciones indebidas, que al fin se desestima, la entidad demandante de amparo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), aduciendo que el órgano judicial hace valer un enfoque sumamente limitado del artículo 19.1.b) LJCA porque niega que un proceso pueda instrumentarse en defensa de un único consumidor y exige más de lo que la norma establece, pues ésta lo único que pide es que la entidad de la que se trate se halle legalmente habilitada para actuar en defensa de esos intereses. Ante esto, la entidad demandante de amparo entiende que ha cumplido en el proceso *a quo* con el dictado de la Ley, pues es una asociación de consumidores legalmente constituida, y existen diversas normas legales [art. 19.1.b)

LJCA, art. 7.3 LOPJ] que, en consonancia con su naturaleza, le conceden legitimación para defender en juicio a sus afiliados.

El Abogado del Estado –no así el Ministerio Fiscal– considera que tiene razón el órgano judicial cuando niega que la OCU esté defendiendo en este recurso contencioso-administrativo el interés legítimo de un consumidor asociado, ya que la actividad liquidadora del IRPF que lleva a cabo la Agencia Tributaria no puede ser equiparada a la actividad productiva o prestadora de un servicio dentro de un mercado, cuyos destinatarios finales son los consumidores y usuarios, pues la protección del consumidor sólo tiene sentido dentro de un mercado y frente a quienes ofertan en él bienes y servicios. En suma, la OCU puede defender a sus asociados como consumidores o usuarios, pero nunca como contribuyentes.

A propósito de la legitimación activa por parte de la OCU, el TC tiene declarado que, al conceder el artículo 24.1 CE derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes Procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales circunscribiéndose el TC a constatar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los activamente legitimados para hacer valer una pretensión, respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas; así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental.

Concluye el TC que, en este caso, resultando directamente afectados en los recursos contencioso-administrativos, interpuestos por la Organización demandante de amparo en defensa de su afiliada, los intereses de ésta en cuanto consumidora y usuaria, los Autos impugnados, al declarar la inadmisibilidad de dichos recursos por falta de legitimación activa de la entidad recurrente, han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, al estar legalmente legitimada para representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los derechos e intereses de éstos.

STC 89/2004, de 19 de mayo.

RA: Admisión.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Intangibilidad de las sentencias firmes y respeto a la cosa juzgada material. Baremos. Derecho a la vida y a la integridad física.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. DA 15.^a de la Ley 50/1998. Ley 30/1995.

Recurso de amparo interpuesto contra un Auto de la Audiencia Provincial de Murcia que, estimando el recurso de una empresa aseguradora contra un Auto dictado en diligencias ejecutorias de un juicio de faltas, modificó la indemnización a abonar a la víctima de un accidente de tráfico. El juicio de faltas terminó con condena al conductor del ciclomotor, en el que viajaba como acompañante la víctima. La indemnización para ésta se había de fijar

en la forma y con las bases que se establecían en el fundamento jurídico tercero de la propia sentencia, según el cual la indemnización se concretaría con base en las cuantías previstas en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 50/1998 en cuanto a la indemnización a conceder por días de hospitalización y curación, con y sin impedimento. Una vez producida la recuperación de la víctima, se dictó por el Juzgado de Instrucción el Auto en el que se fijó la indemnización a abonar por la compañía aseguradora. Este Auto fue impugnado ante la Audiencia Provincial, quien, estimando parcialmente el recurso de apelación de la aseguradora, redujo los seiscientos cincuenta y cuatro días de incapacidad temporal que había fijado el Juzgado de Instrucción a los quinientos cuarenta días que contemplaba la letra A) de la tabla V de la Ley 30/1995. La víctima entiende que la decisión de la Audiencia Provincial lesionó su derecho a la intangibilidad de las sentencias firmes. El TC estima su pretensión y anula el Auto de la Audiencia Provincial.

1) *Doctrina constitucional sobre el derecho a la intangibilidad de las sentencias firmes.*—El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, como es sabido, el derecho a la ejecución de las sentencias firmes en sus propios términos. De esta manera, el TC ha podido desarrollar una consolidada doctrina acerca de este derecho fundamental, caracterizándolo como aquel que «asegura a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme». No obstante, el control de esa intangibilidad corresponde, en esencia, a los órganos jurisdiccionales, siendo únicamente competencia del TC «velar por que esas decisiones se adopten de un modo razonablemente congruente con el contenido de la resolución que se ejecuta». En consecuencia, «sólo las decisiones judiciales que sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o que incurran en error patente son constitucionalmente reprochables ex artículo 24.1 CE».

2) *Aplicación de la doctrina al caso.*—La Sentencia del Juzgado de Instrucción sometió la concreción de la indemnización a abonar a la víctima del accidente por incapacidad temporal a la disposición adicional decimoquinta de la Ley 50/1998, sin excluir ninguno de los efectos que habría de suponer su aplicación. No obstante, el Auto impugnado por el presente recurso de amparo decidió excluir parcialmente el régimen de aquella disposición adicional, sujetando los días indemnizables al límite de quinientos cuarenta contemplado en la letra A) de la tabla V del baremo establecido por la Ley 30/1995. Todo ello sin otro apoyo argumental que «*lo establecido en la propia disposición adicional parcialmente excluida, según la interpretación realizada en la STC 181/2000*». Para el TC la argumentación de la Audiencia consiste en advertir la existencia de un posible error en el razonamiento de la decisión adoptada por la sentencia firme sobre la base de un *obiter dicta* de la STC 181/2000. En cualquier caso, la actuación de la Audiencia constituye, a juicio del TC, una clara desviación respecto de lo fallado en las resoluciones ejecutadas y, por consiguiente, se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante en amparo.

STC 93/2004, de 24 de mayo.

RA: Admisión.

Ponente: García-Calvo.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al proceso.

Cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil. Determinación del *dies a quo* y falta de notificación del auto de archivo de diligencias penales.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículo 114 LECrim.

Recurso de amparo interpuesto por el padre de un trabajador, fallecido en accidente laboral, contra dos sentencias de la jurisdicción laboral que desestimaron la acción de reclamación de indemnización derivada del accidente de trabajo al estimar la excepción de prescripción alegada por la empresa demandada. En efecto, con anterioridad al inicio del litigio en sede laboral, se siguieron diligencias previas en el ámbito penal, de las que fue parte el padre de la víctima y recurrente en amparo. No obstante, estas diligencias fueron sobreseídas y archivadas, sin ser notificado el auto de archivo al recurrente. Las sentencias de la jurisdicción laboral prescinden de este último dato para determinar una posible interrupción del plazo de prescripción e imputan una falta de diligencia al afectado por no haber averiguado la finalización del proceso penal. El TC anula ambas sentencias.

1) *Doctrina constitucional sobre la falta de notificación de la finalización del proceso penal, el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil y su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.*—El TC se ha pronunciado sobre este tema en las SSTC 220/1993 y 89/1999, estableciendo una sólida doctrina, a la que se suma sin ambages la presente sentencia. Esta doctrina parte de la premisa de que, ciertamente, no corresponde a la jurisdicción constitucional la interpretación de las normas relativas a los plazos de prescripción en el ejercicio de los derechos y de las acciones. No obstante, cuando una resolución judicial prescinde enteramente de la falta de notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales a la hora de determinar el *dies a quo* de la acción de responsabilidad civil, es oportuno entrar a enjuiciar si tal argumentación puede ser contraria al derecho de acceso al proceso. En este sentido, el TC recuerda que la terminación de las actuaciones penales permite a los legitimados iniciar la acción de daños en la vía civil, de manera que «*el conocimiento de la fecha en que han finalizado dichas actuaciones constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional*». Además, «*es evidente que si el perjudicado ignora el momento en el que ha finalizado el proceso penal, por no haberse personado en las actuaciones, ese desconocimiento puede suponer que transcurra el plazo de prescripción de un año y, si así ocurre, que se vea privado del acceso a la jurisdicción en el orden civil para la defensa de sus pretensiones y que se extinga, de este modo, su derecho a obtener reparación por el daño sufrido. Lo que no se compadece con la plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24 CE reconoce*». Finalmente, esta doctrina concluye que «*subsistiendo la llamada acción civil derivada del delito por no haberse renunciado a la misma el perjudicado, y no habiéndose personado éste 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 [...] a*

la efectividad del derecho constitucional de la perjudicada de acceder al proceso en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño sufrido» (vid. STC 220/1993).

2) *Aplicación de la doctrina al caso.*—La doctrina detallada resulta plenamente aplicable al caso, ya que el perjudicado, al practicarse la diligencia prevista en el artículo 109 LECrim, manifestó quedar enterado y ser parte en el proceso, lo que suponía su intención de no renunciar a la indemnización que pudiera corresponderle por la responsabilidad civil. Sin embargo, al no personarse en las citadas actuaciones, no le fue notificado el Auto de archivo, cuya fecha constituía el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción posteriormente ejercitada por el recurrente en el orden social. Las sentencias impugnadas en el recurso de amparo, al prescindir del conocimiento por parte del perjudicado del momento de finalización del proceso penal para que éste pudiera reiniciar el ejercicio de la acción civil en otro orden jurisdiccional, se oponen al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, al ser contrarias a la plena efectividad del derecho de acceso del perjudicado a la jurisdicción social.

STC 105/2004, de 28 de junio.

RA: Inadmisión.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Daños. Accidentes de tráfico. Baremos. ¿Discriminación en las cuantías indemnizatorias cuando son varios y no uno sólo los <perjudicados/beneficiarios>?

Preceptos de referencia: Artículos 14, 15 y 24.1 CE. Ley 30/1995, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

La sentencia tiene su origen en un accidente en el que fallecieron los padres y un hermano de los recurrentes, sufriendo asimismo lesiones uno de éstos. Tras las sentencias recaídas en juicio de faltas, interponen recurso de amparo ante el TC, denunciando como vulnerados los derechos a la igualdad (art. 14 CE), a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En sustancia, sus quejas se centran «en que la tabla I del anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, contiene sendas discriminaciones en sus grupos III.2 y V.2, y por tanto infringe el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta y peor a los hijos y hermanos mayores de veinticinco años de las víctimas de un accidente de tráfico si son varios [...] que si es uno solo».

1) *Una problemática en gran medida ya resuelta por la STC 181/2000.—«Se impone recordar, antes de nada, que entre la interposición de la demanda de amparo presentada y el momento en el que este Tribunal acordó conocer de la misma se dictó la STC 181/2000, de 29 de junio, por la cual se resolvieron una decena de cuestiones de constitucionalidad, que fueron acumuladas con el evidente objeto de dar una respuesta lo más amplia posible a los numerosos asuntos planteados como constitucionalmente problemáticos en razón de la nueva regulación de la responsabilidad civil por circulación de vehículos a motor que supuso la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995/3046).*

En dicho pronunciamiento quedaron ya plenamente contestadas algunas de las quejas que ha generado el presente recurso, de modo que respecto de ellas basta recordar lo entonces dicho».

a) *Sobre la alegación de falta de una reparación total del daño.*—A este propósito, el TC recuerda lo dicho en la citada STC 181/2000: «*El “mandato constitucional de protección suficiente de la vida y de la integridad personal no significa que el principio de total reparación del dañado encuentre asiento en el artículo 15 de la Constitución” y que “el artículo 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y, en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad -según la expresión literal del art. 15 CE- de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas”.* «*La anterior clarificación y determinación del canon de constitucionalidad permite concluir que el sistema de baremación legal cuestionado no es contrario al artículo 15 de la Constitución”*».

b) *Sobre la pretendida infracción del principio de igualdad por la mera existencia de diferentes sistemas de responsabilidad civil.*—«*Del mismo modo, lo resuelto en la STC 181/2000 contesta también directamente la alusión de quienes acuden ahora en amparo acerca de la quiebra de la igualdad (art. 14 CE) por la diferencia del trato que la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor dispensa a los daños causados en el tráfico de vehículos a motor respecto de los mismos daños producidos por otras causas. Como dijimos entonces, resulta patente que el tratamiento jurídico diferenciado de los daños previsto en la Ley “no introduce desigualdad alguna entre las personas, cuyo trato discriminatorio es lo que proscribe el derecho a la igualdad que reconoce el artículo 14 CE”, así como que “la concreta regulación especial o diferenciada que se cuestiona no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en que acaece la conducta o actividad productora de los daños. Se opera así en función de un elemento objetivo y rigurosamente neutro, que explica por qué esa pluralidad de regímenes jurídicos especiales se aplica por igual a todos los ciudadanos, es decir, a todos los dañados, sin que implique, directa o indirectamente, un menoscabo de la posición jurídica de unos respecto de la de otros”* (F. 11)».

2) *Sobre la pretendida discriminación cuando los «perjudicados/beneficiarios» son varios y no uno solo.*—De acuerdo con el sistema, cada uno de los «perjudicados/beneficiarios» percibe una indemnización menor cuando se trata de varios que cuando se trata de uno solo. Pero el TC descarta que esa desigualdad constituya una discriminación. «*El sistema de indemnizaciones que dispone la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor adopta como referencia la víctima del accidente de circulación, y no (como pretenden los recurrentes) sus potenciales “perjudicados/beneficiarios”, y ello es así hasta el punto de que éstos no existen legalmente si la víctima sobrevive al accidente [...]. Contra lo enfatizado por los actores en su propósito de traducir el daño moral (se insiste: único al que hace referencia la demanda) en términos dinerarios, es meridiano que no cabe entender que “al ser el daño moral, en caso de fallecimiento dicho daño dependerá del número de personas allegadas que tenga la ví-*

tima”». «La cuestión, pues, no estriba en modo alguno, como pretenden los actores, en una distinta valoración de las vidas perdidas en accidentes de tráfico en función de los potenciales beneficiarios de los fallecidos, sino en un plano más elemental, en la limitación indemnizatoria que dispone el legislador para los casos en los cuales concurren varios “perjudicados/beneficiarios”, pues es esto y no otra cosa lo que en rigor supone el distinto tratamiento resarcitorio cuya constitucionalidad aquí se discute». «Centrada la cuestión en los anteriores términos, se hace menester indicar que la limitación de las cantidades resarcitorias por víctima mortal en accidente de circulación constituye manifiestamente uno de los pilares del sistema regulado por la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor, tal y como revela el inciso final del artículo 1.2 de ésta, conforme al cual “los daños y perjuicios causados a las personas [...] incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el Anexo de la presente Ley”; así lo hemos ratificado en nuestra Sentencia 181/2000 al considerar el establecido un “sistema legal de valoración tasada” (F. 13); esto es, un sistema “basado en el sometimiento de los perjuicios económicos derivados del daño personal a topes o límites cuantitativos” (F. 15). Ello es plenamente coherente [...] con uno de los objetivos que en la tan citada Sentencia apuntábamos que persigue el sistema establecido en la Ley 30/1995 cuando, recordando la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991, antecesora directa de la normativa legal vigente, se especificaba que entre tales objetivos se encontraba “permitir a las entidades aseguradoras establecer previsiones fundadas” (F. 13), objetivo que se calificaba, junto con los demás, de perfectamente legítimo y enteramente predictable del sistema de baremo vinculante aprobado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.»

STC 113/2004, de 12 de julio de 2004.

RA: Inadmisión.

Ponente: Casas Baamonde. Voto particular de García-Calvo.

Conceptos: Tribunales consuetudinarios. Aguas. Consejo de Hombres Buenos de Murcia. Inimpugnabilidad de sus decisiones en vía judicial. Órgano que ejerce funciones de naturaleza jurisdiccional. Necesidad de motivación.

Preceptos de referencia: Artículos 117 y 125 CE; artículo 19 LOPJ; Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, texto refundido de la Ley de Aguas.

La sentencia desestima el amparo interpuesto contra una resolución del Consejo de Hombres Buenos de Murcia, que había condenado a la recurrente al pago de determinada cantidad, sin que la legislación vigente contemple recurso alguno en vía judicial. Para decidir, el TC considera necesario «comprobar [...] si realmente el Consejo de Hombres Buenos ejerce una función que es propiamente jurisdiccional, con efectos además de cosa juzgada, o si, por el contrario, es un órgano de naturaleza jurídico-administrativa que cumple una función simplemente de carácter arbitral sujeta al Derecho administrativo». De ello dependía también la posibilidad de recurrir en amparo la resolución del citado Consejo.

Tras un detenido análisis histórico de los tradicionales Jueces y Tribunales de Aguas o Jurados de Riego y de los no siempre coincidentes criterios legales y jurisprudenciales acerca de su naturaleza, el TC concluye que «*los Tribunales consuetudinarios y tradicionales son, en efecto, por decisión constitucional, órganos que ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional, bien que limitadas dentro de los estrechos márgenes que resultan de la atribución a su conocimiento de las cuestiones simplemente de hecho que se susciten entre los usuarios de la comunidad*». Esta configuración del Consejo de Hombres Buenos permite al TC afirmar que éste «*presta en consecuencia la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos que garantiza el artículo 24 CE. De forma que, frente a lo que opina la entidad mercantil demandante de amparo, el que la Sentencia del Consejo sea firme y, por tanto, no sea susceptible de recurso alguno, administrativo o judicial, no determina ninguna limitación ni, menos aún, la lesión del citado derecho fundamental que denuncia. Simplemente significa, según se ha adelantado, que esa tutela se obtiene por una vía distinta a la judicial; lo que, en sí mismo, no es contrario al derecho fundamental que garantiza el citado artículo 24.1 CE*». El hecho de que las resoluciones del Consejo no puedan impugnarse en vía judicial, por lo demás, carecería manifiestamente de relevancia constitucional, toda vez que «*el sistema de recursos no tiene, salvo en el orden penal, vinculación constitucional*».

Sobre la base de lo expuesto, queda claro que el Consejo, «*en tanto que órgano de naturaleza jurisdiccional que presta la tutela efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE [...] está sometido “a las garantías que la Constitución anuda a todo proceso” (STC 215/2000), y que, en consecuencia, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales [...] sus resoluciones son susceptibles de producir vulneraciones de los derechos establecidos en el artículo 24 CE*». Esta vulneración, sin embargo, en el caso planteado, no se habría producido, El TC no considera insuficiente, en orden a la motivación de la resolución, la escueta fórmula «vistas las circunstancias del caso», dado el conjunto de las actuaciones llevadas a cabo anteriormente. Este es el punto en el que discrepa el Magistrado autor del voto particular, que proponía la estimación del amparo por falta de motivación de la resolución.

STC 115/2004, de 12 de julio.

RA: Admisión.

Ponente: García-Calvo.

Conceptos: Libertad de expresión. Derecho a comunicar libremente información. Injurias.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.a), 20.1.d) CE.

El caso tiene su origen en una manifestaciones de la Alcaldesa de la localidad de Campos del Río, mediante un escrito dirigido a todos los vecinos de este municipio en el que atribuía a un funcionario del Insalud, sin ser ciertas, actuaciones incorrectas y conductas inapropiadas en el ejercicio de su actividad. En concreto, la alcaldesa acusaba al médico de dar distinto trato a los pacientes en función de su opción política. Posteriormente, sostuvo las mismas afirmaciones en un programa de radio de difusión nacional. El médico se querelló contra la alcaldesa, siendo ésta condenada como auto-

ra criminalmente responsable de un delito de injurias que la Audiencia Provincial de Murcia redujo luego a falta. Las dos sentencias se basaron en la falsedad de los hechos narrados en la comunicación que la alcaldesa dirigió a los vecinos y en la posterior emisión radiofónica, fundándose tal afirmación de falsedad en que las declaraciones de los testigos aportados por la defensa con el fin de acreditar su veracidad adolecían de parcialidad hasta el punto de poner en cuestión su credibilidad y en que algunos de los hechos imputados no quedaron probados en el juicio. El TC anula ambas sentencias de la instancia.

1) *Doctrina constitucional sobre la relación entre los derechos a la libertad de expresión y de información y los tipos penales de injuria y calumnia*.—Antes de entrar en el estudio del fondo del asunto, el TC reitera su doctrina en relación con el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en el ejercicio de dichas libertades. En estos casos, el juez penal debe examinar, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si éstos han de encuadrarse dentro del alegado ejercicio de los derechos fundamentales del artículo 20.1.a) y d) CE. De ser así, la acción penal no podría prosperar, puesto que las libertades reconocidas en estos preceptos constitucionales operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta. De esta manera, cuando el Juez penal incumple con aquella obligación y elude ese examen preliminar para comprobar si la pretendida antijuridicidad de la conducta ha de quedar excluida, «*no sólo está desconociendo las libertades de expresión e información del acusado al aplicar el ius puniendi del Estado, sino que las está, simplemente, vulnerando*». En este caso, en consecuencia, se produciría una lesión de derechos fundamentales y daría lugar al recurso de amparo y a la anulación de las resoluciones impugnadas a través de él.

2) *Doctrina constitucional sobre el requisito de la veracidad en la información*.—Del mismo modo, el TC reitera, una vez más, de forma sucinta, su doctrina acerca del verdadero alcance del requisito de veracidad exigida para las informaciones objeto de protección constitucional. Así, afirma que «*la veracidad de una información en modo alguno debe identificarse con su “realidad incontrovertible”*» y que la CE «*extiende su garantía también a las informaciones que pueden resultar erróneas o sencillamente no probadas en juicio, sin que la falta de interposición o invocación de la exceptio veritatis determine o prejuzgue la veracidad de una información*», al igual que también «*ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud resulte controvertible*».

3) *Aplicación de la doctrina al caso*.—En aplicación de la doctrina mencionada, el TC analiza, en primer lugar, si el Juez penal valoró debidamente la posible concurrencia en el caso del ejercicio de las libertades de expresión e información. A juicio del TC, los órganos judiciales condenaron a la alcaldesa sin efectuar ese insoslayable examen previo y, en consecuencia, desconocieron la evidente concurrencia en el supuesto del eventual ejercicio de las libertades de expresión e información y no realizaron la debida ponderación de los mismos, causando una lesión del artículo 20.1.a) y d) CE. Pero es que, además, los órganos judiciales se basaron en la falsedad de los hechos narrados por la alcaldesa, ignorando la reiterada doctrina constitucional sobre el requisito de la veracidad en la información. En el caso, las manifestaciones de la alcaldesa estaban fundadas en la existencia de denuncias y quejas interpuestas por ciudadanos del pueblo, y en la existencia de una sanción adminis-

trativa impuesta, aunque luego revocada, al médico querellante. Del mismo modo, la información difundida presentaba una indudable relevancia pública y debía contextualizarse en el marco del enfrentamiento político propio de una contienda electoral.

Por todo ello, el TC estima el recurso de amparo interpuesto por la alcaldesa, reconoce su derecho a la libertad de expresión e información y anula las dos resoluciones judiciales impugnadas.

STC 116/2004, de 12 de julio de 2004.

RA: Inadmisión.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Ejecución hipotecaria. Tutela judicial efectiva. Incidente nulidad de actuaciones. Subsidiariedad del recurso de amparo. Notificaciones.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículos 44.1 y 50.1 LOTC. Artículo 131 LH.

La sentencia desestima el amparo porque el recurrente no cuestionó en la vía judicial previa, a través del incidente de nulidad de actuaciones que interpuso, la validez de la cédula de notificación que se entendió con la conserje de las fincas, y ello impidió que el Juez *a quo* pudiera pronunciarse al respecto, vulnerándose así lo establecido en el artículo 44.1.c) LOTC cuya finalidad es la de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional. La petición de nulidad se fundó únicamente en que el requerimiento de pago se había llevado a cabo en las fincas hipotecadas, que no constituyan domicilio habitual ni social, lo cual no fue estimado por el órgano judicial *a quo* al resolver el incidente, opinión que comparte el Tribunal Constitucional.

«La discordancia que se aprecia entre las cuestiones suscitadas por la ahora recurrente en amparo ante el órgano judicial a quo con ocasión del incidente de nulidad de actuaciones y las planteadas en la demanda de amparo como fundamento de su pretensión ha de conducir, de acuerdo con la doctrina constitucional que se ha dejado expuesta en el fundamento jurídico precedente sobre el requisito procesal que establece el artículo 44.1.c) LOTC, y a fin de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, a circunscribir nuestro pronunciamiento sobre la queja de indefensión de la solicitante de amparo a los términos en que la misma fue planteada en la vía judicial previa, esto es, en definitiva, a la supuesta indefensión de la demandante de amparo por haberse efectuado el requerimiento de pago en las fincas hipotecadas y no en su domicilio social. De lo contrario, si procediéramos al análisis de las cuestiones que la recurrente en amparo no suscitó, pudiendo haberlo hecho, ante el Juez a quo en el incidente de nulidad de actuaciones, amén de subvertir la necesaria subsidiariedad del amparo constitucional, nos situaríamos ante la ilógica tesitura de dilucidar si el órgano judicial, ante un planteamiento como el que se hace en la demanda de amparo y no se hizo en el proceso judicial, hubiera alcanzado, a la vista de las alegaciones ahora esgrimidas y entonces omitidas, una conclusión distinta a la plasmada en el Auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones, como ante la hipotética posibilidad de reprocharle la vulneración de un derecho fundamental que por su titular no fue advertida en la

ocasión que tuvo para ello con el planteamiento y en los términos que se efectúa en la demanda de amparo (STC 201/2000, de 24 de junio, FJ 4).»

«Delimitada en los términos indicados la queja de la recurrente en amparo y, por consiguiente, el alcance de nuestro pronunciamiento, ha de desestimarse aquélla sin necesidad de una detenida argumentación, ya que, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ningún reproche puede dirigirse a la actuación judicial cuestionada, pues el requerimiento de pago se llevó a cabo en el domicilio legalmente previsto ex artículos 130 y 131.3 LH, esto es, en el pactado por las partes para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones en la escritura de los préstamos hipotecarios y que figuraba en el Registro, sin que por la ahora demandante de amparo, que se había subrogado en los préstamos hipotecarios, se hubiese hecho uso de la facultad de cambiar el domicilio fijado a tales efectos (art. 130 LH). De modo que, no habiéndose cuestionado en la vía judicial previa la validez de la cédula de notificación que se entendió con la conserje de las fincas, ha de rechazarse la queja de indefensión de la demandante de amparo por haberse llevado a efecto el requerimiento de pago en las fincas hipotecadas.»

STC 125/2004, de 19 de julio.

RA: Inadmisión.

Ponente: Rodríguez-Zapata.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al proceso.

Cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil. Determinación del *dies a quo*.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículo 1968.2 CC. Artículo 114 LECrim.

Recurso de amparo presentado por la víctima de un accidente de circulación contra dos sentencias de la jurisdicción civil que desestimaron su demanda, al apreciar la excepción de prescripción de la acción de responsabilidad civil alegada por la empresa aseguradora del causante de los daños. Con anterioridad al inicio del pleito civil, se siguió proceso penal que terminó con sentencia absolutoria por falta de acusación, al desistir la víctima del ejercicio de la acción penal. La recurrente en amparo entiende que el cómputo del plazo de prescripción de un año (ex art. 1968.2 CC) empezaba a contar desde la fecha de notificación del Auto que declaró firme la sentencia penal absolutoria, en contra del criterio de la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona que consideró que el *dies a quo* venía fijado por el momento a partir del cual la recurrente podía interponer la demanda en la vía civil, es decir, desde el momento de notificación de la sentencia penal absolutoria.

1) *Doctrina constitucional sobre el derecho de acceso al proceso y su relación con la institución de la prescripción.*—Ante la alegación de la recurrente de lesión al derecho de acceso al proceso, el TC recuerda su doctrina sobre esta modalidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y su relación con el instituto de la prescripción. De esta manera, cuando la apreciación de la prescripción se produce después que el juzgador del fondo de la cuestión haya analizado el caso y tras el completo y regular desarrollo

del proceso judicial, debe considerarse, según la doctrina del TC, que ha existido auténtico acceso a la justicia y, en definitiva, lo que ha podido existir es una desestimación de la pretensión de fondo y no una denegación del acceso a la justicia.

2) *El fondo del asunto.*—Aparte de la consideración de que la desestimación de la demanda, por apreciarse la excepción de prescripción, constituyó un auténtico pronunciamiento de fondo y no una resolución de inadmisión, de manera que no se produjo lesión alguna al derecho de acceso al proceso, el caso se centra en la pretensión de la recurrente de considerar que el plazo de prescripción de la acción civil empezaba a contar desde la fecha de notificación del Auto que declaró firme la sentencia penal absolutoria. No obstante, el TC comparte el criterio de la Audiencia de entender que el *dies a quo* se fijó en el día de la notificación, no del Auto que declaró firme la sentencia penal, como sostiene la recurrente, sino de la misma Sentencia penal absolutoria. La interpretación de la recurrente «*consistente en deferir al momento en que se notifica la declaración de firmeza de la sentencia penal el inicio del cómputo de la prescripción [...] implica que la acción civil no podría ejercitarse antes, aun cuando la sentencia penal o la resolución que pusiera fin a la causa penal o fuera ya susceptible de recurso alguno, lo cual supone también un cierto sacrificio del derecho de acceder a la jurisdicción*».

Del mismo modo, la recurrente pretende – sin éxito – que el TC aplique a su caso la doctrina constitucional sobre la necesidad de notificación de la resolución que pone fin a un proceso penal para iniciar el cómputo del plazo de la prescripción de la acción de responsabilidad civil (*vid. esta doctrina en la reseña a la STC 93/2004 en este mismo número*). Obviamente, los casos en los que resulta aplicable esta doctrina son aquellos en los que los recurrentes en amparo no han sido notificados sobre aquellas resoluciones. Asimismo, es irrelevante qué tipo de resolución judicial es objeto de notificación para considerar que el perjudicado conoce de la finalización del proceso penal y, en consecuencia, puede interponer la acción civil. En el caso, la apreciación de la concurrencia de la prescripción por parte de la instancia parte de que la demandante conoció la firmeza de la conclusión del proceso penal, y sólo desde el momento en que reputa conocido tal conocimiento aplica el plazo de prescripción.

STC 127/2004, de 19 de julio.

RA: Admisión.

Ponente: García-Calvo.

Conceptos: Libertad de expresión. Libertad de información. Delito de injurias. Opinar e informar.

Preceptos de referencia: Artículo 20.1 a) y d) CE.

La demanda de amparo la solicita un concejal del Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada alegando vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión en relación con los derechos a la presunción de inocencia, a un juicio justo, a la libertad ideológica y a la participación en los asuntos públicos. El recurso se presenta contra la sentencia que le condenó como autor de un delito de injurias contra una concejal del mismo Ayuntamiento. Los hechos tuvieron lugar en la Plaza del Ayuntamiento de Santo Domingo

de la Calzada, tras una concentración por un acto terrorista, cuando ambos concejales iniciaron una conversación que fue subiendo de tono hasta que finalmente el recurrente se dirigió a la denunciante en los siguientes términos: «tú y otros dos más, estáis en el Ayuntamiento por motivos personales y económicos».

El TC señala la importancia de analizar el ejercicio de las libertades de expresión y de comunicar o recibir libremente información veraz como cuestión previa a la admisión de un delito de injurias. Señala la sentencia la obligación del juez penal de proceder a este análisis como examen previo de una conducta constitutiva de este delito. Si se trata de la expresión de una opinión que no es formalmente injuriosa o la información es veraz no cabe la sanción penal *«ya que la aplicación del tipo penal no debe resultar desproporcionada ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que impone una interpretación secundum Constitutionem de los tipos penales»*.

Entiende el TC que en el caso recurrido los órganos judiciales condenaron al demandante haciendo caso omiso de la alegación de las libertades de expresión e información, limitándose a analizar la concurrencia en el caso de los elementos integrantes de la falta de injurias. En tal caso, indica la sentencia, tal omisión por parte del Juez Penal *«no sólo está desconociendo las libertades de expresión e información del acusado al aplicar el ius puniendo del Estado, sino que las está, simplemente, vulnerando»*.

La sentencia señala la diferencia establecida por la jurisprudencia del TC entre libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la narración de hechos) y que la primera *«al tratarse de la formulación de pensamientos, ideas y opiniones sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción muy amplio, que viene delimitado sólo por la ausencia de expresiones intrínsecamente vejatorias que resulten impertinentes e innecesarias para su exposición»*. De acuerdo con el TC si la información resulta ser veraz o la opinión no es formalmente injuriosa, no cabe la sanción penal como ocurre en el caso que procede. Razón por la cual concede el amparo solicitado.

STC 136/2004, de 13 de septiembre.

RA: Inadmisión.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Honor. Libertad de información. El «reportaje neutral» y el tratamiento de las declaraciones de terceros.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1. d) CE.

El recurso de amparo lo promueve una concejal del Partido Popular con motivo de la publicación en la revista «Interviú» de un artículo que, bajo el título «Marido te doy», informaba sobre su supuesta intervención en un matrimonio de conveniencia por precio entre un presidiario y la asistenta de dicha concejal. El artículo describía la supuesta coacción que la recurrente, abogado profesional, ejerció sobre su asistenta para que contrajera matrimonio con un presidiario alemán cliente suyo con el fin de que éste adquiriera la nacionalidad española y fuera puesto en libertad tras serle rebajada la pena.

La publicación contenía además alusiones críticas al trato dado por la recurrente a su asistenta y detalles que evidenciaban el grado de subordinación al que ésta era sometida por la recurrente. La publicación motivó que la recurrente presentara una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia correspondiente contra la editorial y el director de la revista así como los autores del artículo por vulneración de sus derechos fundamentales al honor, intimidad e imagen. La demanda fue desestimada en primera instancia pero fue parcialmente estimada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Finalmente el Tribunal Supremo anuló la sentencia de la Audiencia y confirmó la dictada por el Tribunal de Primera Instancia.

Para resolver este conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, el TC analiza si la publicación objeto del recurso puede ser calificada como «reportaje neutral», concepto elaborado por la jurisprudencia constitucional para referirse a aquellos reportajes cuyo *«objeto de la noticia se halla constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos al honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas»*. Según la jurisprudencia constitucional no hay reportaje neutral si no se determina quién hizo las declaraciones y además el medio de información ha de ser mero transmisor de las mismas. La consecuencia es que *«en los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido»*.

En el caso recurrido, considera el TC que el artículo no se corresponde con un «reportaje neutral» porque aunque la fuente principal está constituida por declaraciones efectuadas por terceros (la asistenta, su madre y su abogado) *«el trato dado por los autores a la mencionada información, mediante los llamativos titulares y fotografías que acompañan la noticia, así como los comentarios que glosan las declaraciones de los protagonistas, implican de manera indubitable que el medio de comunicación ha dejado su papel de neutralidad en la forma de transmitir la información obtenida para pasar a tener un papel activo y determinante en cuanto a la elaboración y repercusión de la noticia originaria»*.

A continuación analiza el TC si las declaraciones cumplen el requisito de veracidad y concluye que del análisis de las actuaciones y del propio texto de la publicación puede derivarse que las declaraciones de la asistenta y su abogado cumplen este requisito y que los autores de la publicación cumplieron con la diligencia mínima exigible en la elaboración de la información.

En tercer lugar, y siguiendo con el análisis de los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional en los supuestos de colisión del derecho al honor y el derecho a la información, el TC toma en consideración la trascendencia pública de la noticia. Según el TC la información difundida por la revista tiene como objetivo denunciar los matrimonios de conveniencia por precio entre ciudadanos españoles y extranjeros con la finalidad de que estos últimos adquieran la nacionalidad española. Indica la sentencia que el artículo publicado *«lejos de pretender lesionar el honor de la recurrente, lo que persigue es poner en conocimiento de la opinión pública unas determinadas prácticas ilícitas»*. En el presente caso, además, concurre la circunstancia de que la recurrente es un personaje público, lo cual añade a la noticia un «plus de relevancia».

STC 139/2004, de 13 de septiembre.

RA: Admisión.

Ponente: Delgado.

Conceptos: Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Garantías: mandamiento judicial de entrada en domicilio en el que se precisa motivación y ponderación de los distintos derechos o intereses que pueden verse afectados. No cabe que la motivación tenga un contenido genérico que pueda utilizarse en casos muy diferentes.

Preceptos de referencia: Artículo 18.2 CE y 55.1 LOTC.

La sentencia estima el amparo interpuesto contra el Auto de 2 de enero de 2001, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Madrid. En él se permitía la entrada en el domicilio de los padres de la recurrente, que era donde residía con sus hijos menores de edad, con el fin de hacer efectivo el Acuerdo de 19 de octubre de 2000 que declaraba en situación de desamparo a los menores D., P., L. y B. (todos ellos hijos de la recurrente) y ejercer así su tutela e ingresarlos en un centro de protección.

En este Auto se señalaban los profesionales que debían llevar a cabo la ejecución del acto, que en la entrada deberían evitarse actuaciones ajenas a su objeto y que debían adoptarse las precauciones necesarias para no comprometer la reputación de los moradores y, en todo caso, respetar sus secretos e intimidad.

La recurrente alega que la función que incumbe al Juez de lo Contencioso-Administrativo en la ejecución administrativa, como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, no debe, en modo alguno, reducirse a la de un simple automatismo formal. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, al Juez competente para otorgar la autorización de entrada en domicilio le corresponde controlar, además de que el interesado es efectivamente el titular del domicilio para el que se solicita aquélla, que esa entrada es necesaria para la ejecución del acto, que la resolución que pretende ejecutarse haya sido dictada por la autoridad competente, que el acto se encuentre fundado en Derecho, que sea necesario para alcanzar el fin perseguido y que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto. También alega que la jurisprudencia constitucional exige que la autorización judicial debe expresar el período de duración y el tiempo de la entrada.

El TC considera que el órgano judicial no ha exteriorizado la ponderación de los distintos derechos o intereses que pueden verse afectados. El Auto recurrido por su contenido, de carácter genérico podría utilizarse para casos muy diferentes, pues no recoge ninguno de los datos concretos que individualizan la situación que reclama la entrada domiciliaria. *«Al no expresarse en el Auto impugnado el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y la finalidad perseguida, ni argumentarse sobre la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio del derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtiene con ello (STC 136/2000, de 29 de mayo [RTC 2000, 136] F. 4; en el mismo sentido, entre otras muchas, STC 69/1999, de 26 de abril [RTC 1999, 69], F. 4), la autorización otorgada no puede considerarse que cumpla la función de garantía que constitucionalmente le corresponde»* (FJ 3).

STC 171/2004, de 18 de octubre.

RA: Inadmisión.

Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez.

Conceptos: Honor. Libertad de información. «Reportaje neutral». «Vox populi». Pasividad ante reiteradas afirmaciones de otros medios y diligencia exigible a quiénes se basan en lo que éstos difundieron.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 d) CE.

El recurrente funda su demanda en amparo en la vulneración de su derecho al honor con motivo de la aparición de dos trabajos periodísticos en los diarios «El Mundo del País Vasco» y el «Mundo del siglo XXI» en los que se le atribuye su pertenencia al aparato económico de ETA.

La publicación de dichos artículos periodísticos motivó que en su día el recurrente presentara demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Bilbao contra los periodistas firmantes de dichos artículos así como contra la empresa editora de los periódicos sobre protección contra el derecho al honor. La sentencia en primera instancia fue estimatoria pero posteriormente fue revocada por la Audiencia Provincial de Bilbao. El recurrente presentó recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Como viene siendo habitual en los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de información examina el TC la concurrencia de una serie de requisitos que permiten excluir la lesión al derecho honor. El primero que analiza es la relevancia pública de la información aparecida en las publicaciones que considera indudable *«dado que se trata de supuestas actividades en conexión con ETA, materia de evidente interés para todos los ciudadanos, dadas las repercusiones sociales y políticas que las acciones de la misma han tenido y tienen en nuestro país»*. Examina a continuación si las publicaciones pueden ser calificadas como «reportaje neutral» que exonera de responsabilidad a sus autores si se cumplen tres condiciones: *«el objeto de la noticia debe hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos al honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas»*; *«el medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones»*; *«la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido»*. Según el TC no se cumple en este caso el requisito de la clara identificación de las fuentes de las informaciones que se transmiten por lo que la presente publicación no puede ser calificada como «reportaje neutral» ni quedar exonerados sus autores.

Señala la sentencia a continuación el importante papel que juega en estos supuestos el hecho de que la información sea veraz puesto que podría determinar que *«prevaleciera la libertad informativa sobre el derecho al honor del demandante de amparo»* y el deber de diligencia que ello determina sobre el informador *«a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos»*. Dicho deber de diligencia ha sido modulado por la jurisprudencia constitucional en función de las características concretas de la información de que se trate y *«adquiere su máxima intensidad, cuando la noticia que se divulga pueda suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere»*.

En el caso objeto del recurso, los periodistas argumentaron que sus fuentes, aún sin citarlas, estaban basadas en otras publicaciones que habían anteriormente aparecido en diversos medios de comunicación y que no habían sido denunciadas por el recurrente. Señala el TC que «*es patente, por tanto, que varias veces, y en diversos medios de comunicación de muy diferentes tendencias y grado de relación con las agrupaciones independentistas vascas, el demandante de amparo había sido vinculado con la organización terrorista ETA (...) de modo que dichas afirmaciones, repetidas por diferentes diarios y a lo largo de una serie bastante dilatada de años, acabaron por ser lo que en términos latinos se conoce como “vox populi”, y de esa opinión general es de la que proceden las informaciones concretas, hechas públicas por el diario ‘El Mundo’*». Para el alto tribunal, la pasividad del recurrente frente a las anteriores publicaciones que difundían también su pertenencia al aparato económico de la banda terrorista ETA «*abona la convicción de que los periodistas procedieron con la debida diligencia en la comprobación de la veracidad de lo informado, pues pudieron razonablemente interpretar en ese sentido aquella actitud pasiva. No se trata, sin embargo, de que el silencio del recurrente durante años sea equivalente a su consentimiento para la difusión de la información que le afectaba; tampoco que le fuera exigible, por su parte, alguna diligencia en la negación pública de la veracidad de aquélla. Más simplemente, ese silencio adquiere aquí relevancia en la medida en que permite fijar el umbral del rigor exigible a los periodistas en el proceso de verificación de la noticia, mayor, obviamente, cuando existen negativas explícitas del afectado*».

El TC considera que en este supuesto las publicaciones objeto del recurso publicaron información veraz por lo que el derecho al honor de las personas afectadas por la misma debe ceder ante la libertad de información de los periodistas y desestima el recurso.

STC 178/2004, de 21 de octubre.

CI: Estimación parcial.

Ponente: Conde Martín de Hijas. Voto particular de Rodríguez-Zapata.

Conceptos: Derecho de propiedad en suelo urbano. Competencias.

Urbanismo. Deber de cesión de aprovechamiento urbanístico. Determinación del porcentaje de la cesión.

Preceptos de referencia: Artículos 149.1.1^a y 149.3 CE. Artículo 20 Ley del Suelo de 1992. Ley Vasca 17/1994.

Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas promovidas por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con el artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 17/1994, de 30 de junio (de medidas urgentes en materia de vivienda, de tramitación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística) y con otros preceptos que, como aquél, tienen como objeto la regulación del deber de cesión de aprovechamiento urbanístico. Ambas cuestiones de inconstitucionalidad tienen su origen en sendos recursos contenciosos-administrativos contra resoluciones en las cuales se hacía referencia a la obligación de los propietarios de suelo urbano de ceder el 15 por ciento del aprovechamiento urbanístico del terreno.

La duda de constitucionalidad que suscita el órgano judicial *a quo* se centra, en esencia, en si una Comunidad Autónoma puede establecer, en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de urbanismo, una cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano, sin que previamente, en el ejercicio de la competencia que el artículo 149.1.1^a CE reserva al Estado, éste haya fijado dicha cesión como condición básica del ejercicio del derecho de propiedad en suelo urbano. Así, el artículo 11 de la Ley Vasca 17/1994 define el contenido del derecho de propiedad sobre terrenos situados en suelo urbano, de acuerdo con las pautas que el legislador estatal estableció en el artículo 27 de la Ley del Suelo de 1992, fijando, de esta manera, que el porcentaje de cesión sería del 15 por ciento en el suelo urbano de todos los municipios del País Vasco. Como es sabido, la STC 61/1997, de 20 de marzo declaró la inconstitucionalidad y nulidad de gran parte de los preceptos de la Ley del Suelo de 1992, entre ellos el citado artículo 27. De esta manera, declarada la inconstitucionalidad de dicho precepto estatal se suscita, la cuestión relativa a si es constitucionalmente posible la regulación del precepto legal vasco sin que exista una norma del Estado que establezca, no ya los límites de la cesión de aprovechamiento en suelo urbano, sino la misma obligatoriedad de esa cesión en dicha clase de suelo, que no estaba prevista en el texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana de 1976; texto que recobró vigencia como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la disposición derogatoria correspondiente en la Ley del Suelo de 1992. En la misma tesitura se encuentra –con relación a la segunda de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas– el artículo 2 de la Ley Vasca 3/1997, que reitera la obligación de cesión del 15 por ciento. A este caso, hay que añadir la previsión de un artículo 2.2 de la Ley Estatal 7/1997, que fija la obligación de cesión en un 10 por ciento y en cuyo origen se encuentra el Real Decreto-Ley 5/1996.

Con este telón de fondo, el TC pasa a enjuiciar la constitucionalidad, en primer lugar, del citado artículo 11 de la Ley Vasca 17/1994. Para el TC, dicho precepto fue dictado por la Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias sobre urbanismo y en el marco de una legislación estatal, de manera que su constitucionalidad era incuestionable en el momento de su aprobación. En consecuencia, la posterior declaración de inconstitucionalidad de aquella legislación estatal por razones meramente competenciales, no puede arrastrar por sí sola la del citado artículo 11. Así, la Comunidad Autónoma puede legislar conforme a su criterio en materia de urbanismo, mientras el Estado no limite válidamente ese ámbito de libertad reguladora mediante el establecimiento de condiciones básicas en el ámbito de su competencia. En concreto, el TC considera que, después de la STC 61/1997, aún prevalecía una condición básica garantizadora de la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad, ya que con carácter general existía un deber de cesión de aprovechamiento tanto en suelo urbano como urbanizable. Lo que fue declarado como inconstitucional por invasión de la competencia autonómica en materia de urbanismo por aquella sentencia fue la determinación del concreto porcentaje de cesión de aprovechamiento, pero no la existencia del deber de cesión. En consecuencia, la legislación autonómica podía fijar el mencionado porcentaje y, de esta manera, el TC declara la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley Vasca 17/1994. La misma *ratio decidendi* resulta aplicable al enjuiciamiento de la constitucionalidad de la Ley Vasca 3/1997.

Seguidamente, el TC enjuicia la constitucionalidad del artículo 2.1 de la Ley Estatal 7/1997 que regula la fijación del porcentaje de cesión del aprovechamiento.

chamiento en suelo urbano, distinguiendo entre suelo urbano no incluido en una unidad de ejecución (patrimonialización del 100 por 100 del aprovechamiento) y el resto de suelo urbano (patrimonialización del 90 por 100). En la misma línea argumentativa, el TC declara inconstitucional el citado precepto por invadir una competencia autonómica. Además, extiende dicha nulidad a otros preceptos que, si bien no forman parte de la cuestión de inconstitucionalidad origen de la presente sentencia, guardaban una íntima conexión con aquel artículo 2.1 de la Ley Estatal 7/1997.

Finalmente, el TC delimita el alcance de dicha declaración de inconstitucionalidad con el fin de evitar que ésta pueda producir perjuicios en el patrimonio de los ciudadanos, contrarios al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). De esta manera, las situaciones administrativas declaradas por acto administrativo firme dictado en aplicación de los preceptos estatales que se declaran inconstitucionales no podrán ser revisadas, ni se podrá formular reclamación alguna destinada a obtener la cuantía correspondiente al aprovechamiento urbanístico dejado de percibir o efectivamente cedido por aplicación de los mencionados preceptos.

Se formula voto particular por el Magistrado Rodríguez-Zapata, al que se adhiere el Magistrado García-Calvo. En esencia, el voto particular discrepa de la no aplicación en el presente supuesto de la cláusula de prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho de las Comunidades Autónomas (art. 149.3 inciso 3º CE), con la consecuencia de que la normativa válida autonómica habría quedado desplazada, después de la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la STC 61/1997, por una condición básica que declararía la improcedencia de establecer las cesiones en el suelo urbano de que se trata.

En idéntico sentido y con referencia a las mismas normas y problema, *vid.* las SSTC 205/2004, 206/2004, 207/2004, 208/2004, 209/2004, 210/2004, 211/2004, 212/2004, 213/2004, 214/2004, 215/2004, 216/2004, 217/2004, 228/2004, 229/2004, 230/2004, 231/2004, 232/2004, 233/2004, 234/2004, 235/2004, 236/2004, 237/2004, 238/2004, 239/2004, 240/2004 y 241/2004. En todas ellas, el TC se remite a la *ratio decidendi* de la STC 178/2004.

STC 189/2004, de 2 de noviembre.

RA: Admisión parcial.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Inviolabilidad de domicilio. Derecho a la intimidad. Habitación en residencia militar. Necesidad de autorización judicial.

Preceptos de referencia: Artículo 18.2 CE.

El recurrente, brigada de caballería, había venido ocupando de manera permanente una habitación en una residencia militar. Tras varios incidentes relacionados con el impago de la cuenta, el coronel director de la residencia acordó privarle de su condición de usuario, disponiendo el desalojo de la habitación y ordenando que sus enseres y objetos personales fueran empaquetados, precintados y llevados a otras dependencias, lo que, lógicamente, requirió la entrada en la habitación. El afectado acudió entonces a la vía penal, alegando, entre otras cosas, la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, toda vez que la entrada en su habitación se había producido sin su consentimiento y sin previa autorización judicial. Al fin recayó senten-

cia absolución, entendiendo los órganos judiciales competentes que si bien, contra lo que sostenía el coronel, las habitaciones de una residencia militar pueden ser domicilio a efectos constitucionales, la del brigada habría perdido tal condición desde que, mediante la oportuna y previa decisión administrativa, se privó a éste de la condición de usuario de la residencia.

1) *Relación entre inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad.*—El TC insiste en su conocida doctrina según la cual, pese a su autonomía, el derecho a la inviolabilidad no deja de ser una manifestación del derecho a la intimidad: «*La norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliarios (art. 18.2 CE), a pesar de la autonomía que la Constitución española reconoce a ambos derechos, constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. [...] La protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona.*

2) *El concepto constitucional de domicilio incluye las habitaciones de residencias militares.*—«*El concepto constitucional de domicilio tiene mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo de domicilio y no admite «concepciones reduccionistas» (por todas SSTC 94/1999, de 31 de mayo, F. 5, y 10/2002, de 17 de enero, F. 6 in fine). Por ello, hemos afirmado en el fundamento jurídico 8 de la citada STC 10/2002 que “el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el artículo 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada”. Así como que “el propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros”. De ahí extrajimos la consecuencia, al declarar la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que “las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada”. Esta declaración que realizamos respecto de las habitaciones de los hoteles es extensible con mayor razón aun a las habitaciones ocupadas por quienes son definidos en las normas de régimen interior de la residencia militar como usuarios permanentes».*

3) *Contenido de la tutela: necesidad de autorización judicial.*—«En ningún momento hubo resolución judicial, concerniente al desalojo del recurrente, que efectuara una ponderación de sus intereses y derechos, incluidos, desde luego, los referentes al domicilio. [...] La denominada autotutela administrativa [...] no puede primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos». «La decisión de ejecutar un acto administrativo y entrar en la habitación del demandante sin autorización judicial, contra o cuando menos sin la voluntad de su ocupante, y de extraer del domicilio sus pertenencias, enseres y efectos personales, integra una lesión del derecho fundamental del demandante a la inviolabilidad domiciliaria, en la medida en que fue desalojado de su domicilio sin consentimiento ni autorización judicial alguna».

STC 195/2004, de 15 de noviembre.

RA: Inadmisión.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Selección, interpretación y aplicación de preceptos de la Ley Hipotecaria.

Preceptos de referencia: Artículos 9.3, 24.1 y 117.3 CE. Artículos 34 y 70 Ley Hipotecaria.

El Tribunal Constitucional desestima el amparo porque entiende que la sentencia impugnada, cuando interpreta los artículos 34 y 70 LH, considerando preferente el derecho de la adjudicataria sobre el del demandante en atención a que la anotación preventiva de embargo es anterior a la inscripción de la escritura pública de adquisición del inmueble por parte de éste, lo hace de forma razonada y razonable.

«*El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende, desde la perspectiva que nos ocupa, el derecho a obtener una respuesta fundada en Derecho, esto es, motivada, razonable y no manifiestamente errónea ni arbitraria, ni lesiva de otros derechos fundamentales, si bien en este último supuesto serían esos derechos los vulnerados y no el artículo 24.1 CE (por todas, STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4). Ahora bien, el recurso de amparo constitucional no es un cauce idóneo ni para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico al caso ni para proteger frente a violaciones de derechos y libertades distintos a los reconocidos en los artículos 14 a 29 CE, más la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.2 CE (art. 53.2 CE y artículo 41.1 LOTC). En rigor, cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos típicos del artículo 24.1 CE o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación. Es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; pero también es cierto que este Tribunal incurría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquéllas*

que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (por todas, SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4 y 228/2001, de 26 de noviembre, FJ 5)».

«La Audiencia Provincial, discrepando del criterio del Juzgador a quo, considera en la Sentencia impugnada, en primer lugar, que la adjudicataria de la finca en cuestión en el procedimiento ejecutivo sustanciado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de la Palma del Condado tiene la condición de tercero protegido por la fe pública registral, a tenor de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley hipotecaria, puesto que su título de dominio trae causa de una anotación preventiva de embargo que tuvo acceso al Registro de la Propiedad con anterioridad a la inscripción registral del título de dominio invocado por el demandante, sin que pueda prevalecer frente a la protección registral de la adjudicataria de la finca el hecho de que el demandante adquiriese dicha finca con anterioridad, incluso, a la anotación preventiva de embargo, pues lo determinante es la prioridad registral, teniendo en cuenta que el artículo 70 de la misma Ley establece que cuando la anotación preventiva de un derecho se convierta en inscripción definitiva del mismo surtrá ésta sus efectos desde la fecha de la anotación.

Esta interpretación, fundada en la aplicación a las circunstancias del caso de lo dispuesto en los artículos 34 y 70 de la Ley hipotecaria, considerando preferente el derecho de la adjudicataria sobre el del demandante en atención a que la anotación preventiva de embargo es anterior a la inscripción registral de la escritura pública de adquisición del inmueble por el recurrente, supone una interpretación razonada y razonable de la legalidad ordinaria efectuada por quien es competente para hacerlo, de conformidad con el artículo 117.3 CE, por lo que ningún reproche puede merecer desde la perspectiva del artículo 24.1 CE».

«A lo anterior añade la Sentencia impugnada que no puede prosperar la tesis del demandante, según la cual siendo su título de dominio fehaciente y anterior a la anotación preventiva de embargo debe prevalecer sobre el título de dominio de la adjudicataria de la finca en el juicio ejecutivo, que trae causa de dicha anotación, pues, si bien es cierto que cuando se practicó el embargo ya la finca no era propiedad de la sociedad contra la que se seguía dicho juicio, también lo es que el demandante no ejercitó en tiempo oportuno la correspondiente tercería de dominio dirigida, en su caso, al levantamiento del embargo.»

STC 196/2004, de 19 de noviembre.

RA: Admisión.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Derecho a la intimidad. Análisis clínicos de los que resulta consumo de drogas por parte de una trabajadora. Intimidad corporal e intimidad personal. Obligación de informar al trabajador acerca de los datos a los que va a accederse a través de las pruebas.

Preceptos de referencia: Artículo 18.1 CE.

La recurrente había venido trabajando para *Iberia, Líneas Aéreas de España* como agente administrativa. La empresa dio por extinguida la rela-

ción laboral al recibir de sus servicios médicos la calificación de «no apto». Ésta obedeció a que, en el análisis de orina, se detectó un consumo de *cannabis* muy superior al admisible, hecho éste, no obstante, que los servicios médicos de la empresa, siguiendo el criterio habitual, no comunicaron al departamento de personal, limitándose al «no apto» señalado.

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Ibiza declaró la nulidad del despido porque, a su juicio, «la realización de pruebas médicas destinadas a averiguar el consumo de estupefacientes por parte de un trabajador exige, en todo caso, la autorización personal tras una previa información al respecto, ya que los resultados que pueden obtenerse pertenecen al ámbito de su intimidad [y] si bien es cierto que los servicios médicos no comunicaron a la empresa la razón de la no aptitud, en cumplimiento de su deber de secreto profesional, dicha información se obtuvo sin consentimiento y sirvió derivadamente para fundamentar la extinción del contrato, por lo que, pese a no ser divulgada de forma notoria o abierta, sí salió del conocimiento estricto de su titular». La Sala de lo Social del TSJ de Baleares, sin embargo, consideró que no había habido violación alguna del derecho a la intimidad, lo que dio lugar al recurso de amparo.

El TC comienza recordando que, conforme a su propia doctrina, «*el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana*». Este derecho, lógicamente, no desaparece como consecuencia de la celebración de un contrato de trabajo.

1) Intimidad corporal e intimidad personal.—«*La protección dispensada por el artículo 18.1 CE alcanza a la intimidad personal stricto sensu, integrada, entre otros componentes, por la intimidad corporal. Sin embargo [...] aunque la intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal [...], el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona*». Sobre esta base, concluye el TC: «*Resulta notorio que una intervención circunscrita a un examen de orina realizado por personal médico, por la forma en que se ejecuta y por no exigir ningún tipo de actuación especial sobre el cuerpo no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo*». Ahora bien, «*que no exista vulneración del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de exploración se ha obtenido. [...] Las intervenciones corporales pueden también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal*». «*Esto es lo que ocurre*

cuando, como en el presente caso, a consecuencia de un análisis de orina se llega a la conclusión de que el trabajador había consumido drogas».

2) *Necesidad de consentimiento informado*.—«*El reconocimiento médico en la relación laboral no es [...] un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud. [...] La regla es [...] la conformidad libre, voluntaria e informada del trabajador para la vigilancia y protección de su salud frente a los riesgos del trabajo*». La recurrente «*se sometió libremente a las pruebas médicas*». Pero con ello no basta. «*[Se] requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad*», tanto si se trata de pruebas que afecten a la intimidad corporal como de aquellas que «*aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí conciernen en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquélla forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad (como ocurre con el consumo habitual de drogas: STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 3)*».

STC 198/2004, de 15 de noviembre.

RA: Admisión.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Libertad sindical. Libertad de expresión. Buena fe y lealtad en las relaciones laborales.

Preceptos de referencia: Artículos 28.1, 37.2, 20.1, 14 CE.

El recurrente era presidente del comité de empresa y secretario de la Organización del Sindicato Insular Canario de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras. Había sido despedido por publicar, junto con otros compañeros, un anuncio denunciando el incumplimiento del convenio por parte de la empresa; así como por repartir comunicados a clientes y proveedores, sobre las reivindicaciones de los trabajadores.

El trabajador fue despedido y, tras el correspondiente proceso laboral, acudió en amparo ante el TC. Éste entiende que los actos que provocaron el despido se realizaron en el marco del ejercicio de las funciones inherentes a la condición de representante sindical del trabajador y que su contenido revestía un estricto interés laboral y sindical, por afectar a una materia directamente relacionada con los intereses de los trabajadores.

En tal contexto el alcance y contenido de los deberes de lealtad y buena fe contractuales deben ponderarse con las exigencias derivadas del ejercicio de representación y defensa de los trabajadores, y en este supuesto, el TC considera y declara que la conducta del recurrente se desarrolló dentro de los márgenes que delimitan el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales de información y de expresión en el ejercicio de su libertad sindical, por tanto, la sanción de despido impuesta por la empresa resultó constitucionalmente ilegítima, y no habiéndolo reconocido ninguna de la resoluciones judiciales recurridas procede a estimar la demanda de amparo, anular las citadas resoluciones judiciales y declarar la nulidad del despido.

STC 199/2004, de 15 de noviembre.

RA: Admisión.

Ponente: Gay Montalvo. Votos particulares discrepantes de Conde Martín de Hijas y Pérez Vera.

Conceptos: Matrimonio canónico no inscrito en el Registro Civil. Igualdad en la aplicación de la ley. Considerar no existente el matrimonio no inscrito y negar la condición de cónyuge a quien ha demostrado su válido vínculo matrimonial pone de manifiesto que se otorga a la inscripción un valor constitutivo que legalmente no tiene.

Preceptos de referencia: artículo 14 CE y 53 LOTC.

Don Pedro M. M. solicitó una pensión de viudedad por fallecimiento de doña Alicia L. M., acaecido cuando se hallaba en servicio activo perteneciendo al cuerpo de Maestros. El actor solicitó dicha pensión con fundamento en el matrimonio canónico que había contraído con anterioridad en el seno de la Comunidad Cristiana Popular de la Parroquia del Sagrado Corazón de Jesús del Arzobispado de Barcelona el 6 de mayo de 1977.

La solicitud fue desestimada por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, con fundamento en que no había acreditado ser cónyuge legítimo de la fallecida al no haber inscrito el matrimonio en el Registro Civil. En dicha resolución, tras advertir que se solicitaba la pensión como pareja de hecho conviviente, se deniega la pensión por falta de acreditación de la condición de «cónyuge legítimo» al no haber presentado el recurrente certificación de la inscripción de su matrimonio. La Sentencia afirma textualmente que en relación con la acreditación de la condición de «cónyuge legítimo», se ha de acudir «necesariamente a lo que dispone al respecto la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, en cuyo artículo 1 se determina que “en el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la Ley”, citándose expresamente el matrimonio en su número 9, y en el artículo 2 se dice que “el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos”».

Contra esta resolución judicial el Sr. M. interpuso demanda de amparo por vulneración del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 CE. El recurrente aduce que la desestimación de la demanda se justifica por su falta de inscripción registral, no por la falta de vínculo matrimonial.

El demandante de amparo imputa a resolución judicial impugnada la vulneración del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 CE porque, aun cuando consta la existencia de matrimonio, no se le reconoce la pensión de viudedad por no estar inscrito en el Registro Civil, pese no ser éste un requisito establecido legalmente. Este requisito de la inscripción provoca que no se equipare su situación a la del resto de matrimonios canónicos, sino, por el contrario, con las parejas de hecho.

En opinión del TC «*aun cuando la inscripción fuera susceptible de justificar ciertas diferencias entre matrimonios inscritos y no inscritos, cuestión que excede de nuestra competencia pues no nos corresponde delimitar el polémico debate doctrinal y jurisprudencial en torno al alcance entre “efectos” y “plenos” efectos civiles, lo cierto es que la normativa aplicada en el caso ahora enjuiciado es de carácter “prestacional” y exclusivamente exige haber sido “cónyuge legítimo” del causante de la pensión. Requerir la inscripción cuando se trata de un elemento que nada añade a la existencia de un “vínculo matrimonial” y considerar que la misma es definitoria del matrimonio legítimo y de la consideración de un “cónyuge” como “legítimo”, provoca la crea-*

ción de una desigualdad artificiosa y arbitraria por no estar fundada en criterios o juicios de valor generalmente aceptados. No se trata aquí de un problema de reconocimiento o falta de reconocimiento de un matrimonio celebrado bajo la normativa de un Estado ajeno al español, sino de un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico» (FJ 6).

De modo que «considerar inexistente el matrimonio no inscrito y negar la condición de cónyuge a quien ha demostrado su válido vínculo matrimonial, pone de manifiesto que se otorga a la inscripción un valor constitutivo, lo que no resulta acorde a lo que expresamente establece el apartado 1 del artículo 61 del CC a la par que aboca a un resultado claramente desproporcionado como es la denegación de la pensión» (FJ. 6).

En su voto particular, el magistrado Conde fundamentalmente señala que «No se trata de decidir si el demandante de amparo reúne los requisitos precisos para el reconocimiento de la pensión que reclamó, y si entre dichos requisitos está, o no, el de la inscripción del matrimonio, planteamiento de mera legalidad ordinaria, sino si, al negarle la condición de cónyuge legítimo por la falta de inscripción del matrimonio, se introduce una discriminación entre matrimonio inscritos y no inscritos vedada por el artículo 14 CE». En opinión de Conde: «La inscripción en el Registro no es, así, problema de existencia o inexistencia de matrimonio, sino problema de plena eficacia del matrimonio. El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración (momento de inicio de los efectos); pero sometido a la conditio juris de la inscripción».

La magistrada Pérez, en su voto discrepante, considera que «el tema debatido en instancia no es otro que el de los efectos de la relación entre el demandante de la pensión de viudedad y su causante, en la medida en que, según la doctrina constitucional antes evocada, sólo si pudieran calificarse como cónyuges legítimos tendrían derecho a la prestación solicitada. Por tanto, considero que no resulta jurídicamente ajustado afirmar, como hace la Sentencia de la que discrepo, que “la norma aplicada no contiene de modo expreso el requisito de la inscripción registral y aunque diferencia entre situaciones matrimoniales y convivencia de hecho, no lo hace de modo expreso entre matrimonios registrados y no registrados” (F. 5). En realidad la norma se limita a utilizar el concepto jurídico “cónyuge legítimo”, sin introducir ningún elemento de comparación; ello implica que, sólo después de que la Administración o los Tribunales lo hayan concretado en un determinado supuesto, cabe en hipótesis establecer un juicio de igualdad respecto de quienes merecen o no tal calificación».

STC 204/2004, de 18 de noviembre.

CI: Inadmisión.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Derecho de propiedad. Abandono. Res derelicta y res nullius.

Adquisición por el Estado. Saldos de cuentas corrientes. Diversificación de la institución dominical. Contenido esencial de la propiedad.

Delimitación de la propiedad y expropiación. Antecedentes normativos en materia de bienes vacantes.

Preceptos de referencia: Artículo 33 CE. Artículo 29.2 RD-Legislativo 1091/1988 (Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria).

La sentencia tiene su origen en sendas demandas en las que el del Estado reclamaba a dos entidades los saldos «abandonados» por sus clientes. En

apelación, dos Secciones de la AP de Barcelona consideraron oportuno someter al TC la constitucionalidad del artículo 29.2 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (LGP) y según el cual: «Son bienes abandonados por su titular y, como tales, pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de Sociedades de crédito o Entidades financieras, respecto de las cuales y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad. Este mismo régimen es aplicable a los saldos de cuentas corrientes abiertas en los referidos establecimientos o Entidades». De las dos cuestiones sólo una sería tomada en consideración. A ello no se opuso el hecho de que el precepto transcrita hubiera sido reformado con posterioridad.

La Audiencia, sin poner en cuestión la constitucionalidad de la atribución legal al Estado de los bienes abandonados, vacantes o sin dueño conocido, entendía que el inciso final del precepto citado era contrario al artículo 33 CE «porque traspasa los límites de razonabilidad y proporcionalidad al atribuir al Estado los saldos de las cuentas corrientes abandonados, ya que actúa sobre bienes con titular conocido y sin valorar que dichos saldos siguen prestando una función social provechosa para la riqueza nacional, pues al titular le producen beneficios, el Estado obtiene ingresos a través de las obligadas retenciones y la entidad financiera destina el numerario a inversiones productivas». Por su parte, tanto el Fiscal general del Estado como el Abogado del Estado defendieron la constitucionalidad de la norma, por entender que no era arbitraria ni desproporcionada, al tratarse de bienes abandonados «respecto de los cuales su primitivo titular no ha manifestado interés de ningún tipo en su administración y gestión».

Planteada la cuestión en estos términos, el TC procede en primer lugar a: (1) hacer un repaso de su propia doctrina sobre el derecho de propiedad para, acto seguido, (2) entrar en el análisis del caso.

1) *Doctrina constitucional sobre el derecho de propiedad.*—Del extenso resumen incluido en la sentencia cabe destacar tres puntos: (a) la diversidad de propiedades amparadas por el artículo 33 CE; (b) el obligado respeto al contenido esencial del derecho y su significado; y (c) la diferencia entre delimitación de la propiedad y expropiación.

a) *Diversificación de la institución dominical: propiedad de derechos.*—La transformación del derecho de propiedad, «como institución y como derecho individual», «“impide considerarlo hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el artículo 348 del Código Civil”, habiéndose producido, por el contrario, “una extraordinaria diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos” (STC 37/1987, de 26 de marzo, F. 2)». El derecho de propiedad tutela por el artículo 33 CE, añade la sentencia, puede recaer «tanto sobre bienes como sobre derechos, en este caso los del titular de la cuenta corriente sobre su saldo».

b) *Contenido esencial de la propiedad.*—Con cita literal de sentencias anteriores (11/1981 y 37/1987), el TC describe el contenido esencial como el conjunto de facultades que hacen reconocible, en un momento histórico determinado, al derecho de que se trate; y, desde otro punto de vista, como «*aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos*». La definición de este contenido esencial, «*sobre cada categoría o tipo de bienes*», corresponde al legislador, teniendo en cuenta tanto el interés individual como la función social, entendida no como límite externo sino como «*parte integrante del derecho mismo*» (cfr. SSTC 37/1987, 170/1989, 89/1994 y ATC 134/1995).

c) *Delimitación o definición de la propiedad y expropiación.*—«*Este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el artículo 33.3 CE, declarando en esencia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del artículo 33.3 CE, que concurre el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas a esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente*» (cfr. STC 227/1988)

2) *Aplicación de la doctrina al caso.*—Al objeto de resolver la cuestión, el TC parte de un resumen de los precedentes de la norma, a fin de establecer su conexión con toda una cadena de disposiciones análogas (a) de carácter general y (b) específicamente referidas a saldos abandonados, para luego (c) entrar a analizar la norma objeto de la cuestión de constitucionalidad.

a) *Precedentes normativos acerca de la titularidad de los bienes vacantes.*—«*El antecedente normativo más lejano de dicho régimen lo encontramos en la Novísima Recopilación, al atribuir a la Corona “toda la cosa que fuera hallada en cualquier manera mostrenca desamparada” (título XII, libro X). Este derecho de adquisición pasó luego al Estado mediante la Ley de mostrenos, aprobada por Real Decreto de 9-16 de mayo de 1835, cuyo artículo 1 atribuía al Estado los bienes semovientes, muebles e inmuebles, derechos y prestaciones que estuvieran vacantes y sin dueño conocido. Con la aprobación del Código Civil quedó desgajado el régimen de adquisición de los bienes inmuebles y muebles vacantes o sin dueño conocido, pues en tanto los primeros continuaron rigiéndose por la Ley de mostrenos y, en consecuencia, siguieron siendo atribuidos al Estado, los bienes muebles abandonados siguieron un nuevo régimen diferenciado establecido por el Código Civil, cuyo artículo 610 dispone que “Se adquieran por ocupación. las cosas muebles abandonadas”. La atribución al Estado como bienes patrimoniales de los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido*

se contempló también en el Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de bases del patrimonio del Estado (arts. 21 y 22), que expresamente derogó la Ley de mostrencos (cláusula derogatoria), y aparece actualmente recogida en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas (art. 17)».

b) *Precedentes normativos acerca de la titularidad de saldos abandonados.*—De acuerdo con la extenso y detallada exposición de la sentencia, el antecedente más remoto del artículo 29 LGP sería la Ley de administración y contabilidad del Estado de 7 de julio de 1911, «que declaró bienes abandonados, y en tal concepto pertenecientes al Estado, los depósitos constituidos en la Caja General de Depósitos, siempre que desde la fecha de su ingreso hubieran transcurrido o transcurrieren treinta años sin que los imponentes o sus herederos hubiesen percibido los ingresos ni hecho gestión alguna para cobrar el capital, renovar el resguardo u otro acto cualquiera que implique el ejercicio del derecho de propiedad». Posteriormente, el Real Decreto-ley de 24 de enero de 1928 extendió la declaración de abandono y correlativa atribución al Estado «a los depósitos en valores o metálico constituidos en bancos y demás entidades de crédito privadas, así como a los saldos de las cuentas corrientes abiertas en los citados establecimientos y entidades», reduciendo de treinta a veinte años el plazo previsto en la Ley de 1911. Esta atribución al Estado de los saldos de cuentas corrientes abandonadas por su titular en entidades o establecimientos de crédito tenía una excepción en el Real Decreto-ley de 21 de noviembre de 1929 sobre régimen de ahorro popular y estatuto especial para las Cajas de Ahorro Popular, dado el carácter benéfico de estas entidades (de acuerdo con el artículo 54 del RD-ley: «el importe de las libretas o cuentas de ahorros que se declaran caducados se aplicarán, en su totalidad, a la realización de obras sociales, culturales y benéficas por las propias Cajas»). «El siguiente eslabón en esta evolución normativa [...] lo constituye ya el artículo 29.2 de la Ley 11/1977, de 4 de enero, general presupuestaria, que fue incorporado con el mismo tenor literal e incluso número al Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general presupuestaria. La Ley general presupuestaria derogó la Ley de administración y contabilidad del Estado de 7 de julio de 1911 y los artículos 1, 2 y 3 del Real Decreto-ley de 24 de enero de 1928». «En la actualidad, la materia que nos ocupa está regulada en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas, cuyo artículo 18.1 dispone que “Corresponden a la Administración General del Estado los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de veinte años”».

c) *Constitucionalidad del artículo 29 LGP.*—En él hay que distinguir dos proposiciones relativas, respectivamente, «a la extinción o pérdida del derecho de propiedad por abandono» y «a la atribución al Estado de tales bienes en cuanto abandonados». El juego del precepto, dice el TC, «supone una previsión alternativa al régimen general de prescripción de las acciones civiles en las entidades o establecimientos de crédito, que impide que éstas pudieran eventualmente beneficiarse de los efectos de dicha suscripción

para reclamar los saldos abandonados por sus titulares, atribuyéndose dichos saldos al Estado».

La duda de constitucionalidad sobre el artículo 29.2 LGP se centra en la primera de las proposiciones, es decir, la relativa a la extinción del derecho de propiedad por abandono y, más en concreto, en la presunción contenida en el inciso final. «*En el precepto cuestionado el legislador describe una situación que define como abandono o derrelación del derecho sobre los saldos de cuentas corrientes, que determina la extinción del derecho de propiedad sobre los citados saldos. En la descripción de aquella situación [...] en la que es fácil apreciar la diferencia existente con las definiciones legales de abandono de otros tipos de bienes, el legislador ha atendido [...] a la concreta y específica situación en la que se encuentran los bienes a los que se refiere el artículo 29.2 LGP*». Al hallarse éstos «en depósito o, lo que es lo mismo, al no poseerlos el propietario, define el abandono, no a partir de la desposesión fáctica de dichos bienes, sino por medio de actos o conductas concluyentes o reveladoras de los que hace derivar la presunción de que el titular de los bienes los ha abandonado». El abandono resultaría de dos elementos. En primer lugar «*la falta o ausencia absoluta de gestión que implique el ejercicio [del] derecho*», correspondiendo a jueces y tribunales decidir en cada caso «*lo que pueda o no considerarse como gestión [...] para lo que disponen de un amplio margen de apreciación*». En segundo lugar, el transcurso de veinte años. Este plazo «*ha de considerarse largo en las condiciones de vida actual, caracterizada por el uso generalizado de los servicios de la entidades bancarias y proporcionado [...] si se compara con otros plazos previstos en el Código Civil, tales como el de la extinción de servidumbre por no uso (art. 546.2), el de usucapión de bienes muebles sin buena fe ni justo título (art. 1955) o de los muebles bienes hurtados o robados (art. 1956) o, en fin, el plazo general de prescripción para las acciones reales sobre bienes muebles y las personales (art. 1964)*». Llegados a este punto, el TC afirma que «*en modo alguno cabe tildar de irracional o desproporcionada la conducta omisiva –esto es, la falta absoluta de gestión que implique el ejercicio del derecho de propiedad durante veinte años– de la que el legislador hace derivar la declaración de abandono por su titular de los saldos de las cuentas corrientes abiertas en toda clase de entidades de crédito o financieras, con los consiguientes efectos propios de la derrelación o abandono, esto es, la extinción del dominio sobre dichos saldos*». En lo que atañe a la conformidad con el artículo 33 CE, el TC entiende que «*el inciso final del artículo 29.2 LGP respeta en este caso el contenido esencial del derecho de propiedad, pues ni modifica la imagen reconocible del derecho en relación con el mencionado tipo de bienes, tal y como ha sido históricamente configurado (ATC 134/1995, de 9 de mayo), ni hace impracticable o imposibilita más allá de lo razonable el ejercicio por el titular del derecho propiedad sus facultades de dominio ni, en fin, le despoja de la necesaria tutela, resultando privado de una real, concreta y efectiva protección*». A esta conclusión «*no cabe oponer que el titular del saldo de la cuenta corriente sea conocido, ni tampoco que se generen rendimientos gravados con impuestos*».

En cuanto a la segunda de las proposiciones, el TC señala que la atribución al Estado de los saldos abandonados es una opción que se aparta del régimen general sobre la ocupación de bienes muebles (art. 610 CC), pero que resulta perfectamente legítima «*pues tal atribución encuentra fundamento en [la] condición de gestor de los intereses generales de la comunidad que el Estado representa, al objeto de destinarlos a la satisfacción de aquellos*

intereses, lo que se conecta con el mandato del artículo 128.1 CE (RCL 1978/2836) de subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad. Como señala el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, no puede dirigirse reproche alguno al legislador por haber preferido la aplicación de los saldos de cuentas corrientes abandonados a fines públicos, mediante su ingreso en el Tesoro para ser aplicados al pago de gastos públicos, en vez de preferir la apropiación de dichos saldos por la entidad de crédito».

STC 222/2004, de 29 de noviembre de 2004.

RA: Inadmisión.

Ponente: Sala Sánchez.

Conceptos: Daños. Accidentes de tráfico. Baremos. Tutela judicial. Vida e integridad física. Igualdad.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 15 y 24.1 CE. Ley 30/1995, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

La sentencia resuelve el recurso de amparo contra la sentencia de apelación dictada en un procedimiento penal seguido a raíz de un accidente en el que la recurrente sufrió lesiones y su esposo quedó «en estado vegetativo crónico». En primera instancia, el Juzgado había entendido que los criterios de la Ley 30/1995, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRC), eran sólo orientativos. La Audiencia Provincial, en cambio, estimó parcialmente la apelación porque, acertadamente, consideró que los mencionados criterios sí eran vinculantes, a la luz de la STC 181/2000, de 29 de junio. Por ello, disminuyó las citadas cantidades en los términos reflejados en el número dos, letra e), de los antecedentes de esta resolución.

En el recurso de amparo, se denunciaba la violación de los artículos 24.1, 15 y 14 CE.

1) *Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y las razones que llevaron a que la STC 181/2000 declarase inconstitucional la tabla V.B del anexo de la LRC.*—La sentencia rechaza que haya habido violación del derecho a la tutela judicial pues «en última instancia, lo que plantean los recurrentes en sus alegaciones es una mera discrepancia con la resolución impugnada sobre la aplicación de los factores de corrección, que, sin embargo, como ya se ha expuesto, al estar suficientemente motivada sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o manifiesto error». Con independencia de ello, los términos del recurso dan pie a algunas explicaciones sobre la anterior STC 181/2000. Los recurrentes entendían que «al haber una identidad exacta de funcionamiento entre la tabla V.B del anexo LRC, que fue declarada inconstitucional en la STC 181/2000, de 29 de junio, en los supuestos de culpa relevante y declarada judicialmente del denunciado, y las tablas III y IV del mencionado anexo, de aplicación en la resolución impugnada, la conclusión debe ser que en este caso concreto, en el que es inequívoca la culpa exclusiva, relevante y declarada judicialmente del acusado, la sujeción a los límites de la tabla IV no permite acreditar procesalmente que las pérdidas patrimoniales producidas como consecuencia de un accidente son superiores a las fijadas por el

baremo». Este planteamiento lleva al TC a recordar que: «*lo determinante en la declaración de inconstitucionalidad no fue tanto que la tabla VB impusiera un límite cuantitativo a la indemnización con el establecimiento de unos porcentajes máximos de aumento en función de los ingresos netos de la víctima como que para fijar la indemnización por pérdidas o disminuciones patrimoniales, se estableció un criterio, el de los ingresos netos, con exclusión de cualquier otro que pudiera ser acreditado, y un mecanismo que reducía este concepto indemnizatorio a ser un simple factor de corrección a calcular sobre la base de otra partida resarcitoria de diverso contenido y alcance, que negaba su propia sustantividad y obstaculizaba su individualización. Esto es, la tacha de inconstitucionalidad radicaba de manera inmediata en un defecto cualitativo de dicha tabla por limitarse para la determinación de la indemnización por perjuicios económicos a un único criterio vinculado a los ingresos netos y en un defecto funcional por regular la determinación de esos daños sin respetar su identidad, calculado porcentualmente con base en otras partidas resarcitorias de diferente significado y alcance indemnizatorio*».

2) *En relación con la vulneración del derecho a la vida y la integridad física y moral.*—El TC recuerda lo ya dicho en la STC 181/2000: «“En el plano constitucional no es posible confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal (art. 15 CE), con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones personales padecidas, pues el mandato de especial protección que el artículo 15 CE impone al legislador se refiere estricta y exclusivamente a los mencionados bienes de la personalidad (vida, integridad física y moral), sin que pueda impropriamente extenderse a una realidad jurídica distinta, cual es la del régimen legal de los eventuales perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse del daño producido en aquellos bienes” (F. 8). Por ello, “el artículo 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad —según la expresión literal del artículo 15 CE— de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas” (F. 9)». «Conforme a esta asentada doctrina, que es plenamente ajustada a este caso, no puede considerarse que la aplicación realizada por la resolución impugnada de la baremación de la Ley de responsabilidad civil, ni la baremación propiamente dicha, sea contraria al artículo 15 CE, ya que la cuantía establecida no puede considerarse contraria a la dignidad humana, ni existen conceptos excluidos injustificadamente de la indemnización, lo que tampoco ha sido alegado por los demandantes. La cuestión planteada, por tanto, se refiere únicamente a la extensión de la indemnización en tanto amplitud del daño patrimonial causado, pero no incide en una posible desprotección del derecho a la integridad en cuanto a una baremación contraria a la dignidad o en la que se hayan obviado conceptos que pertenezcan a esta concreta dimensión de la personalidad».

3) *En relación con el derecho a la igualdad.*—El TC rechaza la existencia de infracción en cualquiera de las manifestaciones denunciadas, recordando en particular que: «*Los problemas generales de discriminación que podía plantear esta regulación en relación con el diferente trato según la actividad en la que se produjera el daño y el diferente trato entre daños a las*

personas y a las cosas ya fueron abordados por la STC 181/2000, de 29 de julio, en sus FF. 10 y 11, negando dicha vulneración».

Declaración 1/2004, de 13 de diciembre. Pleno.

Ponente: Conde Martín de Hijas. Votos particulares discrepantes de Delgado Barrio, García-Calvo y Rodríguez Arribas.

Conceptos: Constitución y Tratados internacionales. Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. No requeriría modificar la Constitución Española. Primacía del Derecho comunitario y supremacía de la Constitución. Sistema de derechos fundamentales.

Preceptos de referencia: Artículos 93 y 95 CE. Artículo 10.2 CE.

La sentencia da respuesta al requerimiento del Consejo de Ministros acerca de posibles contradicciones existentes entre la Constitución Española y diversos preceptos de la llamada Constitución europea (Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004), así como acerca de la suficiencia o insuficiencia del artículo 93 CE para encauzar el oportuno consentimiento del Estado a dicho Tratado. Se trata de la segunda ocasión en la que el TC se pronuncia sobre la conformidad con la Constitución de un Tratado internacional que se pretende integrar en nuestro ordenamiento (cfr. Declaración 1/1992, de 1 de julio).

1) *Dos cuestiones previas.*—Con anterioridad al análisis de las cuestiones planteadas, el TC entiende necesarias algunas consideraciones sobre los artículos 95.2 y 93 CE.

a) *Objeto y naturaleza del procedimiento del artículo 95.2 CE.*—El artículo 95 CE dispone que la celebración de Tratados que contengan disposiciones contrarias a la Constitución «exigirá la previa revisión constitucional». Para evitar que los conflictos afloren *a posteriori*, «el artículo 95.2 CE hace posible que las dudas de constitucionalidad que pueda suscitar un tratado se resuelvan con carácter previo a su ratificación, de manera que, de confirmarse aquéllas, ésta queda impedida en tanto no se revise el texto constitucional o se renegocie el Tratado en términos que lo hagan compatible con la Constitución». Se trataría pues de una «defensa anticipada», con la que ésta ve asegurada su supremacía mediante un procedimiento «de naturaleza estrictamente jurisdiccional». Como recuerda el TC, con cita de su anterior Declaración 1/1992, «“lo que de nosotros puede solicitarse es una declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho [pues] este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo. Lo que el requerimiento incorpora es, al igual que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad, la exposición de una duda razonable, pero lo que de nosotros se solicita no es un razonamiento que la resuelva, sino una decisión vinculante” (DTC 1/1992, F. 1)».

b) *Alcance y contenido del artículo 93 CE.*—Según este precepto: «Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. [...]». Como es sabido, su inclusión en ésta obedeció al deseo de facilitar, específicamente, el ingreso de España en las Comunidades europeas. Y así lo recuerda el TC en su declara-

ción: «*Tal y como se desprende de los trabajos de las Cortes constituyentes, el artículo 93 se concibió como el medio constitucional de nuestra integración en las Comunidades europeas, fenómeno de integración que va más allá del puro procedimiento de la misma, y que comporta las consecuencias de la inserción en un ente supranacional distinto, susceptible de crear un Ordenamiento propio dotado de particulares principios rectores de la eficacia y de las exigencias y límites de la aplicabilidad de sus normas*». El artículo 93 CE es, recuerda del TC, «“de índole orgánico procedural” (STC 28/1991, de 14 de febrero, F. 4, y DTC 1/1992, F. 4)». Pero también tiene una «dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar», pues «en términos metafóricos podría decirse que [...] opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias». Producida la integración, añade, «la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla». Ello no impide la existencia de un control o salvaguardia, en la medida en que «la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos», es decir, «con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional». Por tanto la cesión estaría sometida a unos «límites materiales» implícitos que «se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieran sustantividad propia (art. 10.1 CE)».

2) *Las cuestiones sometidas a la decisión del TC.*—El Consejo de Ministros planteó al TC cuatro cuestiones, de las que sólo dos son objeto de análisis detallado. La tercera sólo recibe una atención sumaria (por haber sido ya tratada en el análisis previo) y sobre la cuarta (procedimiento a seguir para modificar la CE en caso de contradicción) no ha lugar a pronunciarse toda vez que su presupuesto lógico queda descartado.

a) *«Primacía» del Derecho comunitario y «supremacía» de la Constitución.*—Según el artículo I-6 del Tratado: «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». De acuerdo con el requerimiento del Gobierno, esta disposición podría ser contraria al principio de supremacía de la Constitución implícito, como señala el TC, en numerosas disposiciones: «*Que la Constitución es la norma suprema del Ordenamiento español es cuestión que, aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos de ellos*» (vid., entre otros, arts. 1.2 y 9.1 CE). La Declaración, no obstante, descarta toda contradicción entre «primacía» y «supremacía» por tratarse —dice— de «categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados»: «*Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de*

diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, F. 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su artículo 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su artículo 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el artículo I-6 del Tratado».

En caso de conflicto extremo, no obstante, la supremacía de la Constitución Española quedaría indemne: «*En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución Española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el artículo I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su artículo I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros».*

b) Sobre la posible contradicción de la Constitución con los artículos II-111 y II-112 del Tratado.—«*El Gobierno requiere también una declaración sobre la posible contradicción con la Constitución de dos estipulaciones del Tratado [arts. II-111 y II-112] incluidas en el título VII de su parte II y referidas al ámbito de aplicación y al alcance e interpretación de los derechos y principios de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y ahora incorporada al Tratado*». La dificultad, según el Gobierno, «sería la que resulta de la coexistencia de tres regímenes de tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio europeo y Carta)». El TC, no obstante, precisa algo más al decir que: «*La duda que aquí puede examinarse es la relativa a la eventual contradicción con la Constitución de una Carta de derechos que, por obra de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, debería erigirse, tras su integración en el Ordenamiento español, en pauta para la interpretación de «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce»; ello, claro es, sin perjuicio de su valor en cuanto Derecho de la Unión, integrado en el nuestro ex artículo 93 CE*». Se trata así de determinar «si los criterios establecidos por el Tratado para los órganos de la Unión y

para los Estados miembros cuando apliquen Derecho europeo son o no conciliables con los derechos fundamentales de la Constitución y, en esa medida, pueden también imponerse a los poderes públicos españoles cuando actúen al margen del Derecho de la Unión, es decir, también en circunstancias que no ofrezcan conexión alguna con dicho Ordenamiento». Tras el pertinente análisis, el TC concluye que «*no existe contradicción entre la Constitución Española y los artículos II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa».*

c) *Cuestiones tercera y cuarta.*—Sobre la tercera cuestión (suficiencia del artículo 93 CE para la integración del Tratado en el Derecho español), el TC, como ya se ha anticipado, la considera suficientemente tratada y ya resuelta con el análisis preliminar de este precepto. Y en cuanto a la cuarta (procedimiento a seguir para reformar la Constitución en caso de incompatibilidad con el Tratado), queda vacía de contenido al haberse concluido que no hay tal incompatibilidad.

3) *Los votos particulares.*—Los votos particulares discrepan de la opinión mayoritaria, entendiendo que hay contradicción entre el Tratado y la Constitución, con diversos argumentos, alcance e incluso pasión.

Para Delgado Barrio: «*De lo expuesto deriva que nuestras respuestas a la primera y tercera de las preguntas que se nos han formulado hubieran debido ser que existe contradicción entre la Constitución Española y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que el artículo 93 CE no es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado a dicho Tratado».* Para García-Calvo: «*La incompatibilidad manifiesta entre el Tratado propuesto por la Convención y la Constitución española hace imposible por eso ratificar aquél sin reformar antes ésta, que es lo que en ella se prevé para casos como éste. Si la ratificación se hace sin esa reforma, los jueces españoles seguirán encontrándose ante un dilema sin solución cuando se encuentren en la necesidad de aplicar normas europeas contrarias a nuestra Constitución, y nuestro Tribunal Constitucional podrá seguir desentendiéndose, como hasta ahora, de la obligación que nuestros jueces tienen de aplicar el Derecho europeo cuando las circunstancias del caso lo exijan. Sobre todo, y eso es con mucho lo peor, para hacer posible una “Constitución” europea, habremos reducido definitivamente la nuestra a puro papel mojado; a un guíñapo que se puede agitar siempre que conviene, pero que no hay que tomar demasiado en serio».* Y, finalmente, para Rodríguez Arribas: «*Aun admitiendo tan sutiles distinciones teóricas entre primacía y supremacía —que personalmente considero alejadas de la práctica en la aplicación del Derecho, en que vienen a confundirse— lo que no es asumible [...] es conferir al expresado artículo 93 CE un contenido de tal profundidad que por él pueda entrar y ser prevalente en su aplicación, cualquier norma de Derecho europeo derivado de un Tratado internacional, aunque sea literalmente contradictoria con preceptos de la propia Constitución Española, sin más que su articulación por Ley Orgánica, obviando así la reforma constitucional».*

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis SAN MIGUEL PADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones. II. *Derecho Mercantil*. III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Abuso de derecho. Conducta procesal abusiva. Ejercicio abusivo del interdicto de obra nueva.—Con cita de la S de 31 de enero de 1992, dice la de 31 de julio de 1996 que «el proceso en sí es el ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva, que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer o generalizar que el fracaso o abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio. La mera posibilidad jurídica de admitir un proceso tendente a obtener la reparación de los daños causados por otro proceso está admitida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 11, en el Código Civil, artículo 7.1 y 2, cuando exigen respetar la buena fe y proscriben situaciones procesales constitutivas de abuso de derecho o fraude procesal. También lo admite la jurisprudencia (STS de 23 de noviembre de 1984). Pero la calificación de

actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones, así como con estricto estudio de las resoluciones procesales cuyo contenido puede ser esclarecedor. Cautelas que se reiteran en la S de 13 de octubre del mismo año 1992».

Después de referirse a los requisitos esenciales que configuran el abuso de derecho: *a)* una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que por ello la ley deba privar de protección; *b)* una actuación extra-limitada que produzca efectos dañinos; *c)* que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación e indemnización, dice la S de 6 de febrero de 1999 que «dentro del área del concepto de abuso del derecho, existe un campo muy delimitado de actuación, como es el conocido doctrinalmente “abuso de derecho y derecho a litigar”, y que se puede definir como aquel aspecto del abuso de derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifestadamente indefinidas (*sic*) u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado “derecho a litigar”; en otro aspecto, es el de si el litigante a quien se ha producido daños como consecuencia de la actividad procesal la otra parte, está amparado por las reglas de la responsabilidad civil, de suerte que puede ejercitarse la acción de responsabilidad contractual del artículo 1902 CC contra el causante del perjuicio, esgrimiendo la existencia de una *iusta causa litigandis*. No se puede olvidar que el núcleo duro de la actual cuestión judicial radica en el ejercicio de una acción interdictal de obra nueva por la parte, ahora recurrida, contra la parte, ahora recurrente, y en dicho proceso parte demandada. Además hay que resaltar que en juicio interdictal de obra nueva, aparte de acordarse la suspensión de la obra de forma *inaudita parte* y sin necesidad de aportar la pretensión ni siquiera prueba ni información testifical o documental, se puede instar o lograr la paralización de una obra, que puede producir importantes perjuicios para el dueño de la obra». En el supuesto contemplado por esta sentencia de 1999, no se dio lugar a la pretensión indemnizatoria aunque la demanda interdictal fue desestimada en ambas instancias porque «como muy bien se infiere de la sentencia recurrida en su *factum*, en absoluto, ya que en dicho proceso sumario interdictal se ejerciera una pretensión patentemente temeraria o infundada».

En relación con la cuestión aquí debatida, dice la S de 15 de abril de 2003 que «la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este tema». La S de 5 de junio de 1995 dice «la viabilidad de la petición de resarcimiento de daños y perjuicios causados por actuaciones judiciales, precisa que la parte que las puso en marcha haya actuado con actuación dañosa o al menos con manifiesta negligencia». Y añade: «los daños y perjuicios que acreditadamente sean consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva, han de reputarse indemnizables en vía de reparación en los casos en que esta acción resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda». Lo que reitera la de 3 de julio de 1997 al decir: «la evidencia de estarse ante una acción interdictal “clara o manifestamente infundada” ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal». La de 28 de marzo de 1998 recoge la doctrina sentada en la anterior de 27 de mayo de 1988 y dice: «dado el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad sería

legítima del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado (así, entre otras SS recientes, las de 31 de diciembre de 1985, 5 de abril y 9 de octubre de 1986 y 8 de julio y 17 de septiembre de 1987). Pero ello no excluye –sigue diciendo la sentencia que reseñamos– que, producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulte claramente infundada y así se declare en la sentencia, la parte que ocasionó aquéllos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador». Y añade la de 26 de octubre de 1998: «La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de decidir controversias análogas a las presentes, para estimarlas procedentes cuando se acredita una persistencia totalmente injustificada en mantener en suspenso las obras iniciadas».

Falta de fundamento de la acción interdictal: debe inferirse del contenido de la sentencia recaída en el interdicto. En el caso, la acción interdictal está fundada toda vez que, en ambas instancias, se estima la inexistencia de intención dolosa por parte del interdictante.—La doctrina jurisprudencial expuesta conduce a la estimación de este tercer motivo del recurso; estimada en ambas instancias la acción interdictal de obra nueva ejercitada por el demandado ahora recurrente, ello impide estimar que se trate del ejercicio de una acción «infundada», circunstancia ésta que, como exige la doctrina jurisprudencial antes citada, «ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal» y no, como parece entender la sentencia impugnada, del resultado de las pruebas practicadas en estos autos sobre la naturaleza y entidad de las obras que resultaron paralizadas. Por otra parte, las relaciones de carácter personal entre el ahora recurrente y el matrimonio formado por don A. A. de S. y la farmacéutica doña M. T. de P. A., no son bastantes para poner de manifiesto la existencia de una intención dolosa del interdictante, dirigida a causar daño a la otra parte, habida cuenta de que, como señala la S de 10 de diciembre de 2000, «sólo podrá inclinarse a la tesis del reclamante cuando exista prueba seria, eficaz y –como se ha dicho– contundente de la intención de la otra parte de dañar y de que su conducta ha sido dolosa y manifiestamente temeraria y, por ello, arbitraria, caprichosa y abusiva», contundencia de que carecen los hechos probados en la instancia. (STS de 5 de marzo de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Los demandantes adquirieron dos pisos en el mismo inmueble en que era propietario el demandado con el propósito de trasladar allí la oficina de farmacia que regentaban y que debía ser cerrada por orden judicial. El Colegio Oficial de Farmacéuticos autorizó el traslado. Formuló recurso contra la autorización una farmacéutica con oficina abierta en calle cercana, desestimándolo el Colegio. La farmacéutica interpone recurso contencioso-administrativo que se encuentra pendiente de resolución al tiempo de resolverse el de casación. La farmacéutica y su marido –sin que llegaran nunca a ocuparlo– adquieren un piso en el inmueble de demandantes y demandado, dándose la circunstancia de que el demandado, que había interpuesto demanda de interdicto de obra nueva con objeto de paralizar las obras de transformación de los pisos de los demandantes en oficina de farmacia, ha sido compañero de trabajo

del esposo de la farmacéutica y tampoco tiene su domicilio en el edificio en que se encuentran los pisos de los demandantes. Éstos acuden al Juzgado solicitando sentencia que declare su derecho a continuar las obras suspendidas por el interdicto de obra nueva promovido por el demandado amén de determinada cantidad en concepto de indemnización. Desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial de Sevilla acogió en parte el recurso de apelación y declaró el derecho de los actores a continuar las obras suspendidas. Interpone recurso de casación el demandado. El Tribunal Supremo lo acoge parcialmente. (R. G. S.)

2. Prescripción de las acciones.—La terminación de la causa penal y el inicio del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción civil (art. 1973 CC) proviene de la declaración soberana final del Tribunal Supremo. La parte recurrente ha incurrido en error al dejar transcurrir el plazo de un año y computar éste desde una declaración (el auto declarando la firmeza de la sentencia del Tribunal Supremo), que debe dictar, por obligación jerárquica, la Audiencia Provincial, y que podía haber tenido lugar en cualquier momento, lo que conllevaría la consiguiente inseguridad jurídica.

Soberanía de la jurisdicción civil.—La jurisdicción ordinaria no viene vinculada a la laboral, siendo plenamente independiente para enjuiciar conductas cuando se accione con amparo de los artículos 1902 y 1903 CC. La no imposición de una sanción por argumentos formales en la vía laboral, no desvirtúa la soberanía de la jurisdicción civil.

Daño desproporcionado.—La doctrina jurisprudencial reiterada sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del actor corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma). Esta regla, que consiste en la deducción de negligencia a partir de una evidencia, requiere para su aplicación: que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen si no es por razón de una conducta negligente; que dicha conducta entre en la esfera de la acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto; y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima. (**STS de 26 de marzo de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—Durante la construcción de una presa se produjo un accidente laboral que provocó la muerte de dos trabajadores. Los respectivos padres de los fallecidos formularon demanda por responsabilidad extracontractual en resarcimiento de daños y perjuicios. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados (don J. C. C., oficial de segunda maquinista; *Agroman Empresa Constructora S. A.*; y *Entrecanales y Tavora S. A. Unión temporal de empresas Corte II*) al pago solidario. Los demandados formularon recurso de apelación y la Audiencia Provincial estimó el mismo. Se ha interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo que ha sido parcialmente estimado. Los motivos se formulan por infracción del artículo 1968.2.º CC, en relación con el artículo 1973 CC, en cuanto a la prescripción de las acciones por reclamación extrajudicial; y por concurrencia del artículo 1902 CC. (E. C. V.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Títulos nobiliarios: contenido y ley de la sucesión. Preferencia del varón. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.—Los títulos nobiliarios no suponen privilegio alguno en nuestra sociedad y no atribuyen derechos o ventajas, sino tan sólo el derecho de poder usar el título, o con palabras del Tribunal Constitucional en su S de su Sala 2.^a, 27/1982, de 24 de mayo, en recurso de amparo 6/1982, el contenido del Título nobiliario «se agota en el derecho a adquirirlo, a usarlo y a protegerlo frente a terceros de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre». La Constitución Española de 1978, si bien no menciona tales títulos nobiliarios, no sólo no prohibió los antiguos, sino tampoco vedó *ad futurum* la concesión de otros. No sólo resulta interminable la lista de rehabilitaciones, sino que se crearon incluso nuevos. Cierta que tres sentencias de esta Sala —de 7 de julio de 1986 y 20 de junio y 27 de julio de 1987— recogieron en *obiter dictum* la tesis de que la preferencia del varón sobre la mujer en las sucesiones de títulos nobiliarios era contraria al principio de igualdad consagrado en la Constitución. La S de 28 de abril de 1989, en que se denunciaba la inaplicación de la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983, consideró discriminatorio el principio de masculinidad y estimó su derogación por inconstitucionalidad sobrevenida, pero que sólo afecta a las sucesiones en títulos nobiliarios producidos a partir de la promulgación y vigencia de la Constitución Española. Reiteran tal doctrina las SS de 22 de marzo de 1991 y 24 de enero de 1995, pero sin que pueda tener efecto retroactivo dicho efecto derogatorio.

Ello conlleva el perecimiento del motivo, porque al demandado se le concedió el título de Conde de Maluque en virtud de Orden de 11 de diciembre de 1954 y tras expediente contradictorio al efecto y no podrá, por ello tener efecto retroactivo la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de masculinidad en dicho orden sucesorio.

Pero es que, a mayor abundamiento de cuanto se consigna, a partir de la STC 126/1997, de 3 de julio, esta Sala ha declarado que tal principio de masculinidad en títulos nobiliarios no presenta carácter discriminatorio, ni es contrario al principio de igualdad consagrado en la Constitución. En este sentido, pueden citarse las SS de 12 y 13 de diciembre de 1997, 19 de febrero, 26 de marzo y 10 de mayo de 1999, 17 de septiembre de 2002 y 15 de septiembre de 2003.

[...] Asimismo, esta Sala tiene que reiterar lo declarado por el Tribunal Constitucional, que tanto en el Estado liberal, como en el Estado social y democrático de Derecho, el ostentar un título nobiliario no supone en modo alguno «un estatus o condición estamental y privilegiada», ni tampoco conlleva hoy el ejercicio de función pública alguna, de suerte que las consecuencias jurídicas inherentes al mismo o a su contenido jurídico se agotan «en el derecho a adquirirlo, a usarlo y a protegerlo frente a terceros», de modo semejante a lo sucedido con el derecho al nombre, como ya señaló la sentencia 27/1982. Los títulos de nobleza no poseen una proyección general y definitoria de un estatus, sino ante un simple *nomen honoris*, que implica referencia a la historia en cuanto símbolo y no posee otro valor que el puramente social que en cada momento quiera otorgársele.

No siendo discriminatorio el título de nobleza y, por tanto, inconstitucional, tampoco puede serlo la preferencia masculina en la referida sucesión.

[...] si los títulos nobiliarios, fuera del uso del título, otorgaran derechos y produjeran desigualdades, serían anticonstitucionales y habrían sido abolidos y, por ello, no pueden extrapolarse a señalar desigualdad por el sexo, como pretende el motivo [...]. Si el título tuviera virtualidad fuera de los derechos expresados a su uso, sería discriminatorio para terceros no poseedores del mismo y se habría suprimido. Tan sólo subsiste por ello y la pretendida equiparación a la sucesión llevaría inexcusablemente a la posesión en común por todos los sucesores del noble, lo cual por absurdo tiene que rechazarse. (**STS de 10 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. G. T. promueve demanda contra su tío, don F. T. M., postulando su derecho preferente para usar, poseer y disfrutar el título de Conde de Maluque. Es un dato a tener en consideración que en informe del Consejo de Estado se mantuvo que el derecho de don F. era superior al de la fallecida madre de la demandante —doña M. V. T. O.— por tratarse de varón (aunque de menor edad que doña M. V. y procedente de las segundas nupcias del padre de ambos). La sentencia del Juzgado desestimó íntegramente la demanda y la Audiencia confirmó la resolución recurrida en apelación. Interpone la actora recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (*R. G. S.*)

4. No lesiona el derecho al honor sino el derecho a la vida privada la publicación de noticias no veraces –luego rectificadas– sobre la salud de una artista.—Como correctamente informa el Ministerio Fiscal en el trámite de contestación al recurso, la información primera a la que se refieren los presentes autos no afecta al derecho al honor, el que, no obstante la misma permanece incólume, aunque es cierto que se ha producido una introducción legítima en la «intimidad de la persona afectada, que afecta al derecho a su “privacidad”», pues ya tiene dicho el Tribunal Constitucional (v. gr., S 20/1992), que se causa un daño moral (y, en consecuencia, también económico), cuando se resaltan hechos relativos a padecimientos físicos o psíquicos de las personas, que en el ámbito profesional o social de que se trate pueden generar alarma social, en cuanto afecte a la persona o a su familia, y que deben permanecer en el ámbito privado de la misma. En el presente caso, como se ha dicho, la expresada información ha sido inversa, e hiriente para la demandante, así como carente de la cobertura legal que al informador le da el artículo 20.1 CE, e incluso ilegítima, pero no menoscaba el honor de la persona en los términos del artículo 18.1 de dicho Texto constitucional, por lo que no tiene cobertura su posible sanción dentro de este ámbito. (**STS de 17 de junio de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—La revista *Diez Minutos* publicó en dos de sus números noticias no contrastadas relativas a la salud y a la boda de la conocida cantante R. J.. De una parte, se decía que la artista «podía padecer un tumor cerebral». De otra, que «pudiera vender en exclusiva la ceremonia de su boda» con el torero O. C. Posteriormente, la revista afirmó: «R. J. se ha hecho varias pruebas y el resultado ha sido satisfactorio» añadiendo que «las imágenes del enlace serían finalmente difundidas de forma gratuita». La artista demanda a la directora y editorial de la revista planteando la lesión de su

derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia falla reconociendo la vulneración alegada y condena a las demandadas a la reparación del daño moral subsiguiente. La Audiencia Provincial de Madrid no acogió el recurso de apelación de la editora que promueve seguidamente el recurso de casación. El Tribunal Supremo lo estima. (R. G. S.)

5. Lesión del derecho al honor: la noticia periodística excedió el relato de los hechos incurriendo en descalificaciones.—No obstante, el ataque más importante al honor se plantea propiamente en lo que se considera 2.º submotivo, pues la imputación que en el diario se hace es grave y la libertad sin cargos deshace además totalmente la misma. Si bien es cierto que, juríprudencialmente, como se recoge en el recurso (SSTS de 25 de marzo de 1991 y 4 de junio de 1992 y del TC de 31 de mayo de 1993 y 16 de enero de 1996), la contrastación de la noticia a publicar puede quedar, como exigencia, debilitada según la fiabilidad de las fuentes de la misma (ciertas agencia, policía, etc.), y esta «fiabilidad» los recurrentes la predicen de *Europa-Press*, agregando que en su inserción en el diario se constató tal fuente, lo cierto es que la denuncia no va por ahí, sino que se hace porque la procedencia de las referencias al clan mafioso, y sobre la ocupación por el actor de posición relevante en él, son las manifestaciones que constituyen el objeto más propio de la demanda, y se atribuyen exclusivamente al diario que la inserta y a la editorial responsable del mismo. Este motivo, que puede englobar también, en el conjunto de todas las imputaciones a los dos anteriores, debe asimismo perecer por lo siguiente: 1. Tal como se constata en la relación de «hechos probados» contenida en la sentencia de la audiencia, y que no ha sido rebatida, por lo que aquí se empieza por reconocerla en todos sus extremos, la noticia publicada en los distintos diarios del País Vasco (*El Correo*, *Egin* y el aquí demandado, *El Mundo* del País Vasco), la han recogido los mismos de idéntica agencia, al tratar del reportaje sobre el alijo de cocaína de que se trata (que, por ser muy importante, la reseña periodística de los datos denunciados lo es también y más grave cualquier introducción de otros no contenidos en la misma o que sean falsos), pero es sólo el último el que habla de la pertenencia del actor a la banda y de su cargo de relevancia en ella, pues los demás se limitan a constatar el alijo y la identificación de los inicialmente detenidos; 2. Siendo tan grave la imputación, procedía una constatación, aunque fuera mínima de su veracidad para evitar posibles responsabilidades por tan graves afirmaciones; y 3. No se ha probado, ante lo dicho anteriormente, que la agencia de noticias introdujera esas afirmaciones, pudiendo también el diario aquí implicado, o los otros indicados, en su caso, haber retenido el teletipo recibido de la agencia (si se pretende que ésta debiera guardar el texto, después del largo tiempo transcurrido) y haberlo traído al proceso. En cualquier caso, la puesta en libertad con prontitud, del en principio detenido, debió motivar al periódico, para constatar al menos su buena voluntad, una reseña periodística o rectificación, en días posteriores al 23 ó 24 de agosto, pero no consta que la misma se hiciera, quedando con ello firmes para los lectores las imputaciones que aquí se juzgan. (STS de 12 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor demanda a la editorial del diario *El Mundo* del País Vasco y a su director y solicita al Juzgado que declare la intromisión ilegítima en su derecho al honor de dos artículos publi-

cados en diferentes momentos en las secciones «Sociedad» y «Euskadi». En ellos se daba cuenta de la detención de veinte personas en una operación antidroga, se mencionaba el nombre del demandante, se le atribuía una «gran responsabilidad» dentro de la organización y se daba noticia de su ingreso en prisión sin que en momento alguno se hiciera pública la libertad sin fianza que inmediatamente obtuvo por no estar implicado en el delito que se le imputaba. El Juzgado estimó la demanda rechazando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta (se argüía que hubiera debido demandarse a la agencia que proporcionó la noticia al medio). La Audiencia Provincial de Vizcaya confirmó la sentencia del Juzgado en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (R. G. S.)

6. Reparación civil de los atentados al prestigio profesional. Distinción entre honor y prestigio profesional.—Aun admitiendo como acertada la opinión sostenida respecto a que la reparación civil de los atentados estrictos al prestigio profesional precisaría del ejercicio de una acción amparada en el artículo 1902 CC, no cabe duda alguna que la distinción entre ambas acepciones (honor y prestigio profesional) es sumamente difusa y bien difícil en ocasiones, en cuanto que, por lo general, la agresión al honor lleva consigo, o alcanza, como inherente, al prestigio del interesado, toda vez que el honor se desenvuelve en un doble marco: en el interno de su persona y su familia (inmanencia) y en el externo, que influye en ámbito social (trascendencia), del que forma parte, indudablemente, el profesional en el que la persona desarrolla su actividad (STS de 31 de diciembre de 1998). [...] Aunque no son necesariamente lo mismo desde la perspectiva de la protección jurisdiccional el honor de la persona y su prestigio profesional, la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona, pueden ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando excede de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace esta divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona (STC 40/1992, de 30 de marzo).

Diferencias entre libertad de expresión y libertad de información.—El Tribunal Constitucional ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 CE, según se trate de libertad de expresión (en el sentido de emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). Con relación a la primera, sólo viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas, sin relación con las ideas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, campo de acción que se amplía en el supuesto de que la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica garantizada en el artículo 16.1 CE (S 20/1990, de 15 de febrero). Por el contrario, cuando se persigue no dar opiniones sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz, requisito de veracidad que no puede obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Información veraz en el sentido del artículo 20.1 CE significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias (S 105/1990, de 6 de junio).

El requisito de «veracidad» como límite de la libertad de información.—La veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en una información sean rigurosamente verdaderos, porque los errores informativos intrascendentes han de entenderse protegidos también por el derecho constitucional de información, pero impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad que no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas para que el ejercicio del derecho fundamental a comentar información sea serio y responsable (SSTC 171 y 172/1990, de 12 de noviembre).

El requisito de la veracidad condiciona el ejercicio de la libertad de información, imponiendo al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales, que no se cumple con la simple afirmación de que lo comunicado es cierto o con alusiones a fuentes anónimas o genéricas, como las policiales, y sin que ello suponga que el informador venga obligado a revelar esas fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acreditar que ha hecho algo más que menoscabar la veracidad o falsedad de su información, dejándola reducida a un conjunto de rumores deshonrosos o insinuaciones vejatorias o meras opiniones gratuitas que no merecen protección constitucional (STC 123/1993, de 19 de abril).

Dos afirmaciones aislada y formalmente correctas pueden –en su concatenación– integrar una lesión del derecho al honor.—De lo expuesto se comprende que las sentencias de instancia han hecho la ponderación debida en la forma constitucionalmente prescrita. Y como afirma con claridad y razonabilidad el Ministerio Fiscal, la información transmitida no abarca sólo a dos hechos relevantes (cese y actividades ilícitas), sino que se extiende precisamente al motivo del cese, que lejos de constituir un mero ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se eleva incluso a la categoría de ser el aspecto más trascendente de la información divulgada. Se ha cesado al actor, alto cargo de la policía, precisamente porque se han producido actividades delictivas por funcionarios de él dependientes, responsabilizándosele directamente de ello. Ello es el hecho noticiable.

Y ello aclara lo acertado del aserto del Ministerio Fiscal cuando estima que en los cuatro motivos se entremezclan las diferentes cuestiones que pretende suscitar el recurrente en defensa de sus intereses, por lo que han de ser tratados de forma conjunta. La estrategia defensiva del recurrente consiste en separar el único conflicto planteado en dos perfectamente diferenciados: por una parte, el correspondiente a la libertad de información y el honor que sería solventado mediante la prevalencia del primero debido a que siendo veraz las dos informaciones transmitidas afectan a un interés público manifiesto; y, por otra parte, el que se suscita entre la libertad de expresión y el honor que se proyecta sobre la vinculación o relación de causalidad entre los dos hechos publicados, que, al no regirse por la exigencia de la veracidad sino por la inocuidad del lenguaje utilizado, también tiene que ser resuelto mediante la declaración de preferencia del primero de ellos.

La adopción de esta postura por el recurrente, como se ha visto y referido, no puede ser tenida en cuenta, pues la sentencia impugnada integra correctamente el supuesto de hecho en la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, al comprender que la información constituye un enlace arbitrario entre la detención de miembros del Cuerpo General de Policía y hallazgo de droga con el destino designado para el demandante. Y este enlace se hace en virtud de declaraciones, reducidas a rumores, de personas no identificadas,

sin posibilidad alguna de acreditar en los autos cualquier indicio de posible veracidad de las mismas. (STS de 18 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El Jefe de la Brigada Policial de Santa Cruz de Tenerife demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor al director del periódico *El Día*, en cuya primera página se insertaba un artículo titulado: «Cesados los jefes policiales de la Brigada Judicial y de Estupefacientes». El cese se relacionaba con «la desaparición de una partida de droga en las dependencias policiales y cuyas indagaciones culminaron con la detención de dos agentes del cuerpo y el hallazgo de quince millones de pesetas en un piso de Bajamar, aunque la droga sustraída nunca apareció». En el cuerpo del texto se desarrollaban con amplitud las afirmaciones vertidas en los titulares. La sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado. Tampoco hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

7. Inaplicación del criterio de responsabilidad solidaria a los impresores: ausencia de responsabilidad del impresor en la lesión del derecho a la propia imagen.—El motivo primero del recurso denuncia «indebida aplicación del artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 al impresor *Lerner Printing International*, siendo dicha norma contraria al derecho a la información y a la prohibición de la censura previa establecida en el artículo 20 CE».

La vigencia del artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 ha sido afirmada con reiteración, tanto por el Tribunal Constitucional como por la jurisprudencia de esta Sala. Ante la no derogación expresa de la Ley, «se plantea —dice la S de esta Sala de 20 de febrero de 1997— su compatibilidad con la libertad de expresión que declara el artículo 20 CE, al contemplar una responsabilidad muy amplia y vertical», ante lo cual establece esta sentencia que «esta Sala de casación civil, viene declarando que cuando no está individualizada la responsabilidad personal de cada uno de los intervenientes, ha de decretarse la responsabilidad solidaria, tendente a dotar de mayor eficacia, lo que se obtiene sin necesidad de acudir al precepto invocado, artículo 65.2.^º, si bien no se aprecia motivo que elude su aplicación (SS de 4 de noviembre de 1986, 7 de marzo, 11 de febrero, 19 y 20 de febrero de 1988, 20 de febrero de 1989 y 4 de julio de 1991)».

Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial ha sido elaborada en torno a la responsabilidad de los directores y editores de las publicaciones a través de las cuales se lleva a cabo la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales objeto de protección por la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sin que tal responsabilidad se haya planteado respecto de los impresores. Mientras que la responsabilidad de directores y editores de la publicación se basa en las facultades que les corresponden para determinar si, atendido su contenido, se procede o no a la divulgación de la información o noticia a través del medio, en forma escrita o gráfica, que pueda constituir intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de las personas a que aquellos se refieren, no ocurre lo mismo con los impresores a quienes la empresa editora encarga la confeción material de los ejemplares de la publicación y que carecen de facultades para decidir acerca de su contenido. Apreciar la existencia de responsabilidad

civil en los impresores por las intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales que puedan cometerse por los medios por ellos imprimidos (*sic*), supone imponerles una responsabilidad puramente objetiva, contraria a los principios que regulan la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento. La responsabilidad civil por vulneración de los derechos fundamentales regulada en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, se rige por el principio culpabilístico de la responsabilidad, como se pone de manifiesto en la descripción de las distintas conductas infractoras que se recogen en su articulado; en las que se pone de manifiesto la necesidad de la concurrencia de una intencionalidad dirigida a la publicación o divulgación de la noticia o información, tanto escrita como gráfica; intencionalidad que no es apreciable en el impresor. En consecuencia, se estima el motivo.

Libertad de información a través de la imagen gráfica. Requisitos para la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen.—El artículo 20.1.d) CE reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión y el Tribunal Constitucional tiene declarado que la libertad de información por medio de la imagen gráfica tiene la misma protección constitucional que la libertad de comunicar información por medio de palabras escritas u oralmente vertidas (STC 132/1995, de 11 de septiembre), afirma la S de esta Sala de 14 de marzo de 2003. Por otra parte, es doctrina reiterada tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala, que en la ponderación de los límites entre la libertad de información y la protección de los derechos fundamentales objeto de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso particular.

La información publicada en la revista *Teleindiscreta* en la que figura la imagen del demandante recurrido es veraz y se refiere a hechos que tenían interés para su conocimiento por el público en el ámbito territorial en que se desarrollaba la actuación profesional del demandante y de sus compañeros que intervinieron en el programa de televisión, referidos estos hechos al conflicto laboral entre esos miembros del servicio de bomberos y el Ayuntamiento, habiendo dado lugar el recurrido a la divulgación de esos hechos. La fotografía publicada es reproducción de un fotograma del programa televisivo y tiene carácter accesorio de la información escrita transmitida. El concepto de «accesoriedad» de la Ley [art. 8.2.a)] hace referencia «a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico» (S de 19 de octubre de 1992), no conciriendo cuando no guarda relación con el contenido de la información escrita (S de 19 de octubre de 1992) pero sí en otro caso (SS de 21 y 28 de octubre de 1966, 7 de julio y 25 de septiembre de 1998, 27 de marzo de 1999 y 23 de abril de 2000). En el caso resulta incuestionable la directa relación existente entre la imagen del demandante publicada y el contenido de la información escrita.

En consecuencia, ha de prevalecer el derecho a la libertad de información de los demandados sobre el derecho del demandante a su propia imagen, lo que lleva a la estimación de estos dos motivos del recurso. (**STS de 17 de marzo de 2004; ha lugar.**)

HECHOS.—La sentencia objeto del recurso de casación confirmó la recaída en primera instancia que condenaba a *Publicaciones Ekdosis, S. A.*, a *Distribuidora Toymer, S. A.*, y a *Lerner Printing Internacional, S. A.*, a indemnizar a don P. L. I., bombero del Ayuntamiento de Molina de Segura, por haber publicado su fotografía en

la revista *Teleindiscreta* sin su consentimiento. Interponen recurso de casación las tres empresas demandadas y el Tribunal Supremo lo estima. (R. G. S.)

8. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen: publicación de fotografías conseguidas subrepticiamente de mujer desnuda reconocible en su entorno pese a la ocultación de su cara.—El motivo del recurso fundado en la supuesta infracción del artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen, y la jurisprudencia que los regula, se basa, en el punto relativo a los requisitos que se exigen para que se dé la tal «intromisión», mediante la publicación de las fotografías de las personas que se consideran ofendidas, en que éstas sean reconocibles por terceros, y ya ha quedado claro que, en principio y salvo este requisito, los demás exigibles no se dan, esto es, los relativos a que la persona fotografiada haya dado su consentimiento a la publicación, o a que la misma sea un personaje público, bien político o del mundo artístico, con popularidad suficiente, y que haya ampliado su círculo de atención pública a estos supuestos, dado que se trata de una ciudadana de una pequeña población aragonesa, sin característica alguna relativa a la menor expansión al tratamiento de su persona y vida en ambientes públicos, teniendo como fin la publicación hacer una simple referencia relativa a un escándalo producido por un facultativo que trató a varias mujeres del entorno geográfico de la misma y que obtuvo de ellas el permiso a (*sic*) realizar al desnudo sus fotografías para su exclusivo historial médico, y habiendo llegado las citadas «fotos» subrepticiamente a la revista de que se habla. Por un lado, no se trata, su reproducción, de un acto accesorio al del artículo que motivó su publicación, pues muy bien se pudo imprimir y publicar el mismo sin éstas; quedando por resolver únicamente el aspecto de si la persona fotografiada es reconocible, y por ello, y dado que sí lo fue, se aprecia sólo la existencia de un sentido erótico para su reproducción, respecto a la que no tiene la misma por qué soportar su inserción para conocimiento del público, produciéndose así una intromisión en su intimidad y privacidad (la que obviamente desea guardar), mediante la reproducción de su imagen en la forma que se hace. Hay que aceptar el resultado al que llegan, tanto las sentencias de las instancias, como el Ministerio Fiscal en su informe, pues la ocultación parcial del rostro no impidió su reconocimiento en la localidad o zona geográfica de que se trata, produciéndose los correspondientes comentarios de sus familiares, vecinos y demás círculo de la población, todo ello en menoscabo de la misma: el reconocimiento, que en la prueba se dice es indubitable, se deduce del resto de su anatomía, por ser conocida en lo que es trato usual, en la piscina a la que acudía, y por el anillo y especial reloj que la misma portaba, también reproducidos, según se deduce de la prueba apreciada en las sentencias. Por ello, no es aplicable la jurisprudencia que se cita, que se refiere a casos de falta importante en la identificación.

Legitimidad de la reproducción de la imagen: accesoriedad de la imagen en relación con el texto que ilustra.—Esta «accesoriedad» aquí no se ha dado puesto que la imagen publicada de la mujer desnuda no puede tener más que un fin puramente erótico, que transgrede dicha legalidad, en perjuicio del sujeto al que aquélla se refiere, ya que nada añade al texto que se publica, que en esencia se refiere al escándalo producido por el médico

que efectuó el abuso fotográfico; con la realización del reportaje de la imágenes sin ropa, sin autorización de las mujeres afectadas, su reproducción en esta forma supone, entonces, como acompañamiento al tal artículo más bien una simple excusa para sacar esos cuerpos desnudos y, si no fuera por esa intención, tampoco estaría autorizada tal reproducción, en perjuicio evidente de las perjudicadas, sobre lo que no cabe razonar más por su obviedad. (**STS de 17 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La revista *Interviú* publicó sendos artículos relativos a los sucesos protagonizados por el médico de un pueblo de Zaragoza. El facultativo había solicitado el consentimiento de varias de sus pacientes para fotografiarlas desnudas con fines limitados a su actividad médica. A la posterior denuncia de varias de las afectadas, con la consiguiente repercusión en los medios informativos, siguió un expediente promovido por el Colegio Médico más diligencias criminales que concluyeron en una sanción penal. *Interviú* daba cuenta de estos hechos y, sin mencionar los nombres de las pacientes, reprodujo varias fotos de éstas con la precaución de tapar su rostro. Sin embargo, no resultó difícil reconocer a una de ellas debido a sus características anatómicas y al anillo y reloj que llevaba. La repercusión que lo ocurrido tuvo en el pueblo, donde la fotografiada fue objeto de comentarios, induce a la antigua paciente a demandar a *Ediciones Zeta* y al médico. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda condenando a la editorial a indemnizar a la actora y absolviendo al médico. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado. Interpone recurso de casación *Ediciones Zeta* y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

9. Colisión entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad: prevalencia en el caso –publicación de la fotografía del cadáver de un ahogado en una playa– del derecho a la información.—Parte el motivo que la información fuera veraz, como reconoce la propia sentencia de la Audiencia, y satisfacía por ello el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, que recoge el artículo 20.1.d) CE. Los hechos se produjeron en un lugar público, una playa, y como reconoce la resolución *a quo* la noticia de la muerte en una playa no vulnera los derechos fundamentales, aunque sí –a juicio de la Audiencia– la publicación de la fotografía y mencionar nombre y apellidos y calle en que vivía. Hay que tener en cuenta que el reportaje, al referir el fallecimiento del esposo de la demandante no estaba dirigido a alimentar una curiosidad malsana, ni el final de una persona en un centro hospitalario ni en su domicilio, sino dar a conocer un fallecimiento en una playa, habitualmente concurrida, lo que presenta relevancia e interés público en su información, no sólo por la referencia a los eventuales peligros en los baños en el mar y porque informa de la actuación de un servicio público, el Regional de Urgencia, no pudiendo estimarse protegido el derecho fundamental a la identidad, dato de la noticia y cubierto por ella y el nombre y datos del fallecido.

Finalmente, y con referencia a la fotografía acompañada al reportaje, cita al respecto la STC 132/1995, de 11 de septiembre, y la 117/1994, de 25 de abril.

El motivo tiene que ser acogido. Como han recogido las SS de esta Sala de 19 de julio y 16 de diciembre de 1988, 29 de abril de 1989 y 12 de mayo de 1995, el derecho a comunicar y recibir libremente información versa exclusivamente sobre hechos –a diferencia de la libertad de expresión, que tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones que abarcan incluso creencias– y tales hechos con tal entidad que puedan encerrar trascendencia pública a efectos de que sea real y evidente la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, de tal forma que el sujeto primario de la libertad de información y del correspondiente derecho a recibirla es toda la colectividad y cada uno de sus miembros.

Por su parte, las SS de esta misma Sala de 21 de enero de 1988 y 3 de marzo de 1989 señalan las pautas: *a)* que el derecho a comunicar y recibir libremente información versa sobre hechos de interés general o que tengan trascendencia pública; *b)* la información transmitida ha de ser veraz, estableciéndose el deber de diligencia sobre el informador. Asimismo, ha recogido la S de 6 de marzo de 1995 de esta Sala que la tarea de ponderación entre el derecho a la intimidad y la propia imagen y el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica y absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad ostenta el derecho a la libertad de información, en función de su doble carácter de libertad individual, siempre que la información sea veraz. Asimismo, tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de curiosidad ajena.

Finalmente, la S de 29 de marzo de 1996 legitima la captación y publicación de la imagen a los fines de mera información.

En resumen, la noticia y la fotografía que la acompaña que, frente a lo que se afirma en la demanda, no hace tan reconocible al fallecido, presentan interés público por las circunstancias del hecho y del lugar, pleno de publicidad y cuando el fallecido fue atendido sin éxito por un servicio comunitario. (STS de 28 de mayo de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El periódico *La Provincia* de Las Palmas de Gran Canaria dio la noticia del fallecimiento de don G. R. R. en una conocida playa de la zona. Ilustraba el texto con una fotografía del tamaño de casi media página que mostraba el cadáver, mientras un facultativo del Servicio Regional de Urgencias comprobaba su pulso y algunos bañistas observaban la escena. La esposa del fallecido demandó al periodista autor del texto, al fotógrafo y a la empresa editora del periódico, postulando que dicha publicación constituyía una intromisión ilegítima en el derecho al honor e intimidad del fallecido, generando –a la esposa– un daño moral susceptible de indemnización. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda. Apeló la editorial y la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó parcialmente la apelación, rebajando la condena. El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación reconociendo –como se alegaba– un interés público en la publicación de la noticia pormenorizada y la fotografía. (R. G. S.)

10. Concepto de incapacitación.—El aspecto civil es el atinente al concepto de la incapacidad, como privación de la capacidad de obrar de la persona física, estado civil que tan sólo se constituye por sentencia, como

dice el artículo 199 CC y destacan las SS de 31 de diciembre de 1991 y 31 de octubre de 1994, y por las causas establecidas por ley, que, como concreta el artículo 200, son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma, enfermedad que ha de ser constante, entendida como permanencia hacia el futuro, como dice la S de 19 de febrero de 1996 y en el mismo sentido, matizando el concepto, la de 26 de julio de 1999; en todo caso, supone la carencia de aptitud para autogobernarse, como dice textualmente la S citada de 31 de diciembre de 1991 y reitera la de 9 de mayo de 2002.

Persistencia de la enfermedad.—El presupuesto de persistencia de la enfermedad o deficiencia del incapacitado está exigido por la ley, desarrollado por la jurisprudencia y evidenciado por el sentido jurídico. No es preciso resaltarlo en un recurso de casación, ya que las sentencias de instancia lo han declarado probado, tal como dice la Juez de Primera Instancia, ratificada por la Audiencia Provincial: «... la persistencia de ésta (la enfermedad o deficiencia) en el tiempo por su carácter permanente e irreversible». En tales sentencias se declara probada la «enorme limitación que los efectos de dicha enfermedad, demencia senil, produce en la capacidad ...» de la que ha sido incapacitada; detalla con minuciosidad la prueba y hacen, ambas sentencias de instancia, una alusión a los enfrentamientos personales y económicos de los hijos de la incapacitada, lo que no se plantea como fundamento del fallo.

Por tanto, el motivo se desestima porque se ha cumplido con precisión el artículo 200 CC, se ha razonado la aplicación de la norma y se ha declarado probada la situación fáctica que es presupuesto de la misma. (**STS de 11 de junio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación trae causa de una demanda de incapacitación —a la que se da lugar— que un hijo promueve en relación con su madre, mayor y enferma. La anciana apeló, pero la Audiencia Provincial de Granada confirmó en todos sus extremos la sentencia del Juzgado. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

11. Defensor judicial: apreciación casuística de la existencia de conflicto de intereses.—Los artículos 162.2 y 163 CC establecen una excepción a la representación legal por los padres de los hijos menores no emancipados (SS de 17 de enero y 4 de marzo de 2003), que el artículo 299.1.º CC extiende a otros supuestos. Se trata del defensor judicial, con precedente en el curador *ad hoc*, previsto para cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales. En ciertos artículos del Código civil, a propósito de justificar el nombramiento, se utilizan las palabras «conflicto de intereses» (arts. 299 y 162.2), mientras que en otros los términos empleados son los de «interés opuesto» (art. 162) o «incompatibilidad u oposición de intereses» (art. 273 bis), que tienen un sentido semejante.

El conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador, en defensa del menor (SS de 17 de enero y 4 de marzo de 2003) y en relación con cada asunto concreto (art. 299.1.º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia.

Este casuismo deriva de la excepcionalidad de la figura en relación con la regla general de representación de los hijos menores por sus padres

(art. 162.2). De ahí que la circunstancia de que en un juicio de testamentaría el órgano judicial competente hubiera entendido existente el conflicto entre los intereses de la ahora recurrente y su madre, que le representaba en él, no significa que ocurra lo mismo en todos los demás asuntos en que deba operar la representación legal ni, en consecuencia, que la declaración efectuada en un proceso se extienda a supuestos distintos de los que la motivaron (SS de 12 de junio de 1985 y 17 de enero de 2003).

La diferencia de intereses entre madre y menor no siempre implica la incompatibilidad que exige el nombramiento de defensor judicial.—Siendo deber de los padres ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos sujetos a ella (art. 154 CC), la excepción que, para el concreto ejercicio de la representación que la norma les atribuye, significa la actuación del defensor judicial ha de estar justificada por la inutilidad de aquélla para cumplir, en el caso concreto, el antes mencionado fin.

De ahí que la situación de conflicto se identifique con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de la de los de sus hijos (SS de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003). Es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurran y que resulte admisible una defensa conjunta.

La aquí recurrente tenía, como nuda propietaria de los bienes que habían sido de su padre y causante, unos intereses distintos a los de su madre, usufructuaria de ellos, en el juicio ejecutivo en que se despachó ejecución contra los bienes relictos. Incluso entre uno y otro derecho, sobre el mismo objeto, se da en abstracto una contraposición natural, por cuanto el usufructo limita el derecho del propietario, el cual, por la elasticidad de la propiedad, recupera las facultades integradas en el derecho limitativo cuando éste se extinga.

Sin embargo, no puede afirmarse que la negación de la existencia de conflicto efectuada en la instancia no esté basada en una correcta valoración de las circunstancias concurrentes, pues de éstas resulta una perfecta compatibilidad en la defensa de ambos derechos. Es evidente que la madre, al defender su usufructo ante una ejecución despachada contra los bienes usufructuados, podía defender, sin sacrificio alguno, la nuda propiedad de su hija. Los instrumentos de defensa eran los mismos, y en esa concreta situación no era necesaria la designación de un defensor judicial. (**STS de 17 de mayo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante en la instancia pretendió la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo seguido años atrás por el *Banco Central* contra ella, sus hermanos —todos herederos de su difunto padre— y su madre, como cónyuge viudo. Alegó la actora que durante la tramitación del ejecutivo era menor de edad y que el modo en que su madre había ejercido su representación legal (con inactividad procesal que motivó la declaración en rebeldía) le había producido indefensión. La demanda fue desestimada y también la apelación. En el recurso de casación afirma la recurrente que en un juicio de testamentaría en relación con la sucesión de su padre, el Juzgado competente le designó un defensor judicial por entender que había conflicto de intereses entre ella y su madre. Así, manifiesta ahora, la representación de su madre además de ineficaz

resultó inválida y contraria a los artículos 162, 163 y 299 CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (R. G. S.)

12. Doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica: concepto, función y doctrina jurisprudencial.—El motivo se desestima porque la doctrina sobre el levantamiento del velo de esta Sala es la recogida y aplicada correctamente por la Audiencia Provincial. La idea esencial es que no puede separarse el patrimonio de una persona jurídica y el de una o varias personas físicas, cuando en realidad se trata de un único patrimonio, para conseguir un fin fraudulento. Pero no cabe aplicar la doctrina en beneficio de una de las personas físicas que precisamente han constituido la persona jurídica, sin perjuicio de que las posibles irregularidades o perjuicios se solventen directamente de una frente a la otra. Esto es lo ocurrido en el presente caso, en que el demandante deja de reclamar sus pretensiones a la persona jurídica, pretende con la doctrina del levantamiento del velo la declaración de propiedad de unos apartamentos de los que fue adquirente y es titular registral la sociedad, que lo sería *erga omnes* y que se ignora si su descapitalización produciría perjuicios a terceros.

La doctrina del levantamiento del velo, iniciada en la S de 28 de mayo de 1984 en un caso de responsabilidad extracontractual y para evitar el perjuicio a terceros, se ha mantenido en el sentido expuesto en reiteradamente muchísimas sentencias. Resume la doctrina la de 22 de julio de 1998: «la sentencia de 15 de octubre de 1997 resume la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión en los términos que se exponen a continuación: la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona *disregard* y de la germana *Durchgriff*, tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la S de 28 de mayo de 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las SS de 16 de julio y 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio, 12 de noviembre y 12 de febrero de 1991. La idea básica es que no cabe la alegación de separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice la S de 3 de junio de 1991, se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con eso se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros; lo que reiteran las de 16 de marzo y 24 de abril de 1992, 16 de febrero de 1994 y 8 de abril de 1996 que resume la doctrina jurisprudencial (en su fundamento 2.º, párrafo 2.º). Por último, las tres sentencias más recientes reafirman y resumen la doctrina jurisprudencial; son las de 31 de octubre de 1996, 10 de febrero y 24 de marzo de 1997. La primera dice (Fundamento 1.º, párrafo 5.º): «La teoría del “levantamiento del velo” —*lifting the veil*— creación de la jurisprudencia norteamericana con intención de averiguar lo real en una evolución de una determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas que sean físicas o jurídicas; está hoy por hoy plenamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia españolas, y a través de la misma se pretende evitar una simulación en la constitución de una sociedad que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la burla

de la ley como protectora de derechos. Y en esa dirección hay que destacar la emblemática sentencia de esta Sala, de fecha 28 de mayo de 1984, cuando en ella se dice que “se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 CC), la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios, es decir, un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC)”. La segunda reitera y reproduce la doctrina que exponen las SS de 28 de mayo de 1984 y 1 de diciembre de 1995. La tercera reitera la misma doctrina, con base en la misma S de 28 de mayo de 1984 y en la de 12 de febrero de 1993; su texto literal es: “en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución Española (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar la vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 CC), la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado, por supuesto– se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los “derechos de los demás” (art. 10 CE)».

La reiteran la S de 5 de noviembre de 1998, 11 de octubre de 1999, 31 de enero de 2000, que dice: «en ciertos casos y circunstancias, es posible penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado, por supuesto, en la normalidad de los casos–, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude».

Se reitera en las SS de 11 de octubre y 22 de noviembre de 2000 (son dos de la misma fecha), 5 de abril, 18 de abril y 16 de octubre de 2001, que dice, en clara aplicación al caso presente: «La doctrina denominada del levantamiento del velo de las personas jurídicas, que viene siendo objeto de un minucioso examen por las sentencias de esta Sala (entre las más recientes cabe citar las de 17 de octubre y 22 de noviembre –dos– de 2000 y 5 y 7 de abril y 8 de mayo de 2001), permite penetrar en el sustrato de las sociedades para percibir su auténtica realidad y poder así averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con un fin fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a un tercero, lo que abre un gran abanico de posibilidades como el incumplimiento contractual, aparentar insolvencia, sustraer bienes de la ejecución forzosa, soslayar o hacer prevalecer ciertos derechos o eludir la responsabilidad contractual o extracontractual». (**STS de 3 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Por la parte demandante –don José M.ª G. M.– se ejercitó acción declarativa de dominio de unos apartamentos y una larga serie de reclamaciones subordinadas. La parte demandada –*Sun Valley Trading Company* y don A. F. V.– ejercitó acción recon-

vencional en reclamación de la cantidad obtenida por la explotación de los apartamentos. El Juzgado estimó la demanda y la reconvenCIÓN. Apelan los codemandados y la Audiencia Provincial de Las Palmas, revocando la sentencia dictada en primera instancia, desestimó la demanda y estimó la reconvenCIÓN. En relación con la demanda, hay que señalar que el rechazo de la acción declarativa de dominio se basa en que la adquirente por compraventa y titular registral de los apartamentos cuya declaración de dominio se pretendía es la sociedad codemandada –*Sun Valley Trading Company*–, sobre todo, que el actor no acreditó su título de dominio. A la vez, destaca la sentencia de apelación que el demandante no actuó para sí sino como representante y que no tenía en la sociedad codemandada una participación del 50 por 100, sino del 12 por 100. Don J. M.ª G. M. interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima. (R. G. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Contrato de opción: concepto.—En el contrato de opción, una parte atribuye a otra un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la puesta en vigor de un concreto contrato.

Fijación de un plazo para el ejercicio de la opción: elemento esencial del contrato.—El derecho de opción presupone su ejercicio dentro del plazo previsto en el contrato (STS de 15 de octubre de 1993, 30 de junio de 1994 y 28 de abril de 2000). Así, aunque la opción atribuye al optante la facultad exclusiva de decidir o no la celebración de un contrato principal, esta decisión ha de realizarse dentro de un plazo necesariamente pactado. En este sentido, no hay duda, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, que la determinación del plazo para el ejercicio de la opción constituye un elemento esencial de este contrato.

El plazo de ejercicio de la opción es de caducidad.—El plazo para el ejercicio de la opción es de caducidad. De esta manera si se ejercita la opción dentro del plazo aparecerá el contrato, pero si no se ejerce, dentro del plazo previsto, esta facultad de decidir sobre la celebración del contrato queda caducada (STS de 30 de junio de 1994).

Obligaciones sometidas a plazo. Determinación judicial del plazo ex artículo 1128 CC: necesidad de petición de parte.—La facultad que el artículo 1128 CC atribuye a los Tribunales en orden a la posibilidad de señalar plazo a las obligaciones que carezcan del mismo, exige que se hubiere deducido la correspondiente petición en la instancia, conformando el debate y permitiendo la contradicción de la otra parte (STS de 11 de abril de 1996). (STS de 15 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. F. suscribió un contrato de préstamo en el que expresamente se pactó a su favor lo siguiente: *a)* para la hipótesis de venta del solar, se le otorgaba un derecho de tanteo y adquisición preferente; *b)* para la hipótesis de venta del edificio resultante, un derecho de opción a comprar el 50 por 100 del total del

edificio; *c)* para la hipótesis de cesión en arriendo, el derecho de opción a tomar en arriendo el conjunto del edificio. En base a la letra *b*) de la referida estipulación don R. ejercitó, primero por carta y después judicialmente, el reconocimiento de su derecho de opción de compra sobre el 50 por 100 del total de un edificio industrial. Subsidiariamente solicitó una indemnización de daños y perjuicios. La parte demandada se opuso y ejercitó reconvención pidiendo la nulidad de la estipulación en sus apartados *a), b) y c)*. El Juez de Primera Instancia estimó la pretensión subsidiaria sobre indemnización de daños y perjuicios y desestimó la reconvención. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de instancia. En este sentido, desestimó todas las pretensiones de la demanda y, en lo referente al derecho de opción, entendió que no existía por falta de plazo, no reconociendo por ello el derecho a la indemnización. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto. (*C. O. M.*)

14. Condición suspensiva: sentido técnico y concepto vulgar.—La condición pactada en la cláusula séptima del contrato es una condición suspensiva que, como dice la S de 6 de mayo de 1991, «conforme al artículo 1113 y ss. CC impone un aplazamiento del negocio convenido; en tanto no se cumpla la misma, aquél queda técnica y objetivamente sujeto a un evento futuro, más o menos, incierto, del que depende el nacimiento o la resolución de la relación jurídica que abarca derechos y obligaciones para los sometidos a su ámbito, presentando a su vez, un aspecto subjetivo, consistente en la voluntaria subordinación pactada de la eficacia del contrato al acontecimiento esperado». No habiéndose producido la venta de la parte pro indivisa de la finca *Rincón de Caya* a la que se subordinó la eficacia del contrato de 18 de julio de 1996, éste, como consecuencia de esa condición suspensiva inicial, no produciría efecto alguno. Ahora bien, no puede olvidarse que, entregada en el momento de la suscripción del contrato de 18 de julio de 1996 una parte importante del precio pactado, las partes procedieron a regular las consecuencias que el no cumplimiento de la condición suspensiva tendría sobre esta entrega anticipada de la parte del precio, y así se pactó que la parte vendedora «se obligará a devolver los veintitrés millones de pesetas más un 10 por 100 de interés, o bien se materializará la compraventa descrita en las cláusulas anteriores».

Como dice la S de 23 de octubre de 2002, «el concepto jurídico de “condiciones” comprende no sólo las denominadas “en sentido técnico” de las cuales depende la existencia o subsistencia de la obligación, sino también cabe referirlo a una determinada y concreta composición de las partes que conforman el contenido contractual en virtud de la autonomía privada, y mediante las que cabe conformar el derecho que se transmite»; tal concepto vulgar de «condición ha de atribuirse a la obligación pactada de devolución de la parte recibida del precio», «o bien se materializará la compraventa descrita en las anteriores cláusulas». En consecuencia, al entender la Sala *a quo* que incumplida la obligación de devolución de la parte recibida del precio más el 10 por 100 de interés la compradora puede exigir el otorgamiento de escritura pública mediante el pago del resto del precio —«materialización de la compraventa»— no ha incurrido en una interpretación ilógica de lo pactado,

lo que lleva a la anunciada desestimación del motivo. (**STS de 15 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. M. demanda a *Conversiones Agrarias Extremeñas, S. A.*, y a *Emus del Guadiana, S. L.*, solicitando sentencia por la que se declare la perfección del contrato privado de compraventa de determinadas parcelas de la finca *Dehesa Rincón de Céspedes*. Solicitaba además la condena de *Conversiones Agrarias Extremeñas, S. A.* al otorgamiento de escritura pública percibiendo el resto del precio de la compraventa y, subsidiariamente, la condena de *Emus del Guadiana, S. L.*—titular registral de la finca de la que debían segregarse las parcelas vendidas y a fin de no vulnerar el principio de trato sucesivo— a realizar las operaciones pertinentes para segregar y otorgar escritura pública de compraventa a favor de la demandante. Las sociedades se opusieron a la demanda y solicitaron su desestimación. A los autos procedentes de la demanda relacionada se unieron otros promovidos en virtud de demanda formulada por *Conversiones Agrarias Extremeñas, S. A.*, y por *Emus del Guadiana, S. L.*, contra doña A. M., en la que interesaban sentencia en la que se declarase la extinción de la compraventa suscrita por haberse incumplido la condición suspensiva a la que ésta se encontraba afecta. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda de doña A. M. declarando la perfección del contrato y dio lugar a la acción promovida por las mercantiles. En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Badajoz revocó la sentencia del Juzgado, declaró la perfección del contrato privado de compraventa y condenó a las sociedades codemandadas en los términos solicitados por la actora. Interponen las codemandadas recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima. La controversia suscitada giró en torno a la interpretación de la cláusula séptima del contrato así redactada: «Si en el plazo de seis meses a contar desde esta fecha *Conversiones Agrarias Extremeñas, S. A.*, u otra persona que ésta designe, no vende a doña A. M. R. la parte pro indivisa de la finca *Rincón de Caya*, propiedad de doña M. F. S. F., de cuya otra mitad indivisa se ha realizado escritura de compraventa el día de hoy, ante el Notario de Mérida, sustituto del de Montijo, don P. B. B., con el número 1319 de su protocolo, se obligará a devolver los veintitrés millones de pesetas más un 10 por 100 de interés, o bien se materializará la compraventa descrita en las cláusulas anteriores del contrato». (R. G. S.)

15. Contrato de obra. Pago del precio. Obligación mancomunada.—Mal puede concluirse que la sentencia recurrida haya infringido el artículo 1137 CC ni la jurisprudencia de esta Sala lo interpreta, pues una cosa es que no se exija necesariamente el pacto expreso de solidaridad para que ésta pueda considerarse existente y otra muy distinta que la regla general sea la solidaridad y no la mancomunidad simple.

Devengo de intereses. Inaplicación del principio *in illiquidis non fit mora*.—Al margen de la evolución de la jurisprudencia en orden al principio *in illiquidis non fit mora*, atenuándose en grandísima medida su rigidez, lo cierto es que en el caso enjuiciado la deuda de los hoy recurrentes por la últi-

ma certificación-liquidación no ofrecía duda alguna ni en cuanto a la obligación de satisfacerla ni en cuanto a su importe, por lo que, aun cuando frente a la reclamación de la actora ellos opusieran la penalización por retraso, bien pudieron consignar la cantidad indudablemente debida al tiempo que promovían la efectividad de dicha penalización. De ahí que, como otra vez con acierto resuelve la sentencia impugnada, el pago de intereses moratorios al tipo contractualmente pactado desde que la actora reclamó extrajudicialmente el pago de la última certificación-liquidación sea la solución más acorde para mantener el equilibrio contractual, que se vería manifiestamente descompensado si a la empresa contratista se le impusieran las elevadas multas establecidas por cada día de retraso y a los comitentes se les eximiera de los intereses moratorios al tipo igualmente elevado pero no menos expresamente pactado. (STS de 26 de abril de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Altuna y Uría, S. A.*, adjudicataria de las obras de urbanización de un polígono industrial, interpuso demanda judicial en la que reclamó la condena solidaria al pago de 78.880.195 pesetas (474.079,51 euros) a las personas que habían adquirido parcelas o terrenos en dicho polígono, como importe de la última certificación-liquidación. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Sebastián dictó sentencia el 19 de diciembre de 1996 en que desestimó la demanda por considerar aplicable la cláusula penal que las partes habían pactado para el supuesto de retraso en la finalización de las obras y puesto que el importe de la penalización procedente era superior a la cantidad reclamada. *Altuna y Uría, S. A.*, recurrió en apelación. La Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó sentencia el 23 de marzo de 1998, en la que estimó en parte el recurso. La sentencia fijó la penalización por retraso en la cuantía de 45.100.000 pesetas (271.056,45 euros) y condenó a la mayoría de adquirentes de parcelas o terrenos demandados a pagar a la contratista el resto de la suma reclamada, 33.780.195 pesetas (203.023,06 euros) según sus respectivas cuotas. La Audiencia Provincial también condenó a aquéllos a abonar los intereses devengados por la cantidad adeudada, esto es, los intereses pactados del 18 por 100 anual desde la fecha de la reclamación extrajudicial, el día 1 de agosto de 1992, hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, y el interés legal incrementado en dos puntos desde entonces hasta el momento del pago efectivo. *Altuna y Uría, S. A.*, recurrió en casación, entre otros motivos, por entender inaplicable la cláusula penal y que los demandados debían ser condenados solidariamente; los demandados también recurrieron al considerar improcedente el pago de intereses moratorios debido a la iliquidez de la deuda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de los recursos. (J. M. B. S.)

16. Resolución del contrato por incumplimiento. Conducta obstativa al cumplimiento.—Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que para que se produzca la resolución del contrato no es correcto exigir una voluntad decididamente rebelde —lo que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 y 18 de marzo de 1991)—, sino la concurrencia de situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte

explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991). Por ello, basta con que se dé una conducta no sanada por justa causa y obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (SSTS de 14 febrero y 16 de mayo de 1991 y 17 de mayo y 2 de julio de 1994).

Cumplimiento del contrato por quien pretende la resolución.—La facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas que contempla el artículo 1124 CC exige ineludiblemente que quien pretenda la resolución haya cumplido las obligaciones que le incumben (entre otras, SSTS de 24 de octubre, 16 de noviembre y 27 de diciembre de 1995).

Indemnización de daños y perjuicios. Determinación de su cuantía.—La cuantía de la indemnización corresponde, en principio, a la potestad del juzgador de instancia. (STS de 10 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. M. R. y *Aviones de Fumigación Agrícola, S. A.* (en adelante *Adefa*) celebran dos contratos por los que *Adefa* se obliga a utilizar tres de los aviones que don A. M. R. pone a su disposición, con sus equipos personales y técnicos de asistencia. Como contraprestación, se prevé que *Adefa* abonará las tres octavas partes de la cantidad que perciba como adjudicataria de un concurso para la contratación de aviones para combatir incendios forestales. Queda probado que *Adefa* no requiere en ningún momento a don A. M. R. para que ponga a su disposición los aviones. Don A. M. R. presenta una demanda contra *Adefa* en la que solicita que se declare la resolución del contrato por incumplimiento y se condene a la demandada a la indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia dictada en primera instancia estima parcialmente la demanda y condena al demandado a indemnizar al actor en una determinada cuantía. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por *Adefa* y revoca la sentencia, en el sentido de reducir en un 50 por 100 el importe de la indemnización. Ambas partes presentan recurso de casación. En su recurso, *Adefa* alega infracción del artículo 1124 CC porque no se cumplen los requisitos para su aplicación. Por su parte, A. M. R. sostiene que no procede reducción alguna de la indemnización. (L. S. M. P.)

17. Resolución de las obligaciones ex artículo 1124 CC. Incumplimiento resolutorio: no exige dolo, basta con frustrar los fines del contrato.—La voluntad de incumplir puede revelarse por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (STS de 10 de marzo de 1993); sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo (STS de 18 de febrero de 1983); basta con frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SSTS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991 y 25 de enero de 1996).

Efectos de la resolución. Retroactividad: devolución de precio y de la cosa objeto del contrato en la compraventa.—La aplicación del artículo 1124 CC lleva consigo, en el supuesto de resolución de una compraventa, la devolución del precio y de la cosa objeto del contrato, como consecuencia

del efecto retroactivo de la resolución (SSTS de 25 de febrero de 1964, 21 de noviembre de 1963 y 3 de mayo de 1999).

Indemnización de daños y perjuicios: abono de los intereses correspondientes a la parte del precio entregada.—La cuantía de la indemnización comprende los intereses del dinero entregado como precio durante el tiempo en que dicha suma estuvo de hecho retenida fuera de la disposición de quien la entregó, sufriendo las consecuencias de la devaluación (STS de 9 de octubre de 1981).

El ofrecimiento de pago sin consignación no produce efectos liberatorios.—No es suficiente el ofrecimiento de devolución para que tenga lugar el efecto liberatorio u otro asimilable al mismo, ya que, como señala el artículo 1176 CC, para que ello sea así es necesario realizar la consignación (STS de 13 de octubre de 1987). (STS de 10 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—En 1989, las entidades mercantiles demandantes celebraron en documento privado un contrato de compraventa de naves que en aquel momento estaban aún en obras. El precio pactado fue de 116.000.000 de pesetas, de los cuales se entregaron en el acto 40.000.000 de pesetas. Como plazo de entrega de las naves se acordó que no podía exceder del 30 de septiembre de ese mismo año. Transcurrido el plazo, no se realizó la entrega. La parte compradora encargó informes técnicos sobre inadecuación de las naves por falta de cerramientos, carpintería, etc. Posteriormente, la empresa vendedora hipoteca las naves y a continuación las vende a un tercero en escritura pública. Las demandantes solicitan en primera instancia y con carácter principal: *a)* la nulidad del segundo contrato de compraventa; *b)* la liberación y cancelación de las hipotecas que pesan sobre los referidos inmuebles; *c)* la elevación del documento privado de compraventa a escritura pública con las condiciones pactadas en el mismo. Con carácter subsidiario, para el supuesto de que no prosperaran las principales, pidieron la resolución del contrato privado de venta y que se condenara a los vendedores a la devolución de los 40.000.000 de pesetas entregados más los intereses legales devengados y una indemnización de los daños y perjuicios producidos por la conducta incumplidora de los demandados. El Juez de Primera Instancia estimó la pretensión subsidiaria, sobre la resolución contractual, y declaró resuelto el contrato de compraventa privado celebrado en 1989 entre los demandantes y la empresa vendedora. Condenó a la misma a devolver a la actora la cantidad de 32.000.000 de pesetas y desestimó el resto de las pretensiones de la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto. Mantiene la declaración de resolución contractual pero condena a la demandada a la devolución de la suma entregada (40.000.000 de pesetas) más los intereses devengados por esa cantidad desde la fecha de interposición de la demanda hasta su abono total. (*C. O. M.*)

18. Resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC. Presupuestos.—Según doctrina del Tribunal Supremo (STS de 21 de marzo de 1986 y, en igual sentido, SSTS de 24 de mayo y 16 de abril de 1991 y 29 de febre-

ro de 1988), para que prospere la resolución por incumplimiento es necesario que quien la alegue acredite los siguientes requisitos: 1) La existencia de un vínculo contractual vigente (SSTS de 10 de diciembre de 1947 y 9 de diciembre de 1948). 2) La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo (SSTS de 28 de septiembre de 1965 y 30 de marzo de 1976), así como su exigibilidad (SSTS de 6 de julio de 1952 y 1 de febrero de 1966). 3) Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían (SSTS de 9 de diciembre de 1960 y 18 de noviembre de 1970). 4) Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste, que de modo indubitable, absoluto, definitivo e irreparable la origine; actuación que, entre otros medios, puede acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte (STS de 5 de mayo de 1970). 5) Que quien ejerza la acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían (SSTS de 6 de julio y 29 de marzo de 1977), salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso (SSTS de 10 de febrero y 11 de abril de 1925 y 24 de octubre de 1959).

Contrato de préstamo. Inaplicación de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC. Exigencia del pago anticipado del préstamo por incumplimiento del prestatario.—En el contrato de préstamo no se da la reciprocidad de obligaciones necesaria para que proceda la aplicación de la resolución por incumplimiento. La única obligación, en principio, es la devolución de lo prestado a cargo exclusivo del deudor. En caso de impago de este último, procede exigir el pago anticipado del préstamo.

Ratificación tácita del contrato.—La ratificación del contrato es una simple manifestación de voluntad que puede realizarse de forma expresa o tácita, siendo la expresión más elemental de esta última el aprovechamiento de los efectos de lo convenido en el contrato (STS de 26 de octubre de 1999). La ratificación tácita ha de resultar de hechos que impliquen necesariamente una aprobación del *dominus*. En este sentido, la jurisprudencia ha declarado que dicha aceptación tiene lugar cuando el *dominus* no hace uso de la acción de nulidad que puede ejercitarse y se aprovecha de los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento, de tal forma que el contrato queda dotado de validez y no puede reputarse inexistente (SSTS de 5 de abril de 1950 y 25 de marzo de 1968; y, en igual sentido, las SSTS de 6 de febrero de 1999 y 14 de octubre de 1998). (**STS de 13 de mayo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don B. R. R., como prestamista, y *Mallotursa, S. A.*, como prestataria, celebraron el 9 de septiembre de 1994 un contrato de préstamo. En el momento de celebración del contrato, el prestamista entrega a la prestataria 10.000.000 de pesetas, que deberán serle devueltos entregando un mínimo de 1.500.000 pesetas anuales. Se pacta que la cantidad prestada devengará intereses al tipo del 9 por 100 anual, pagadero por semestres vencidos.

Don B. R. R. presenta una demanda contra *Mallotursa, S. A.*, en la que solicita que se declare el incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones asumidas en el contrato de préstamo, que se declare resuelto el contrato por incumplimiento de la prestataria y que, como consecuencia del incumplimiento, la demandada adeuda a la demandante la cantidad de 10.000.000 pese-

tas en concepto de principal y 1.800.000 pesetas, en concepto de intereses correspondientes a los plazos vencidos desde la fecha del contrato.

En primera instancia se estima en parte la demanda, se declara resuelto el contrato de préstamo y se condena a la demandada a entregar al actor la cantidad de 10.000.000 de pesetas, en concepto de principal, y 1.350.000 pesetas por intereses. La demandada presenta recurso de casación contra la sentencia que desestima el recurso de apelación. (*L. S. M. P.*)

19. Incumplimiento contractual.—«La doctrina de que el solo incumplimiento contractual no genera de suyo una obligación de indemnizar, no excluye la idea de que el incumplimiento no constituya *per se* un perjuicio o daño, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto, las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias».

Pérdida de la oportunidad procesal.—La STS de 26 de enero de 1999 declaró que «[l]a simple pérdida de la oportunidad procesal que todo recurso confiere, objetiva la producción del daño y la necesidad de su reparación, daño imputable a quien con su conducta negligente omitió la realización del encargo afectado, sin que se hayan probado excusas justificadas sobre la no interposición del recurso. La frustración de las expectativas generadas en el recurrente por las posibilidades de éxito del recurso de revisión, cuya dirección técnica asumió aquél sin que finalmente, llegase a confeccionarlo y presentarlo, supuso la pérdida de una oportunidad procesal». En la STS de 11 de noviembre de 1997, el Tribunal Supremo condena la actuación de un procurador que fue demandado por no haberse personado en unos recursos de apelación, lo que derivó en que los mismos fueran declarados desiertos, quedando firmes las respectivas sentencias apeladas de primera instancia.

Fijación del quantum indemnizatorio.—La STS de 20 de mayo de 1996 declaró que «[n]inguna contradicción existe en examinar por parte de la Sala, como único medio de aproximarse a los concretos daños y perjuicios, la fiabilidad o no del recurso que se perdió por culpa del procurador y que por ello no pretende sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello tarea imposible, y que al mismo tiempo se valore como indemnizable el daño moral producido por la privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante». En el mismo sentido, la STS de 26 de enero de 1999 valoró el daño moral «en relación a la cantidad total reclamada y discutible prosperabilidad del mismo en la suma de un millón doscientas cincuenta mil pesetas». (**STS de 10 de junio de 2004; no ha lugar.**)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del paseo Bera-Bera de San Sebastián formuló una demanda, que fue desestimada por apreciar la excepción de falta de legitimación activa, por vicios de la construcción contra las empresas constructoras, aseguradora y técnicos. Contra la anterior sentencia se interpuso un recurso de apelación, por lo que se emplazó a las partes para que en el plazo de diez días comparecieran ante la Audiencia Provincial a fin de usar su derecho. La procuradora que representaba la comunidad de propietarios, si bien preparó el escrito de compare-

cencia, no llegó a presentarlo dentro del plazo concedido, por lo cual la Audiencia dictó auto por el que se declaraba desierto el recurso de apelación y firme la sentencia de instancia. Por ese motivo, la comunidad de propietarios interpuso demanda contra la procuradora señora B. L. S. y contra *La Estrella, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros*, que fue desestimada íntegramente en primera instancia. El demandante formuló recurso de apelación que fue parcialmente estimado. La compañía de seguros ha formulado recurso de casación contra esta última sentencia por aplicación indebida del artículo 1101 CC en relación con el artículo 1902 CC. A tal efecto sostiene que los dos preceptos legales citados requieren para su aplicación la acreditación, no sólo de la culpa o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, sino además, la realidad del daño, por no ser automático el surgimiento de la obligación resarcitoria con cargo al incumplidor. El recurso ha sido desestimado. (E. C. V.)

20. Acción de rescisión por fraude de acreedores: el requisito de la existencia de un crédito anterior.—Uno de los requisitos exigidos para la rescisión por fraude de acreedores es que el demandante sea titular de un crédito anterior a la celebración del acto impugnado. El requisito así formulado lo está *en términos generales*, de modo que se entiende cumplido también cuando, aún siendo posterior el crédito, los demandados tenían conocimiento de su *próxima y segura* existencia o, dadas las circunstancias, *no podían desconocer su posición deudora*. (STS de 26 de febrero de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad bancaria demandante solicitó la declaración de nulidad de la compraventa de dos fincas celebrada entre los demandados por ser simulada o, subsidiariamente, la rescisión del contrato por fraude de acreedores. En primera instancia se estimó la demanda y se declaró la nulidad de la compraventa. La Audiencia Provincial revocó la anterior y absolvío a los demandados, sin pronunciarse sobre la acción de rescisión por fraude de acreedores, que se había ejercitado con carácter subsidiario. Aunque la estimación del motivo de incongruencia omisiva dio lugar a la casación de la sentencia, el Tribunal Supremo desestimó íntegramente la demanda. (C. J. D.)

21. Presupuestos de la acción revocatoria por fraude de acreedores.—Los presupuestos exigidos para que prospere una acción de este tipo son la existencia de un crédito; la celebración, con posterioridad y por el deudor, de actos de disposición patrimonial que atenten directamente contra dicho crédito; la falta de otro medio legal para el cobro de la deuda; y la circunstancia de que los bienes perseguidos no hayan pasado a tercero de buena fe (STS de 17 de noviembre de 1987 y 26 de noviembre de 1992). Por otro lado, la acción revocatoria no exige para ser estimada que se pruebe el «ánimo de perjudicar» o la malicia de los participantes en el acto, sino que basta con que éstos tengan conciencia del perjuicio que se causa al acreedor.

Carácter subsidiario de la acción.—La acción rescisoria viene a consistir en un remedio de carácter subsidiario conforme al artículo 1294 CC, sub-

sidiariedad que en la acción revocatoria por fraude de acreedores no se refleja en la imposición de una previa persecución del deudor para acreditar su insolvencia, sino que prácticamente bastará con hacer hincapié en la falta de bienes razonablemente basada. (**STS de 13 de mayo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad actora *Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón* concedió un préstamo a *Talleres Espi e Hijos, S. L.*, en el que constaba como avalista la demandada doña C. S. G. Posteriormente, la avalista vendió el piso a sus tres hijos, no obstante permaneció en el inmueble enajenado, que utilizaba como domicilio conyugal, junto a su esposo. La situación económica de *Talleres Espi e Hijos, S. L.*, no le permitía afrontar con su propio patrimonio el pago de la deuda, y el único bien de cierto valor del que disponía la avalista era la vivienda que había sido enajenada. La actora formuló demanda por la que ejercitaba acción revocatoria por fraude de acreedores contra los demandados, solicitando que se declarase que la transmisión de la vivienda era nula por haber sido otorgada en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que la transmisión de la finca era nula por ese motivo, y en consecuencia, declaró la rescisión de dicho contrato, ordenando la cancelación de la inscripción de dominio causada como consecuencia de la transmisión referida debiendo reintegrarse el inmueble a su antiguo titular registral. La Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia por la que confirmó íntegramente la sentencia apelada. Contra esta última se ha formulado recurso de casación que ha sido desestimado. (*E. C. V.*)

22. Cesión o transmisión de créditos: fines que cumple en el Derecho mercantil.—Su existencia es más necesaria en el tráfico mercantil para facilitar la rapidez, a través del endoso, de efectos o contratos comerciales, con efectos abstractos o no causales después de los primeros contratantes.

Sustitución por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas: presupuestos.—Que las prestaciones del contrato no estén aún cumplidas y que la transmisión sea consentida por la otra parte (SSTS de 5 de junio de 1961 y 28 de abril de 1966, entre otras muchas).

Cesión del contrato: fundamento.—Se reconoce la posibilidad de su existencia, en virtud de la libertad de pactos del artículo 1255 CC (SSTS de 26 de noviembre de 1982 y 23 de octubre de 1984).

Diferencias entre «contrato para persona que se designará» y cesión de contrato.—En el primero se autoriza la posible designación de un tercero, en sustitución de uno de los estipulantes iniciales, como parte, debiéndose prever el plazo para esa designación, pues, en otro caso, la relación jurídica se entendería concertada definitivamente entre los primeros contratantes; mientras que en la segunda no se ha previsto tal transmisión, el negocio se concierta, con el carácter inicial de firme, entre los primeros estipulantes, puesto que el tercero, que sustituirá a uno de ellos (normalmente al comprador, en el contrato tipo de compraventa), aparecerá después. (**STS de 5 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Caja Madrid* demandó a dos entidades mercantiles, sobre tercería de dominio, para dejar sin efecto el embargo practicado sobre las facturaciones expedidas a nombre de una de estas entidades y a cargo de *Unión Fenosa, S. A.* Se dio la circunstancia que la actora y la sociedad que libró las facturaciones habían formalizado un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y como garantía al cumplimiento del contrato la segunda cedió a la entidad bancaria todas las facturaciones que tenía sobre *Unión Fenosa, S. A.* El Juzgado acogió la demanda. La Audiencia la desestimó y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora, al considerar que no eran propiedad de ésta tales facturaciones, por estar pendientes de ser transmitidas. (*I. D. L.*)

23. Venta de cosa ajena.—Tanto la doctrina como la jurisprudencia, basándose en los términos amplios del artículo 1445 CC, consideran legítima la llamada «venta de cosa ajena», siempre que no medie engaño por parte del que vende, en cuyo caso cabría nulidad por dolo. (**STS de 6 de mayo de 2004**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La compañía mercantil *Jofer Ferrol, S. A.*, construyó un edificio urbano, invadiendo para ello un terreno contiguo. Dicho edificio fue vendido por viviendas y locales comerciales a terceros.

El propietario de la finca invadida interpone acción contra la compañía citada reclamando daños y perjuicios por accesión invertida.

Previamente, se instó un procedimiento del artículo 41 LH para obtener la restitución de la cosa basado en la inscripción registral del terreno a favor del actor. La demandada reconviene solicitando la nulidad del título en el que el actor basaba su acción. En concreto, el demandante había adquirido la finca mediante escritura pública otorgada por el heredero del propietario de la misma; la demandada sostiene que la venta fue nula ya que el causante vivía en el momento de la venta.

Tanto en primera instancia como en apelación se estima la demanda y se desestima la reconvención aduciendo que el testamento del padre del vendedor en el que le legaba la finca era de fecha anterior a la misma. La demandada recurre en casación. (*B. F. G.*)

24. Arras: clasificación.—La doctrina moderna distingue entre las arras confirmatorias, que se dirigen a reforzar la existencia del contrato como prueba de celebración del mismo; las arras penales, como garantía del cumplimiento del contrato, mediante su pérdida o devolución doblada en caso de incumplimiento y las arras penitenciales, como medio lícito de desistimiento contractual entre las partes, mediante su pérdida o restitución doblada. Las arras penitenciales se encuentran reconocidas en el artículo 1454 CC, son de carácter excepcional y, por este motivo, han de ser interpretadas de forma restrictiva, entendiendo en caso de duda que se trata de arras confirmatorias y

no penitenciales (entre otras, las SSTS de 8 de julio de 1945, 7 de febrero de 1966, 10 de marzo de 1986 y 24 de octubre de 2002).

Interpretación de los contratos: cláusulas oscuras.—Es doctrina del Tribunal Supremo que la regla de interpretación de los contratos que se contiene en el artículo 1288 CC no es rígida ni absoluta y que para su aplicación hay que tener en cuenta las circunstancias de cada contrato. Esta regla entra en juego una vez se hayan utilizado todos los criterios legales hermenéuticos y las reglas de la lógica, cuando, a pesar de ello, persiste la situación de equivocidad al no existir un resultado unívoco de los términos del contrato, sino varios con igual grado de credibilidad.

Contratos de mediación o corretaje: la responsabilidad del administrador de la sociedad anónima inmobiliaria.—El contrato de agencia inmobiliaria es un contrato esencialmente oneroso por el que el agente, dentro de las exigencias de su actividad profesional, ha de poner en contacto a los vendedores y compradores inmobiliarios. El administrador social persona física y socio, no ha de confundirse con la sociedad a la que representa en los negocios jurídicos en los que éste interviene. Por ello, al no ser sujeto de los derechos y obligaciones dimanantes de los contratos, tampoco responde solidariamente de las obligaciones sociales que se derivan de los mismos. (**STS de 20 de mayo de 2004**; ha lugar y no ha lugar.)

HECHOS.—Las hermanas M. R. formulan demanda contra *Europa, S. A., Organización Inmobiliaria*, y don P. C. L. solicitando que se declare la validez del contrato de encargo y se devuelvan los honorarios pagados por las actoras y las arras dobladas. Junto a esta demanda se acumula la interpuesta por los esposos A. S. O. y E. B. C. contra las demandantes y el notario J. L. B. J. donde se solicita que, en primer lugar, se declare la validez de la compraventa realizada, o alternativamente se declare resuelta la misma por el incumplimiento de las demandadas, devolviendo por duplicado la cantidad entregada en concepto de arras; y en segundo lugar, se declare la responsabilidad civil derivada de negligencia o irresponsabilidad del fedatario público, que dio por no válida la anterior escritura de compraventa y el préstamo hipotecario correspondiente.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda de la hermanas M. R., condenando a la inmobiliaria y absolviendo a don P. C. L. y estima parcialmente la demanda de los esposos declarando resuelto el contrato de compraventa y condenando a las demandadas a la devolución de las arras dobladas; no obstante declara no haber lugar a la indemnización del fedatario público. La Audiencia Provincial, en apelación, estima parcialmente los recursos de las hermanas M. R. y de los esposos, y desestima los interpuestos por don P. C. L. y el notario. Se interponen sendos recursos de casación, uno por las hermanas M. R. y otro por don P. C. L. y *Europa, S. A., Organización Inmobiliaria*. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto por don P. C. L. y la inmobiliaria, declarando no haber lugar a la demanda interpuesta en primera instancia por las hermanas M. R.; y declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por las citadas hermanas. (*S. E. M.*)

25. Contrato de compraventa. Facultad del artículo 1502 CC. Suspensión del pago del precio de la compraventa cuando existan fundados motivos para temer una perturbación jurídica en la posesión del comprador. Interpretación restrictiva del precepto.—El artículo 1502 CC monopoliza, salvo pacto, la regulación de la facultad del comprador de suspender el pago del precio en el supuesto que contempla, determinando el funcionamiento concreto de la relación sinaligmática en el mismo. Por otro lado, se trata de una norma que reclama una interpretación restrictiva, y que presupone la cumplida demostración de los requisitos que condicionan la facultad que al comprador atribuye; entre ellos que el temor de perturbación sea fundado y tenga su génesis en el futuro ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria (SSTS de 4 de junio de 1992, 23 de marzo de 1993 y 18 de octubre de 1994). Lo que no se ha probado en el proceso, en el que, por el contrario, el comprador demandado estaba expresamente autorizado por la propietaria del automóvil comprado para usarlo. Ello constituye evidencia precisamente y, cuanto menos, de una situación tolerada y pacífica, contraria a la alegada por el recurrente.

Compraventa de cosa ajena. Validez inicial del contrato, a no ser que exista vicio del consentimiento que lo invalide. Posibilidad de ejercitar acciones para el cumplimiento o la resolución del contrato.—El contrato de compraventa, por su mera eficacia obligatoria, y no transmisiva, puede tener válidamente por objeto una cosa ajena, pues no hay en nuestro Código Civil norma similar a la contenida en el artículo 1599 CC francés, que sanciona su nulidad (como consecuencia de la transmisión del dominio mediante el consentimiento: arts. 1138 y 1583). Es claro, de otro lado, que la venta de cosa ajena puede haberse perfeccionado con la voluntad del comprador viciada por error o, incluso, por dolo. También lo es que dicho contratante tiene derecho a la entrega de la cosa en posesión pacífica (arts. 1461 y 1462 CC), o a que se le transfiera la propiedad si así resulta del pacto. En tales casos el ordenamiento proporciona al comprador medios de defensa de sus intereses, en forma de acciones de anulación por consentimiento viciado, de cumplimiento de la prestación prometida, de resolución del vínculo por incumplimiento, de indemnización de los daños producidos con la contravención contractual. (STS de 11 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. W. H. demandó al señor H. B. la resolución por falta de pago del contrato de compraventa de un automóvil que el primero había vendido al segundo y por el que se había abonado la cantidad de tres millones de pesetas, quedando pendiente el pago de otros siete millones que el comprador nunca entregó. El demandado alegó que su falta de pago no respondía a un incumplimiento de lo pactado, sino que se amparaba en la facultad del artículo 1502 CC de suspender el pago del precio cuando se tuviesen motivos para temer el inminente ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria, lo que entendía que concurría al comprobar que el vendedor no era propietario del vehículo objeto del contrato. El Juzgado del Primera Instancia desestimó la demanda y acogió la tesis del comprador. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimó el recurso de apelación interpuesto por el actor y, con revocación de la sentencia de instancia, acogió íntegramente la demanda interpuesta. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del demandado. (L. A. G. D.)

26. Arrendamiento. Presunción de culpa del arrendatario en caso de incendio.—Aunque el incendio del local arrendado puede originarse por «una tercera mano», dicha circunstancia no se presume y, conforme al artículo 1563 CC, incumbe al arrendatario probar la total ausencia de culpa en el evento. Para que el arrendatario quede liberado de responsabilidad, debe probar que en el incendio no hubo culpa por su parte ni negligencia alguna o, al menos, que se habían tomado las medidas de cuidado, vigilancia o prevención necesarias (STS de 29 de enero de 1996).

Inexistencia de caso fortuito o fuerza mayor.—No todo incendio es debido a caso fortuito y no basta para llegar a tal conclusión que el siniestro se hubiera producido por causas desconocidas (STS de 13 de junio de 1998 y 12 de febrero de 2001).

Responsabilidad del arrendatario en caso de incendio.—Cuando no se acredita ni la identidad de un hipotético autor ni cómo se generó el evento, es obvia la responsabilidad de quien tiene el control de la empresa en la que se produce el incendio, máxime si se tiene en cuenta que la falta de diligencia en la previsión del mismo contribuyó, cuando menos, a la propagación del fuego y a que los daños fueran mayores. El Tribunal Supremo (STS de 25 de septiembre de 2000) declara que «con la pérdida o deterioro (de la cosa arrendada) se da incumplimiento a la obligación de guarda y custodia de la cosa, y para que quede libre de esa responsabilidad contractual se exige al arrendatario que acredite que se perdió o deterioró sin su culpa».

Desistimiento del proceso. Diferencias con la renuncia a la acción.—El desistimiento del proceso, cuando se efectúa en primera instancia, no impide volver a plantear la misma acción en otro proceso posterior. A causa de este efecto, y a partir de un determinado momento procesal, el desistimiento tiene carácter bilateral, en cuanto que requiere la audiencia de la otra parte y la aprobación judicial. La renuncia es un abandono de la acción —y, por consiguiente, del derecho— de carácter unilateral. No precisa de la audiencia de la otra parte y el Juez debe aprobarla, salvo cuando la ley la prohíba o sea contraria al orden público o en perjuicio de tercero. Como consecuencia de la renuncia, la acción abandonada no puede volver a ejercitarse. (**STS de 4 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes celebraron dos contratos de arrendamiento de local y un contrato de arrendamiento de industria. La arrendadora presenta demanda en la que solicita que se declaren resueltos y extinguidos, con efecto de 31 de diciembre de 1988, los dos contratos de arrendamiento de los locales industriales y, con efecto de 27 de enero de 1989, el contrato de arrendamiento de industria. Además, solicita que se condene a la demandada a pagar una indemnización en concepto de daños y perjuicios. La arrendataria contesta a la demanda oponiéndose a ella y la demandante, en trámite de réplica, formula un desistimiento parcial de la demanda en lo relativo a la petición de extinción del contrato de arrendamiento de industria.

En primera instancia se estima la demanda, se declaran resueltos y extinguidos los contratos de arrendamiento de local y de industria y se condene a la demandada a pagar una indemnización de daños y perjuicios. En apelación, se desestima el recurso presentado por la demandada y se confirma íntegramente la sentencia de

instancia. La demandada reconviniente presenta recurso de casación. (*L. S. M. P.*)

27. Retracto legal. Posibilidad que el retrayente consigne el precio con posterioridad a la interposición de la demanda.—Ha de tenerse en cuenta que el artículo 1618 LEC prevé cuando el precio no es suficientemente conocido (si es conocido ha de consignarse con la demanda) y al utilizar la expresión «luego que lo sea», que el retrayente está obligado a su consignación inmediata y sin dilaciones desde el momento en que accede a saber cuál ha sido el precio preciso, real y cierto de la transmisión operada, lo que no excluye tenga lugar después de presentada la demanda y durante la tramitación del juicio (S de 14 de julio de 1994) como aquí ocurrió, cumpliéndose de este modo con la finalidad que la Ley otorga a la consignación y no es otra que asegurar el reembolso del precio de la venta y demás gastos que enumera el artículo 1525, en relación al artículo 1518 CC.

Retracto legal. Admisión del aval bancario como medio para consignar el precio por parte del retrayente.—En cuanto a la cuestión que se refiere a la presentación por el retrayente de aval bancario, como instrumento consignatario del precio del retracto, ha de tenerse en cuenta la más reciente y reiterada doctrina de esta Sala de Casación Civil, pues se ha producido cambio de la doctrina consolidada que no lo autorizaba y sólo admitía la consignación en metálico o mediante cheque conformado (SS de 24 de mayo de 1982, 21 de octubre de 1985, 12 de diciembre de 1986, 9 de febrero, 20 de abril y 27 de septiembre de 1994, 30 de mayo de 1995, 11 de julio de 1996 y 17 de junio de 1997) por otro más conforme a las directrices del artículo 3.1 CC y que viene a reconocer la plena eficacia de la consignación llevada mediante aval bancario, que ha de cumplir los requisitos de exigencia legal para ser eficaz (SS de 15 de abril de 1998, 17 de mayo de 2000, 3 de abril de 2001 y 17 de mayo de 2002 y SSTC de 27 de enero de 1992 y 30 de junio de 1998).

Posibilidad por parte del arrendatario de ejercitar los derechos de tanto y retracto sobre bienes adjudicados en subasta judicial.—A este respecto hay que decir el cambio de orientación en la doctrina jurisprudencial que se ha producido en los últimos tiempos, para reconocer el derecho de retracto a favor de quien ostenta condición de arrendatario urbano al tiempo de enajenar el bien objeto de la locación en subasta judicial (SS de 22 de abril de 1992, 30 de junio de 1994 y 8 de junio de 1995, entre otras), declarando la S de 12 de febrero de 1996 que cualquiera que sean las opiniones doctrinales sobre la adjudicación en subasta judicial, lo cierto es que el legislador la considera apta para dar lugar al ejercicio de los derechos de tanto y retracto, equiparándolas a las ventas por interpretación analógica del artículo 1640 CC. (STS de 14 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha de 21 de agosto de 1992, doña A. C. celebró un contrato de préstamo con hipoteca, en el que figuraba como entidad prestamista la *Caja de Crédito de Altea*. En la correspondiente escritura pública se afirmaba que la finca sobre la cual recaía la hipoteca se encontraba libre de arrendamientos, lo cual era cierto en la fecha en que se firmó el contrato. Sin embargo, con posterioridad al otorgamiento de la escritura pública, doña A. C. arrendó la finca a la entidad mercantil *El Porvenir de Europa, S. L.* Ante el

incumplimiento contractual del préstamo por parte de doña A. C., la *Caja de Crédito de Altea* ejercitó judicialmente su derecho, siendo la finca adquirida por la entidad mercantil *Ivorra Cano, S. L.* La sociedad arrendataria *El Porvenir de Europa, S. L.*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Villajoyosa al considerar su derecho de adquisición preferente sobre la finca litigiosa. El Juzgado estimó íntegramente la acción de retracto. Apelada la sentencia, ésta se confirmó en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

28. Contrato de arrendamiento. Arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios: diferencias.—Como ha señalado la doctrina jurisprudencial la diferencia entre el arrendamiento de obra y el de servicios radica en que en el primero —arrendamiento de obra— la prestación del arrendador va dirigida a un resultado, sin consideración del trabajo que lo crea (STS de 19 de octubre de 1995 y 13 de marzo de 1997), mientras que el segundo —arrendamiento de servicios— supone una actividad independiente del resultado (STS de 3 de noviembre de 1983).

El contrato de descarga de una máquina constituye un arrendamiento de obra.—El contrato de descarga de una máquina constituye un genuino contrato de arrendamiento de obra puesto que lo que se pretende es un concreto resultado *u opus*: la descarga de la máquina sin daños.

El contrato de arrendamiento de obra no queda desvirtuado por la circunstancia de que la retribución se determine en atención al tiempo de trabajo empleado.—El que la retribución se realice en atención al tiempo de trabajo no desnaturaliza el contrato de obra querido por las partes.

Realización de la descarga con aparejos ofrecidos por la parte que encarga la obra. Caída de la máquina por la utilización de aparejos inadecuados: responsabilidad del dueño de la grúa.—Si no queda probado que la parte que contrató la obra impuso la utilización de un concreto aparejo para la operación de descarga, la responsabilidad por los daños la asume el dueño de la grúa, que es quien queda obligado a la realización de la descarga cumpliendo con el correspondiente deber de pericia y cuidados. (STS de 6 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *D., S. A.*, compró en el extranjero una máquina encartonadora que fue transportada hasta España sin ningún incidente. A continuación *D., S. A.*, contrató con *Grúas X. X.* la descarga de la referida máquina. En el momento de realizar la operación convenida, el encargado de la grúa, en atención al tamaño y configuración de la máquina, solicitó a su empresa que le enviaran aparejos idóneos para la descarga. Antes de que se recibieran dichos aparejos, el jefe de mantenimiento de *D., S. A.*, ofreció al operario de la grúa unos aparejos que ellos tenían para efectuar la descarga, que fueron al final los que se utilizaron. En el instante en que se procedió a mover la máquina ésta cayó ocasionándose desperfectos. La causa de la caída se debió a la utilización de aparejos inadecuados y en no colocar los estinges en puntos precisos desconociendo el centro de gravedad de la máquina. *D., S. A.*, tenía concertado un seguro con una entidad mercantil, la cual le abonó la cantidad de 19.550.989 pesetas como

valor del siniestro. Posteriormente, esta empresa presenta demanda contra *Grúas X. X.* y su aseguradora reclamándoles el importe que ella había abonado a *D., S. A.* El Juez de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto. (*C. O. M.*)

29. Contrato de obra. Responsabilidad ex artículo 1591 CC. Formas de reparación.—El referido artículo 1591, como actividades reparadoras de los vicios ruinógenos en base a la responsabilidad legal que establece, autoriza las siguientes: *a)* Obras de subsanación y reparación *in natura* a cargo del contratista y en su caso del promotor, técnicos y personas que resultasen condenadas, a fin de dejar el edificio en condiciones de seguridad y habitabilidad suficientes (SS de 13 de julio y 10 de noviembre de 1995, 29 de mayo de 1997, 18 de diciembre de 1999 y 31 de marzo de 2000); *b)* Reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas por la comunidad de propietarios en obras restauradoras de los vicios constructivos cuando los gastos correspondientes son exclusivamente de cargo de los que intervinieron en el proceso edificativo y así resulte de sentencia condenatoria, lo que implica que los declarados responsables no los asumieron en su debido tiempo y las reparaciones dinerarias actúan así como las procedentes, pues la ejecución *in natura* en estos casos daría lugar a dilaciones y conflictos (S de 8 de noviembre de 2002); *c)* Cuando se plantea demanda, como aquí sucede, para solicitar que se fije cantidad determinada para que la comunidad de propietarios pueda afrontar por sí misma y atender al costo de los trabajos y actividades necesarias de consolidación, refuerzo y reparaciones en general en las zonas del inmueble afectadas por la situación de ruina que se denuncia, lo que resulta procedente (SS de 10 de marzo y 18 de diciembre de 2001).

Responsabilidad de los arquitectos técnicos.—Los arquitectos técnicos asumen la importante función de llevar a cabo actividades de inspeccionar, constatar y ordenar la correcta ejecución de la obra, lo que les impone por Ley mantener contactos directos, asiduos e inmediatos con la misma, conservando la necesaria autonomía profesional operativa, de la que pueden derivar las correspondientes responsabilidades (SS de 13 de febrero de 1984, 18 de diciembre de 1999 y 18 de diciembre de 2001), pudiendo concurrir responsabilidad con las procedentes de las irregularidades del proyecto, sólo imputables al arquitecto, como aquí sucede (SS de 5 de febrero de 1993 y 22 de septiembre de 1994). Entre otras funciones de los arquitectos técnicos está la de llevar a cabo las correcciones necesarias para evitar daños (S de 15 de mayo de 1995), a fin de conseguir la finalidad del contrato, que no es otra que se alcance la ejecución de una obra bien hecha y segura. Los arquitectos técnicos no son precisamente meros ayudantes del arquitecto director de la construcción, sino ayudantes técnicos de la obra y sirven al arquitecto en cuanto sirven a la obra técnicamente considerada (SS de 15 de julio de 1987 y 5 de diciembre de 1998), por lo que han de desempeñar correctamente la función que les incumbe, y, entre otras, inspeccionar los materiales, cuidar el cumplimiento correcto de las ejecuciones materiales y llevar a cabo las comprobaciones que se hubieran omitido (S de 18 de septiembre de 2001).

Responsabilidad solidaria.—La sentencia recurrida estableció como hecho probado, incólume que accede firme a casación, que se produjo defecuosa ejecución de los trabajos constructivos, por lo que se da convergencia

de acciones plurales, sin que pueda determinarse la proporción participativa de cada uno de los demandados condenados en la causación de la situación de ruina que afecta al edificio, y así las cosas ha de estimarse correcta la aplicación por el tribunal de instancia de la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad decenal solidaria (S de 22 de noviembre de 1997), que autoriza a atribuir la responsabilidad que establece el artículo 1591 CC a todos los que resultan intervenientes y han mantenido conductas que, en su convergencia, son la causa de los defectos constructivos, cuya reparación económica se insta en la demanda (SS de 26 de febrero, 21 de marzo y 15 de octubre de 1996, 22 de marzo, 29 de mayo, 5 de julio, 3 de septiembre y 22 de noviembre de 1997, 4 de marzo y 8 de junio y 28 de diciembre de 1998), siendo suficiente que en la producción de los daños las diversas causas que los motivaron pueden responder tanto a concurrencia simultánea como sucesiva, que desembocan en una causa total eficiente (SS de 13 de febrero, 10 de noviembre y 18 de diciembre de 1999). (**STS de 10 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras detectar defectos constructivos en las terrazas y otros elementos de un inmueble, la comunidad de propietarios *Residencial Hacienda II* interpuso demanda judicial contra don J. M. G. S., don J. M. G. C., don J. M. F. N. y don R. N. J., en la que solicitó como indemnización el pago de la cantidad correspondiente para realizar las obras necesarias de reparación de aquellos defectos y satisfacer los honorarios profesionales y demás gastos o, subsidiariamente, la condena de los demandados a ejecutar las obras por su cuenta. Al parecer, los propietarios previamente habían realizado por sí mismos obras de urgencia con el fin de impedir la filtración de agua en sus viviendas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Jaén dictó sentencia el 17 de octubre de 1998 en que estimó la demanda y condenó solidariamente a los demandados a abonar a la demandante la cantidad de 7.626.695 pesetas (45.837,36 euros). Los arquitectos técnicos don J. M. F. N. y don R. N. J. recurrieron en apelación. La Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia el 1 de octubre de 1999 en la que desestimó el recurso. Los mismos demandados recurrieron en casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

30. Contrato de obra. Responsabilidad del promotor ex artículo 1591 CC.—En una función integradora del artículo 1591 CC, la jurisprudencia ha venido a incluir entre las personas intervenientes en el proceso constructivo sujetas a la responsabilidad que en el citado precepto se regula, al constructor promotor. Los criterios determinantes de la inclusión del promotor en el círculo de las personas a que se extiende la responsabilidad del artículo 1591 CC, fueron, según reiterada y pacífica doctrina de esta Sala los siguientes: *a)* que la obra se realice en su beneficio; *b)* que se encamina al tráfico de la venta a terceros; *c)* que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; *d)* que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y, *e)* que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervenientes en la construcción, criterio que aparece reflejado en numerosas sentencias (SS de 9 de marzo

de 1988, 18 de diciembre de 1989, 8 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991 y 8 de julio de 1992); incluso ha dicho esta Sala en Sentencia de 13 de julio de 1987 que la responsabilidad del promotor «viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1591 CC sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponde» (S de 28 de enero de 1994).

Se ha venido incardinando la nueva figura del promotor dentro del concepto de contratista, alcanzándole la responsabilidad inherente a tal asimilación, especialmente, cuando el promotor, por su cuenta y beneficio, encarga la realización de una obra a un tercero con la intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener un beneficio económico, como apuntó la S de 20 de febrero de 1989, en consonancia con la de 9 de marzo de 1988 (S de 3 de mayo de 1996).

La jurisprudencia de esta Sala equipara la figura del promotor a la del contratista a los efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, y ello porque, principalmente, el que se beneficia pecuniariamente de la obra realizada es el mencionado promotor, cuya figura lleve insita la responsabilidad por lo menos *in eligendo* sino es *in vigilando*, con respecto a los contratistas y distintos técnicos que intervienen en una obra (S de 30 de diciembre de 1988).

Responsabilidad solidaria de los agentes intervenientes en el proceso constructivo.—El Código civil establece en sus artículos 1137 y 1138 el principio de no presunción de solidaridad. Para resolver la cuestión de la solidaridad en relación con la responsabilidad decenal, han de tenerse en cuenta: *a)* de una parte, el principio de personalidad de la responsabilidad, el *suum cuique*, exige que cada uno no responde más que de su propia culpa; *b)* de otra parte, se alza el deseo, más bien necesidad, de procurar una satisfacción al perjudicado. Teniendo en cuenta estos principios, como regla general, cada uno de los intervenientes en el proceso constructivo responde de los daños y perjuicios ocasionados por la ruina que tenga causa en su respectiva actuación; por ello, si la causa de la ruina está perfectamente delimitada, no surge problema, ni tampoco cuando siendo varias las causas se encuentre igualmente delimitado el grado de causalidad de cada una de ellas en la producción de la ruina. Sin embargo, cuando concurren varios sujetos responsables, no es posible determinar la participación de cada uno de ellos en la causación del resultado (*sic*), la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por aplicar el principio de solidaridad, siguiendo la tendencia a apreciar con mayor rigor la responsabilidad de los profesionales de la construcción y de conseguir la adecuada reparación a favor del perjudicado.

Esta doctrina y jurisprudencia conocida y consolidada, en relación al caso que nos ocupa, viene concretada por la S de 20 de junio de 1995, cuando manifiesta que es doctrina jurisprudencial (SS de 6 de octubre de 1992, 29 de septiembre de 1993 y 2 de febrero y 25 de octubre de 1994), la expresa de que no obsta a la responsabilidad del promotor que también pudiera ser imputada a los técnicos intervenientes en la obra, pues la responsabilidad de que se trata nace del incumplimiento contractual al no reunir las viviendas las condiciones de aptitud para su finalidad y la solidaridad en estos casos ha sido reiteradamente reclamada por la jurisprudencia, sin perjuicio de que el promotor podrá repetir, en su caso, contra los demás eventualmente responsables.

Abuso de derecho. improcedencia.—El abuso de derecho presupone la utilización de un derecho para satisfacer un interés injusto, no protegido, que implique un uso anormal del derecho, como así se deduce de sentencias como las de 12 de febrero de 1970 y otras (S de 6 de mayo de 1994). Lo único que ha hecho la comunidad recurrida ha sido ejercitar normalmente un derecho que le corresponde según Ley con la lícita finalidad de poner término a una transgresión jurídica, sin que ello pugne en modo alguno con exigencias éticas ni con la buena fe, y en tal concepto puede decirse con el antiguo aforismo que el que usa de su derecho no daña a nadie (S de 20 de junio de 1996). (**STS de 6 de mayo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del conjunto inmobiliario *Nova Icaria* núm. 2 de la Villa Olímpica de Barcelona interpuso demanda judicial en la que reclamó la condena solidaria de los arquitectos don M. S. G. F., don J. U. B. y doña M. P. V. U., los arquitectos técnicos don J. G. D. y don M. R. E., y la promotora-constructora *Nova Icaria*, S. A., a realizar las obras de reparación de los defectos constructivos aparecidos en tres edificios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barcelona dictó sentencia el día 20 de octubre de 1997 en que estimó la demanda. Los demandados recurrieron en apelación. La Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 30 de marzo de 1998, en la que estimó en parte el recurso. La sentencia condenó a la promotora-constructora *Nova Icaria*, S. A., y a los arquitectos de la obra «por la falta de protección entre la escalera y los parámetros traslúcidos», entre otras deficiencias, y a don M. R. E. por la totalidad de las deficiencias, a excepción de las provenientes de humedades; y absolvió al otro arquitecto técnico don J. G. D. *Nova Icaria*, S. A., recurrió en casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

31. Responsabilidad contractual médica: medicina preventiva o voluntaria: ligadura de trompas con graves secuelas: falta de examen preoperatorio.—Se declara la responsabilidad del cirujano y del anestesista porque a la paciente no le fue efectuado el imprescindible control médico-analítico-radiológico, esto es, el examen preoperatorio habitual que hubiese alertado sobre la posibilidad de paro cardio-respiratorio que se produjo en la fase postoperatoria, con las gravísimas e irreversibles consecuencias que para la afectada ha tenido tal suceso en su vida posterior. En consecuencia, no se imputa una incorrecta actuación en la práctica de la intervención, sino en el imprescindible control previo; no hay una mala praxis médica sino ausencia del examen preoperatorio.

Responsabilidad de la clínica privada en donde se realiza la intervención.—Las sentencias de instancia la establecen por no impedir la realización de la operación de autos en sus instalaciones sin que previamente se hubiesen realizado las pruebas a la demandante, quedando acreditado ese nexo causal entre la falta de pruebas preoperatorias y las consecuencias sufridas tras la operación. No se exige a la clínica privada la comprobación de dichos exámenes previos, ni tampoco se le condena por carecer de una unidad de vigilancia intensiva, sino que se le imputa una omisión causante de un daño, consistente en la pasividad ante una actuación médica sin unos imprescindidos.

bles exámenes; entender otra cosa sería tanto como consagrar una abstención ante situaciones que podrían ser fatales. (**STS de 12 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—En un corto período de tiempo no determinado entre el final de la operación y la instalación en la sala de reanimación, la paciente sufrió una bajada de la frecuencia del pulso que obligó al anestesista a colocarle una mascarilla de oxígeno y a la intubación orotraqueal, ordenando el ingreso en otra clínica, que sí disponía de UVI, habiendo quedado con secuelas permanentes e incapacidad permanente absoluta en grado de gran invalidez.

NOTA.—Parece clara la responsabilidad contractual del cirujano y del anestesista por no haber realizado el habitual examen preoperatorio que hubiera alertado sobre la posibilidad de un paro cardiorespiratorio de la intervenida. Alguna dificultad presenta fijar la responsabilidad de la clínica privada en cuyas instalaciones se efectuó la ligadura de trompas. Parece que el Tribunal Supremo se contenta con exigir a los médicos una manifestación de haberlo efectuado, quedando constancia de ella en el protocolo de la operada. Cabe esperar que semejante *pasividad*, como lo califica la sentencia, no vuelva a producirse en la actuación de la clínica.

La sentencia en el FD 2.º (Ponente: O'Callaghan) hace interesantes consideraciones sobre el contrato atípico de hospitalización, ratificando la doctrina de la STS de 11 noviembre 1991, si bien niega que en el caso concreto exista tal contrato. (G. G. C.)

32. Notificación de la cesión de crédito.—El artículo 347.2 CCO dispone que el deudor sólo queda obligado con el nuevo acreedor cuando la cesión se le haya notificado y que desde que esta notificación tenga lugar sólo se reputará como pago legítimo el realizado al cesionario. La notificación de la cesión sólo tiene como alcance obligar al deudor con el nuevo acreedor. Por este motivo, si el deudor pagase al acreedor originario antes de tener conocimiento de la cesión, quedaría liberado de pagar la deuda reclamada por el cesionario (art. 1527 CC). Respecto los requisitos de la comunicación, aplicando de forma analógica el artículo 279 LEC (que hace referencia a las notificaciones procesales), se pueden considerar válidas aquellas notificaciones de cesión de crédito que sean irregulares, siempre que la persona notificada las hubiera conocido, ya que desde ese momento tiene plenos conocimientos de la existencia de la transferencia del crédito.

Diferencias entre la fianza solidaria a primer requerimiento y la garantía a primer requerimiento.—La fianza solidaria a primer requerimiento presenta como característica esencial la accesoriad, que supone que el fiador podrá exigir posteriormente del beneficiario la restitución de lo que hubiera pagado como deuda indebida. En cambio, en la garantía a primer requerimiento la accesoriad no es esencial, esto es, la obligación de garantía es independiente de la deuda garantizada. Esta independencia provoca que el garante no pueda oponer al beneficiario las excepciones que podría esgrimir al deudor principal y que el garante que paga siempre paga bien. La función de la garantía a primer requerimiento no es garantizar el cumplimiento de la obligación principal, sino asegurar la indemnidad del beneficiario cuando ocurra el supuesto previsto en la garantía. No obstante, conforme

al principio de buena fe, se permite que el garante se libere si prueba que el deudor principal ha pagado, de modo que se produce una inversión de la carga de la prueba. La garantía a primer requerimiento es admitida por la doctrina jurisprudencial, ya que surge de la voluntad de las partes conforme al artículo 1255 CC. Sin embargo, su especialidad no la separa por completo del contrato de fianza, sino que es una modalidad compatible con el tipo contractual fideusorio, porque junto a su función garantizadora se intensifica la seguridad del cobro de la deuda por el beneficiario-acredor.

Preferencia de la interpretación literal.—Conforme a reiterada jurisprudencia, la interpretación literal tiene un rango prioritario y preferencial, de tal manera que si los términos de una relación jurídica son claros y no dejan lugar a dudas sobre la verdadera voluntad de los contratantes, no se pueden usar las otras reglas hermenéuticas, que funcionan, por tanto, con carácter subsidiario a la interpretación literal.

Concepto del contrato de factoring sin recurso o factoring propio.—El contrato de *factoring* sin recurso comprende los mismos servicios que el contrato de *factoring* con recurso, a los cuales se le añade un servicio de garantía, que supone un traslado del riesgo de insolvencia al factor, de modo que si el deudor resulta insolvente, será el factor cesionario quien asumirá esta carga. No forma parte de esta relación el deudor cedido, quien sólo verá modificado la persona del acreedor. Se trata de una relación contractual que carece de regulación específica, aunque a ella se refiere la Ley de 14 de abril de 1994 sobre adaptación de la legislación española en materia de entidad de crédito a la segunda Directiva comunitaria de coordinación bancaria, el Real Decreto de 26 de abril de 1996 sobre régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, y de forma más detallada la Ley de 5 de enero de 1999, de Entidades de Capital, que en su DA 3.^a, titulada régimen de determinadas cesiones de crédito, intenta potenciar la actividad financiera denominada *factoring*.

Efectos del contrato de factoring.—Según la STS de 11 de febrero de 2003, todas las cesiones de crédito realizadas a través de este contrato tienen plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos. En este sentido, se debe conectar el artículo 1528 CC con el artículo 1212 CC, en cuanto autoriza que el crédito transferido lo sea con los accesorios y privilegios que nacen o derivan de la causa del crédito o del título formal en que consta, excepto los que sean de naturaleza personal. (**STS de 28 de mayo de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Mercazauto, S. A.* celebró un contrato de distribución de productos del ramo del automóvil con la empresa *Ford España, S. A.* Este contrato fue garantizado con un aval del señor N. C. R. y la sociedad *Comercial Cartie, S. A.*, quienes renunciaban a los beneficios de división y excusión y se obligaban solidariamente entre sí y con el concesionario al cumplimiento de todas las obligaciones de pago derivadas del contrato de concesión antes citado, y se comprometían al pago inmediato a primer requerimiento de *Ford España, S. A.* Posteriormente, esta última sociedad celebró un contrato de *factoring* sin recurso con la empresa *Ford Credit Europe PLC-Sucursal en España*, en virtud del cual la primera cedía a la segunda todos los créditos presentes y futuros derivados de la venta de recambios y accesorios, incluyendo esta cesión todos los derechos, acciones, garantías y privilegios, ya fue-

sen contra los deudores, contra terceros, garantes y fiadores. Conforme al contrato de *factoring*, *Ford España* se comprometía a notificar a cada uno de sus deudores la cesión de los créditos a *Ford Credit Europe PLC*. Sin embargo, esta notificación fue realizada por *Ford Credit Europe PLC* a *Mercazauto* a través de dos actas notariales. *Ford Credit Europe PLC* interpuso demanda contra la empresa concesionaria y los dos avalistas, en la cual reclamaba el pago de la deuda de *Mercazauto*. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, resolución contra la cual se interpuso recurso de apelación por los demandados. La Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó dicho recurso. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara que no ha lugar, ya que la empresa concesionaria fue notificada de la cesión del crédito a *Ford Credit Europe PLC* y que los avalistas lo eran en virtud de una fianza solidaria a primer requerimiento, que se había transmitido junto con el crédito.

NOTA.—En este caso, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Zaragoza interpretaron, correctamente, que el contrato suscrito por los recurrentes en casación era una fianza que incluía una cláusula de pago a primer requerimiento y no una garantía a primer requerimiento o contrato autónomo de garantía. A esta interpretación se opusieron los avalistas, quienes entendían que se trataba de un contrato autónomo que no se había transmitido junto con el crédito a la empresa cesionaria. Esta sentencia es un reflejo de la discusión que se ha generado en torno a las cláusulas de «pago a primer requerimiento», que se centra en determinar si esta estipulación convierte cualquier contrato que la contenga en un contrato autónomo de garantía. La jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por considerar incompatible el contrato de fianza con la cláusula de pago a primer requerimiento [véase, por ejemplo, la STS de 21 de julio de 2001 (RJ 2001, 5159) o la STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8584)]. Sin embargo, la doctrina se ha manifestado de forma contraria a esta opinión y es que, como declara Francisco José Infante Ruiz, «repetimos una idea básica y que debe ser retenida: “la cláusula de pago a primer requerimiento no quita a la fianza el carácter de accesoria”, no es esencial para configurarla como independiente» (Francisco José INFANTE RUIZ, «Valor de la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera demanda. Comentario a la sentencia del TS de 3 de mayo de 1999», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000, p. 163. Véase también Ángel CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 17 de febrero de 2000», *CCJC*, núm. 54, octubre-diciembre 2000, pp. 987-998). En este sentido, la compatibilidad de la fianza con la cláusula de pago a primera demanda ha sido admitida excepcionalmente por el Tribunal Supremo [STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7464) y STS de 15 de abril de 1991 (RJ 1991, 2693)], quien también la admite en la sentencia objeto de estudio. (Véase un comentario a esta sentencia en Miguel Ángel ADÁMEZ MARTÍNEZ, «Comentario a la STS de 28 de mayo de 2004», *CCJC*, núm. 68, mayo/agosto 2005, pp. 621-635). (M. V. V.)

33. Fianza. Cofianza solidaria: subrogación del fiador que paga y acción de regreso contra los cofiadores (limitada esta última acción a la parte correspondiente al resto de los cofiadores).—Establecida la solidaridad en la cofianza, el fiador que paga no sólo posee la acción de regreso contra el deudor y cofiadores solidarios (art. 1145 CC), sin que a ello sea óbice que al dirigirse contra los demás cofiadores tenga que eliminar de la reclamación la parte de la deuda que le corresponda en la obligación, pues precisamente el artículo 1210.3.º CC ya prevé este efecto (confusión parcial en la titularidad acreedora y deudora), y que no puede exigirse de los mismos sino su parte y no el todo de cualquiera de ellos como acreedor. La solidaridad es un carácter de la obligación que afecta a la relación externa del grupo de deudores frente al acreedor o grupo de acreedores, pero no borra la fragmentación de la obligación en las relaciones internas entre los primeros. En suma, la acción del artículo 1844 CC no elimina la subrogación. Pero el mejor derecho del fiador que hubiese abonado el crédito sólo puede predicarse del derecho que realmente tenga, es decir, de la parte correspondiente contra el resto de los fiadores, ya que no tiene el derecho al reintegro de la totalidad de lo abonado a cargo de estos últimos. (**STS de 11 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora (dos personas físicas) solicitaba el mejor derecho a cobrar su crédito, derivado del préstamo de *Caja Rioja* a la entidad *Embutidos Riojanos, S. A.*, que los demandantes habían abonado y en el que se subrogaron en la cuantía de 14.701.302 pesetas; todo ello, con prioridad a *Caja Madrid* ejecutante en otro procedimiento sobre los bienes de la citada sociedad de embutidos, de don M. C. H. y de uno de los actores. También, este último realizó otro tipo de pedimentos en la demanda que fueron desestimados y que son intrascendentes.

El Juzgado declaró la preferencia y el mejor derecho de los actores a cobrar la cantidad de 7.350.651 pesetas del crédito derivado del préstamo de *Caja Rioja*, con prioridad a *Caja Madrid*. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación formulado por los demandantes. (*I. D. L.*)

34. Efectos de la sentencia penal respecto del posterior proceso civil seguido sobre el mismo hecho.—Sobre la vinculación de los órganos jurisdiccionales civiles a las sentencias recaídas en un proceso penal previo, existe una consolidada jurisprudencia de esta Sala recogida, entre otras, en la S de 16 de octubre de 2000, según la cual: «es indudable que no se da infracción de los preceptos constitucionales citados, ya que aunque sobre el mismo hecho se hayan seguido juicios en la jurisdicción penal y social, no empece a que se pueda ejercitar la acción civil indemnizatoria contra los que se entienda responsables civiles del siniestro. Por una parte porque de acuerdo con jurisprudencia reiteradísima las sentencias absolutorias dictadas en procedimiento penal por imprudencia, no empece a que se pueda entablar la correspondiente acción civil por culpa extracontractual porque ésta tiene un radio de aplicación más amplio que la penal, por lo que hechos culposos que pueden dar lugar a la primera, en cambio no pueden estar comprendidos en la segunda, habida cuenta su carácter más restrictivo debido a su naturaleza

punitiva, y en atención a lo dicho ya en las sentencias de esta Sala, en particular la de 10 de marzo de 1992, se sostiene que en un mismo hecho puede ofrecer aspectos y valoraciones jurídicas distintas, unos de orden penal, otros de orden estrictamente civil, que determinan la falta de identidad de causa de pedir en las respectivas jurisdicciones, excluyentes de la aplicación del artículo 1252 CC; estando reconocido, por otra parte, el alcance de la prejucicialidad positiva de la sentencia penal previa sobre la civil, en el sentido de que manteniendo el principio de que la sentencia penal no produce excepción de cosa juzgada en el proceso civil, salvo en aquellas declaraciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo de delito, que se refiere y castiga (S de 10 de diciembre de 1992), o cuando establece la no existencia del hecho, o cuando se declara expresamente que una persona determinada no ha sido autor del hecho (S de 28 de noviembre de 1992), supuestos que no se dan en el caso de autos». Esta última S de 28 de noviembre de 1992, siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta, añade que «la expresada doctrina no es aplicable cuando la sentencia penal, admitiendo la existencia del hecho y sin excluir categóricamente la posibilidad de que una persona haya podido ser la autora del mismo, declara que no existen en el proceso las pruebas concluyentes, categóricas e inequívocas de la referida autoría, que permitan pronunciar una condena penal contra ella, por lo que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, hoy constitucionalizado por el de «presunción de inocencia» (art. 24 de nuestra Carta Magna), ha de inclinarse por la absolución del mismo, en cuyo supuesto queda abierto, sin efecto vinculante alguno, la posibilidad de que ante esta jurisdicción pueda ejercitarse, exclusivamente, como es obvio, la acción civil correspondiente contra la misma persona y probarse en ella que dicha persona fue el autor de los hechos, que indudablemente existieron en la vida real y física». **(STS de 17 de mayo de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—La sociedad mercantil *Tirol Bus, S. A.*, entregó un autocar a don J. M.^a B. C. en comodato, para que éste pudiera continuar prestando los servicios que hasta entonces realizaba, ante la avería sufrida por el autocar de su propiedad. En fecha 15 de noviembre de 1991, don J. M.^a tuvo un accidente con el vehículo prestado, teniendo éste que ser desguazado. A raíz del accidente se instruyó juicio de faltas que terminó con sentencia firme absolutoria pronunciada por la Audiencia de Barcelona, con base en el hecho de que no se había desvirtuado la presunción de inocencia de don J. M.^a. Concluido el juicio penal, la sociedad *Tirol Bus, S. A.*, interpuso demanda en reclamación de los daños causados al autocar contra don J. M.^a. Asimismo, éste formuló reconvenCIÓN, en la cual consideraba que su ausencia de culpa ya había quedado definitivamente resuelta en el juicio penal. El Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvenCIÓN. Apelada la sentencia, ésta se confirmó en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Como afirma la presente sentencia, es doctrina reiterada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que las sentencias penales absolutorias dejan imprejuzgada la acción civil y, en consecuencia, no pueden causar eficacia de cosa juzgada en el posterior proceso civil. No obstante, esta afirmación presenta dos excepciones. Por

un lado, cuando la absolución penal proceda por la concurrencia de determinadas eximentes. En este caso, el artículo 119 CP faculta al juez penal, por razones de economía procesal, a que resuelva las posibles responsabilidades civiles, excepto que el perjudicado se haya reservado este derecho para un posterior proceso civil. Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 LECrim, en el supuesto en que el Tribunal penal haya declarado la inexistencia del hecho, este pronunciamiento también vinculará a la jurisdicción civil. En este sentido, cabe afirmar que dentro del concepto de «inexistencia del hecho», debe incluirse el supuesto en que se declare categóricamente en la sentencia penal absolutoria, que una persona no ha intervenido en el hecho objeto de enjuiciamiento (a favor de este criterio, véase Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 64 y 65). Cuestión distinta es en el caso en que el juez penal pronuncie una sentencia absolutoria por considerar que no han existido pruebas concluyentes y categóricas para condenar al procesado. En este supuesto, la jurisdicción civil, como acertadamente afirma la sentencia que se comenta, tendrá plena libertad para enjuiciar el litigio y, en su caso, llegar a la conclusión de que ha existido participación y culpa civil en la persona del demandado. El propio Tribunal Constitucional ha declarado la validez de esta doctrina en la STC 59/1996, de 15 de abril, según la cual un mismo hecho puede ofrecer valoraciones jurídicas distintas, según el orden jurisdiccional que entre a conocerlo, puesto que cada jurisdicción aborda unos mismos hechos pero bajo órbitas distintas. Cierta jurisprudencia minoritaria, como la contemplada en la STS (1.^a) de 12 de abril de 2000 [RJ 2000/2564] parece considerar que también existirá vinculación de la jurisdicción civil cuando el juez penal, una vez examinado el material probatorio, no haya encontrado pruebas inequívocas y concluyentes de la participación del procesado. Dicha interpretación, que se aparta de la línea mayoritaria, parece excesiva (así, Antonio DEL MORAL MARTÍN y Antonio DEL MORAL GARCÍA, *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal*, Granada, Comares, 2002, p. 504 y 505). (A. S. C.)

35. Responsabilidad civil en accidentes laborales: doctrina general.—Hay una doctrina jurisprudencial ya muy reiterada relativa a la responsabilidad civil en accidentes laborales, compatible con las indemnizaciones de esta naturaleza según SSTS de 7 julio de 2000, 28 de noviembre 2001, 26 de abril y 15 julio de 2002, que proclama las posiciones cuasiobjetivas, yendo cada vez más hacia la objetivación pura, en supuestos de responsabilidad derivada de lesiones sufridas durante el desarrollo del trabajo, para adaptar a los tiempos históricos actuales el culpabilismo que se integra en el artículo 1902 CC, despojándolo de una concepción jurídica cerrada, sin dejar de tener en cuenta por completo el juicio de valor sobre la conducta del agente; lo que reitera y matiza la STS de 29 de enero de 2003 al afirmar que puede haber negligencia sin una conducta antijurídica.

Concurrencia de causas: exceso de confianza del trabajador.—Es elocuente la STS de 21 de febrero de 2002 al afirmar que el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones contribuye a los daños sufridos por

los empleados en el ámbito laboral, no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente en que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos. De aquí se desprende que la responsabilidad civil por muerte o lesiones causadas en accidente de trabajo, es imputable al empresario, cuyo nexo causal aparece acreditado, incluso si aparentemente ha cumplido la normativa laboral y administrativa y también aunque haya concurrido el propio trabajador en causa de su propio daño, lo que se valora en el cálculo del *quantum indemnizatorio*.

Secuelas de grave invalidez: descarga de palmeras concertada con empresa de transporte: responsabilidad de la empresa de viveros.—La empresa de viveros realizó un contrato de obra con la empresa de transporte, la cual, a su vez, encomendó al lesionado la tarea de descarga de áboles desde el interior de un contenedor, sin proveerle de encargado para dirigir la maniobra, siendo así que ello está exigido por las notas técnicas de preventión del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, respecto a la ejecución de trabajos con grúa; el conductor del camión que manipulaba los mandos de ésta se asomó para poder observar un tendido eléctrico que dificultaba la operatividad del brazo de la máquina, en cuyo momento cayó una de las palmeras sobre el operario causándole graves lesiones.

Prueba: valor del informe de la Inspección del Trabajo.—No es documento público en el sentido de que su contenido vincule al órgano jurisdiccional; contiene una autorizada opinión o dictamen que es valorado por sí mismo y con los demás elementos de prueba.

Contrato de obra y no subcontrato.—La sentencia de instancia califica de contrato de obra, y no subcontrato, el concertado por la empresa de viveros con la de transportes, haciendo a aquélla igualmente responsable del accidente, sin que ello se impugne adecuadamente.

Responsabilidad de la aseguradora: cláusula de exclusión de riesgos en anexo a la póliza no firmada.—La compañía de seguros de la empresa de viveros niega su legitimación pasiva para responder de los daños del accidente alegando un documento en el que se hace constar que no queda garantizada la responsabilidad personal de los subcontratistas de trabajos; lo que debe rechazarse por tratarse de un supuesto documento que no aparece firmado por las partes, por lo que no se integra en el contrato de seguro. (STS de 11 de marzo de 2004; no ha lugar.) (G. G. C.)

36. Culpa extracontractual: muerte de niño de cuatro años por caída a pozo séptico desprovisto de protección, sito en el interior de edificio en construcción paralizado y de fácil acceso: inexistencia de culpa del menor y de sus padres.—En cuanto a la conducta del propio niño, dada su edad de cuatro años, en modo alguno puede calificarse de culpable ni negligente una acción consistente en entrar en un edificio en construcción pero cuyas obras se encontraban abandonadas, situado en las inmediaciones de otros edificios donde había jóvenes y niños que jugaban por la zona, al que se accedía con suma facilidad por cualquiera de sus innumerables huecos y en cuyo interior había elementos peligrosos por sí mismos, como el pozo séptico en el que cayó el niño y cuya arqueta carecía de tapadera o elemento de protección alguno. Hay que estar a la jurisprudencia reiterada de esta Sala en casos similares, cuyo exponente más reciente es la STS de 26 de marzo de 2004, frente a la cual no cabe oponer, ni siquiera a efectos de concurrencia

de culpas, otras sentencias en casos sensiblemente distintos al tratarse de juegos o travesuras de jóvenes o niños de bastante más edad que la víctima, o en lugares que, por sí mismos, no suponían riesgo alguno. En cuanto a la conducta de los padres del niño, los hechos probados no ofrecen dato alguno que ni siquiera indiciariamente permita calificarla de culpable o negligente, de modo que resulta inaplicable el criterio mantenido en STS de 27 de septiembre de 1993 que declaró probada una conducta negligente imputable a la madre del menor lesionado.

Responsabilidad del Ayuntamiento.—Se declara probado que el estado de abandono del edificio no llegó a conocimiento del Ayuntamiento hasta un año antes del suceso, acordando requerir al promotor-constructor para que retirara de allí una grúa y un montacargas, pero ninguna otra medida pese a la manifiesta peligrosidad que el edificio suponía en las inmediaciones de otros habitados, especialmente para niños y jóvenes, pese a que el edicto reconocía la facilidad de acceso al edificio y la falta de elementos de protección en su interior; al día siguiente de la muerte del niño, el Ayuntamiento procedió a dotar a la edificación de las debidas medidas de seguridad y al cerramiento de todo su perímetro. Se está en presencia de uno más de tantos casos en que un Ayuntamiento no adopta las medidas oportunas hasta que no tiene lugar una desgracia, por más anunciada que ésta fuera, y en los que se le declara responsable como en los casos resueltos por SSTS de 27 de septiembre de 1933, y 16 de julio y 14 de diciembre de 2001.

Exoneración del arquitecto superior.—Es doctrina reiterada de esta Sala que no es función de los arquitectos superiores comprobar el concreto cumplimiento de las medidas de seguridad por el contratista o sus encargados (SSTS de 27 de noviembre de 1993, 27 de junio de 1995 y 11 de junio de 2003), habiendo declarado también que cuando se paraliza una obra incumbe al arquitecto ordenar el cierre de su recinto, pero a partir de entonces queda suspendida su relación contractual con la obra (STS de 27 de octubre de 1997), de modo que la condena del arquitecto responde a una ampliación de los deberes profesionales del mismo tan exagerada que, en la práctica, se traduciría en una automática responsabilidad por cualquier hecho dañoso relacionado con una obra paralizada durante años, pues en buena lógica no se les puede exigir la vigilancia constante y directa de obras paralizadas quizá en poblaciones lejanas de la de residencia del arquitecto. (**STS de 11 de mayo de 2004**; no ha lugar en parte.) (G. G. C.)

37. Culpa extracontractual: lesiones graves causadas por entrada ilícita en finca ajena y en estación transformadora de FECSA situada en su interior: descarga eléctrica con graves lesiones: pérdida de ambas manos: culpa exclusiva de la víctima.—Según reiterada jurisprudencia para que se produzca exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima es necesario que resulte probada la existencia de una acción u omisión imputable a ésta que pueda ser considerada culposa o negligente, y que interfiriendo en el curso normal de los hechos, lo anule (STS de 15 de julio de 2000); y también que la culpa ha de ser el fundamento exclusivo del resultado o tener acusado relieve e intensidad suficiente para absorber toda otra concurrente (STS de 25 septiembre de 1996). En el presente caso tales requisitos se dan, toda vez que el hecho de penetrar sin autorización en una propiedad ajena, donde se ubicaba una fábrica sin uso, por uno de los agujeros de una valla de cierre, con la finalidad de tomar material de desecho y, a conti-

nuación, penetrar en una estación transformadora de electricidad, en la creencia de que estaba también abandonada, constituye también una actividad ilícita, y, además, supone la aceptación de un grave riesgo por el sujeto, habida cuenta de la peligrosidad que entraña el acceso sin control a una edificación de esta clase por una persona desconocedora de las contingencias nocivas inherentes a la misma, y los resultados dañinos acaecidos son atribuibles exclusivamente a la conducta de quién se ha introducido de tal manera en dicho espacio. (STS de 2 de abril de 2004; *ha lugar*.)

HECHOS.—El actor declara ser persona dedicada a recoger material de desecho y con ocasión de penetrar en una fábrica abandonada a través de un agujero practicado en la verja, entra igualmente en un transformador de *FECSA*, abierto y sin indicación de estar en servicio, y al apoyarse en un interruptor sufre una descarga que le causa graves lesiones con pérdida de ambas manos. El Juzgado de Primera Instancia rechaza la reclamación de ochenta millones de las antiguas pesetas contra la empresa eléctrica. La Audiencia Provincial estima parcialmente la apelación y reduce la cuantía de la indemnización a la cuarta parte. El Tribunal Supremo (Pte.: García Varela) estima el recurso de *FECSA* y confirma la absolución del Juzgado. Hay problemas de prueba pues de los hechos sólo hay un testigo, amigo de la víctima, que le acompañó en los hechos. También hay variedad de apreciaciones para calificar la actividad de la víctima.

NOTA.—Sentencia cuyo razonamiento parece convincente, si bien *obiter* da a entender que de haber sido la víctima un niño la solución hubiera sido otra. Parece que objetivamente el Tribunal Supremo contempla algún actuar negligente en la conducta de la empresa eléctrica (que, por cierto, desmanteló el transformador seis meses después del accidente, aunque niega que conociera los hechos). Por otro lado, dedicarse a recoger material de desecho no es, de por sí, una actividad penal ni siquiera ilícita civil; ningún Tribunal condena sin más a los *rebuscadores* urbanos de basura, ni a quienes en las cloacas tratan de descubrir los objetos valiosos que se tragan los sumideros de las ciudades. (G. G. C.)

38. Prueba de la diligencia.—Los servicios de mantenimiento y limpieza cuyo funcionamiento debe ser constante y urgente, no fueron lo suficientemente diligentes en la vigilancia encomendada para poder detectar cuanto antes el vertido. Correspondía a los demandados la prueba de acreditar la inmediatez del vertido y que no había mediado tiempo suficiente para la subsanación del riesgo que representaba el aceite derramado en la carretera, por tener la disponibilidad de tal fuente de prueba al haber asumido los deberes de mantenimiento y vigilancia adecuados y precisos, que aquí se omitieron. Todo ello determina un actuar negligente del encargado y responsable de los servicios de mantenimiento señor V. R. S., conforme al artículo 1902 CC, así como de la empresa concesionaria, por lo dispuesto en el artículo 1903.4.º CC.

Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual.—A la responsabilidad extracontractual cabe anudar, por yuxtaposición y aplica-

ción de los artículos 1101 y 1104 CC, la contractual derivada del contrato de peaje, que alcanza a la entidad aseguradora.

Concurrencia de culpas.—Estamos ante un supuesto de concurrencia de culpas, pues el recurrente también cooperó, con su actuación, a la producción del accidente pues llevaba a cabo la conducción de su vehículo a una velocidad superior a la señalizada para el tramo de curva. Los casos de culpas plurales convergentes determinan que el *quantum* debe atribuirse proporcionalmente en atención a la moderación que autoriza el artículo 1103 CC. (STS de 26 de abril de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El actor (J. S. C.) sufrió un accidente de circulación causado por el derrape de su motocicleta, que fue debido a la existencia de una mancha de aceite en la calzada de un tramo de la autopista. El señor J. S. C. accionó contra el señor V. R. S., contra *Autopistas Concesionaria Española, S. A. (ACESA)* y contra *Catalana Occidente Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros*. El Juez de Primera Instancia apreció la concurrencia de culpas y fijó como porcentajes económicos participativos en la causación de los daños el 30 por 100 a cargo del demandante y el 70 por 100 a cargo de los demandados. La sentencia de apelación apreció la culpa exclusiva de la víctima, pues consideró que éste podría haber sorteado la mancha, que era visible a unos cuarenta metros. Asimismo, declaró la falta de prueba sobre la permanencia del vertido en el tramo de acceso a la autopista, por lo que se mantenía la duda de si había sido inmediatamente precedente al accidente o había tenido lugar en un tiempo muy anterior. El recurso de casación interpuesto por la víctima ha sido estimado. (E. C. V.)

39. La responsabilidad extracontractual en los accidentes ferroviarios.—Tal como ha declarado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, la culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a bienes ajenos (STS de 22 de abril de 1987 o 27 de septiembre de 1993, entre otras). En el caso de los ferrocarriles, es necesario que no se agraven los riesgos que acompañan sus maniobras y tráfico ordinario, que ya de por sí son peligrosos y con resultados dañosos previsibles y evitables. Además, en estos casos, se da la culpa omisiva, que consiste en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar los perjuicios fácilmente previsibles.

La objetivación de la responsabilidad extracontractual.—La jurisprudencia de esta Sala viene siendo cada vez más proclive a una objetivación de la responsabilidad extracontractual, que se consigue a través de diversos medios, como son la inversión de la carga de la prueba, la responsabilidad por el riesgo creado, etc. Sin embargo, en los casos de accidentes ferroviarios no es necesario acudir a estos medios, sino que se puede atender exclusivamente al elemento subjetivo de la responsabilidad y exigir que, para que la conducta del agente pueda ser considerada diligente, no es suficiente con que se hayan adoptado las exigencias impuestas reglamentariamente, sino que también se deben adoptar las medidas de precaución adecuadas para las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (STS de 3 de abril

de 1998 o 25 de marzo de 1996). En este sentido, la persona a quien se atribuya la autoría de los daños está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad u omisión obró con toda prudencia y diligencias precisas para evitarlos, lo cual supone la presunción *iuris tantum* de culpa del agente y una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva.

Concepto y efectos de la concurrencia de causas.—La concurrencia de causas supone que el resultado dañoso se ha producido por las conductas del causante del daño y del propio perjudicado (y en el caso que éste sea menor, por la persona que sea su representante legal). Esta concurrencia tiene como efecto la distribución de la obligación de reparar el daño entre causante y perjudicado, atendiendo a la trascendencia causal de sus respectivas conductas u omisiones. (STS de 26 de marzo de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El niño M. D. P., de ocho años, estaba jugando en la estación de Orense-Empalma mientras su madre, la señora F. P. G. se pensaba que estaba jugando en el portal de su casa desde después de comer. A las ocho horas de la tarde, el niño, que había entrado en las instalaciones de la estación, ya que éstas estaban abiertas y sin vigilancia, se subió a una máquina-grúa que estaba estacionada en una vía muerta. Encima de esta máquina había un cable eléctrico, con el que el niño topó, lo cual le provocó la muerte por electrocución. La señora F. P. G. interpuso demanda contra el vigilante de seguridad, *Red Nacional de los Ferrocarriles españoles (RENFE)*, la empresa *Segur Ibérica, S. A.* (que se encargaba de la vigilancia) y contra la compañía aseguradora. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Orense consideró que existía concurrencia de causas, tanto del propio menor (75 por 100) como de su madre (15 por 100), y absolvio al vigilante de seguridad y condenó a los demás demandados. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Orense, resolución contra la cual se interpuso recurso de casación por la parte actora. El Tribunal Supremo estima el recurso ya que considera que la contribución de la madre al evento dañoso no es superior al 10 por 100 y, además, que no concurre causa por parte del menor, que se comportó como cualquier niño de su edad. (M. V. V.)

40. Origen y requisitos de la solidaridad impropia.—La solidaridad impropia no tiene su origen en la ley o en un pacto expreso o implícito y tiene como fundamento la salvaguarda del interés social, ya que constituye un medio de protección de los perjudicados. Para su aplicación es necesario no sólo que concurra una pluralidad de agentes sino, además, que sea imposible discernir la responsabilidad de cada uno de ellos, o sea, que no sea posible determinar de forma individual y personal las responsabilidades atribuibles a cada uno de los agentes intervenientes. En aquellos casos en que se pueda fijar la cuota de participación de cada uno de los agentes, no será posible acordar la responsabilidad *in solidum*, tal como ha declarado en reiteradas ocasiones esta Sala (SSTS de 4 de marzo de 1998, 19 de abril de 1999, 11 de abril de 2000, 17 de junio de 2002 y 29 de mayo de 2003, entre otras).

El nexo de causalidad en la responsabilidad extracontractual.—El juicio de la causalidad jurídica se visualiza en dos fases. En la primera de

ellas se analiza la causalidad material o física, que es un problema principalmente fáctico, de modo que es ajena a los artículos 1902 y 1903 CC. La segunda fase hace referencia al juicio sobre la eficiencia de la causa física o material para generar el nexo con el resultado dañoso. El Tribunal Supremo ha declarado que es necesario que se demuestre el nexo causal, es decir, el «cómo» y el «porqué» se produjo un accidente son elementos indispensables al examinar la causa de un evento dañoso. Para esta demostración no son suficientes las conjeturas, deducciones o probabilidades. Sin embargo, en determinados casos se admite la posibilidad de que la certeza se resuelva mediante una apreciación de «probabilidad cualificada». Además, para determinar el nexo causal se deben valorar las conductas o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos. Finalmente, se puede considerar como eficiente aquella conducta que, concurriendo con otras, prepara, condiciona o completa la acción de la última causa.

La responsabilidad del propietario de un edificio por su ruina.—Con arreglo al artículo 1907 CC, el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si esta ruina se produce por la falta de las reparaciones necesarias. Este artículo se puede aplicar aunque exista una causa desencadenante de esta ruina, siempre que esta otra causa no fuera la determinante. (STS de 24 de mayo de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La empresa *Construcciones Félix Gómez, S. A.*, realizó la demolición de un edificio situado en Ponferrada, bajo la supervisión del señor A. L. F. y del señor L. B. M., arquitecto y aparejador respectivamente. Alarmados por las grietas que aparecieron en sus habitaciones, los moradores del edificio contiguo al demolido avisaron a los mencionados arquitecto y aparejador, que les dijeron que no existía ningún problema y que el edificio no se derrumbaría. A los pocos días, este edificio se derrumbó, lo que provocó la muerte de dos personas y daños materiales diversos, entre ellos los daños a una finca contigua.

El señor L. S. X. y otros interpusieron demanda contra la empresa constructora y el arquitecto y el aparejador, en la que reclamaban el pago de una indemnización por los daños sufridos (entre ellos, el fallecimiento del esposo de una de las demandantes). La señora A. S. L. interpuso demanda contra el señor M. D. R. y su esposa —que eran los propietarios del edificio derrumbado—, la empresa *Construcciones Félix Gómez, S. A.*, el señor A. L. F. y el señor L. B. M., en la que reclamaba una indemnización por el fallecimiento de su esposo. También el señor A. G. R. y otros interpusieron demanda contra los propietarios del edificio derrumbado, la empresa constructora, el señor A. L. F. y el señor L. B. M., reclamando la indemnización de los daños padecidos. Finalmente, también presentaron demanda contra estas personas el señor A. F. O. y su esposa. Asimismo, la sociedad *Construcciones Félix, S. A.*, interpuso demanda contra el señor M. D. R. y su esposa, y los señores P. F. R., D. C. C. y R. L. A. —constructor, arquitecto y aparejador, respectivamente, del edificio que se derrumbó— en la que reclamaba la indemnización de los daños sufridos. Finalmente, el señor M. D. R. y su esposa interpusieron demanda contra *Cons-*

trucciones Félix Gómez, S. A., el señor A. L. F., el señor L. B. M. y el señor F. G. V., en la que reclamaban los daños padecidos por la ruina del edificio de su propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ponferrada desestimó las demandas interpuestas por el señor L. S. X. y otros y por el señor M. D. R. y su esposa. Este juzgado estimó las demandas presentadas por la señora A. S. L., por el señor A. G. R. y otros, por el señor A. F. O. y su esposa, absolviendo a la empresa constructora, al arquitecto y al aparejador y condenando al señor M. D. R. y su esposa al pago, de forma solidaria, de las indemnizaciones fijadas. También estimó en parte la demanda interpuesta por la empresa *Construcciones Félix Gómez, S. A.*, y absolió a los señores P. F. R., D. C. C. y R. L. A. y condenó a los propietarios del edificio sinistro al pago, en forma solidaria, de la indemnización establecida. A los propietarios del edificio que se derrumbó se les condenó porque se apreció una falta de diligencia en realizar las reparaciones necesarias para evitar la ruina del edificio. A la empresa constructora, al arquitecto y al aparejador se les absolió porque de los hechos no se deducía que hubieran infringido ningún deber específico de su actividad profesional y no existía ninguna prueba que demostrase que hubieran podido prever el desplome del edificio. Finalmente, a los codemandados por la empresa *Construcciones Félix Gómez, S. A.*, se les absolió porque había transcurrido el plazo de diez años desde la construcción del edificio derrumbado.

El señor L. S. X. y otros, el señor A. F. O. y su esposa y el señor M. D. R. y su esposa interpusieron los respectivos recursos de apelación contra esta resolución. La Audiencia Provincial de León revocó parcialmente la resolución del Juzgado de Primera Instancia. En concreto estimó parcialmente la demanda del señor L. S. X. y otros y condenó a los demandados —*Construcciones Félix Gómez, S. A.*, el señor A. L. F. y el señor L. B. M.— al pago del 25 por 100 de las cantidades señaladas. También estimó parcialmente la demanda del señor A. F. O. y su esposa y condenó a los propietarios del edificio derrumbado a que pagaran solidariamente el 75 por 100 de la indemnización que se señala, y que el 25 por 100 restante lo pagaran de forma solidaria el resto de los demandados. También declaró, respecto el resto de demandas, que los propietarios del edificio debían satisfacer el 75 por 100 de las indemnizaciones establecidas y *Construcciones Félix Gómez, S. A.*, el señor A. L. F. y el señor L. B. M., el 25 por 100 restante. Asimismo, redujo la cantidad a recibir por la empresa *Construcciones Félix, S. A.* y, finalmente, absolió a los demandados por el señor M. D. R. y su esposa. La condena de los propietarios del edificio derrumbado se fundamentó en considerar como causa originaria y principal del derrumbamiento del edificio la falta de reparaciones necesarias. En cuanto a la condena de la empresa constructora, el arquitecto y el aparejador se basó en su actuación negligente en el control del trabajo de demolición que estaban realizando y que suponía el control de los edificios colindantes, lo que suponía que se considerase muy probable que este trabajo de demolición fuese la causa desencadenante del derrumbamiento.

Contra esta resolución interpusieron recurso de casación *Construcciones Félix, S. A.*, el señor L. S. X. y otros y el señor M. D. R. y su esposa. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar el recurso interpuesto por el señor M. D. C. y su esposa, así como el recurso interpuesto por el señor L. S. X. y otros. El Tribunal Supremo declara ha lugar el recurso interpuesto por la empresa constructora en cuanto la condena en costas que hace la Audiencia Provincial en su resolución y que supone una *reformatio in peius* de la sentencia de instancia. (M. V. V.)

41. La presunción de culpa en las actividades con resultado dañoso desproporcionado.—Si bien es cierto que la obligación del médico es normalmente de actividad, esto no impide que cuando con esta actividad se produce un resultado dañoso anómalo o desproporcionado se presuma la culpa (SSTS de 13 de diciembre de 1997, 12 de diciembre de 1997 y 19 de febrero de 1998).

El nexo de causalidad en la responsabilidad extracontractual.—Entre el daño y la acción u omisión negligente debe existir necesariamente el nexo de causalidad. Para apreciar la existencia de este nexo, el Tribunal Supremo se basa en la doctrina de la causalidad adecuada o suficiente. En este sentido, se deben adoptar soluciones o criterios que permitan valorar en cada caso si el acto antecedente tiene entidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido y, además, la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad. Finalmente, también es causa eficiente para producir el resultado aquella que, aunque concurre con otras, prepara, condiciona o completa la acción de la causa última.

El caso fortuito.—El caso fortuito supone un hecho realizado sin culpa del agente, de modo que el vínculo de causalidad se produce entre este acontecimiento y el daño, sin que en el nexo intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente. Por tanto, el agente no será responsable si el hecho era imprevisible e inevitable. Sin embargo, en aquellos casos que este acontecimiento sea debido a un incumplimiento del deber de previsibilidad, habrá existido una omisión de la atención y cuidado requeridos de acuerdo con las circunstancias del caso, de modo que no se dará el supuesto de caso fortuito y no se aplicará la excepción prevista en el artículo 1105 CC. (STS de 27 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El señor I. M. Y. fue sometido a una intervención quirúrgica en el *Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante* a causa de una hernia. Esta operación fue realizada por el cirujano señor R. V. C. a cargo del *Servicio Valenciano de Salud*. Después de la intervención, durante la cual el paciente perdió una cantidad abundante de sangre, el señor I. M. Y. fue trasladado a una habitación, donde únicamente recibió el cuidado de una de sus hijas, sin ninguna vigilancia por parte de personal sanitario. A las pocas horas de la finalización de la operación, el señor I. M. Y. sufrió una hipotensión con sudoración y estado de shock, lo que provocó que fuese nuevamente intervenido por el mismo médico, quien apreció un desgarro de la vena femoral. El paciente fue tras-

ladado al Hospital General de Valencia, donde se le diagnosticó una encefalopatía isquémica, y después devuelto al centro donde se le había realizado la intervención. El señor I. M. Y. falleció a los quince días de la intervención. Las hijas del señor I. —las señoras M. J. M. B. y M. C. M. B.—interpusieron demanda contra el médico señor R. V. C., el *Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante* y el *Servicio Valenciano de Salud*. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, resolución que fue revocada por la Audiencia Provincial de Valencia, que estimó parcialmente la demanda y condenó a todos los demandados al pago, solidariamente, de quince millones de pesetas a cada una de las actoras. Los tres demandados interpusieron recurso de casación contra esta resolución. El Tribunal Supremo declara que no han lugar los recursos porque se aprecia el nexo de causalidad entre la conducta negligente del médico —que no realizó un efectivo control postoperatorio— y la muerte del señor I. M. Y. (M. V. V.)

42. Responsabilidad civil médico-hospitalaria: infección de hepatitis C por causa de transfusión: responsabilidad del centro médico.—La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido, en caso de infecciones hospitalarias, la responsabilidad del centro médico que no ha adoptado las precauciones debidas, es decir, la diligencia precisa para evitarlas; así la STS de 18 de febrero de 1997 mantuvo la exclusión de la fuerza mayor y la responsabilidad del centro en caso de infección, por transfusión de sangre, en 1983, de hepatitis conocida como no A no B; la STS de 11 de abril de 2002 también condenó al centro médico por la infección de hepatitis producida tras una serie de transfusiones de sangre; por último la STS de 18 de marzo de 2004 condenó al médico y al centro médico por la infección causada a una joven paciente en el curso de una intervención quirúrgica.

Control de calidad de las transfusiones.—Según SSTS de 1 de julio de 1997 y 18 de marzo de 2004, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad impiden de suyo, o deben impedir, por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio Servicio sanitario en forma extrema de responsabilidad objetiva, cara al usuario.

Prueba: falta de cooperación del demandado.—Es doctrina reiterada que el deber procesal de prueba 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 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 más fácil acceso por su profesión; en el presente caso falta la historia clínica del paciente, lo que evidencia falta de rigurosidad profesional del centro médico.

Yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual: plazo de prescripción.—La jurisprudencia admite una yuxtaposición de res-

ponsabilidades, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, y optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en conflicto que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible. En consecuencia, el plazo de prescripción no es el anual del artículo 1968 CC, sino el quincenal de las acciones personales según el artículo 1964 CC, ya que la relación jurídica médico-hospitalaria deriva de la contractual, a través de Adeslas.

Responsabilidad del médico: exoneración.—En la sentencia de instancia se declara probada la transfusión y la relación de causalidad entre ésta y la hepatitis C; se parte de la realidad del hecho acaecido en el centro médico y de la responsabilidad del mismo, que no informó mínimamente de los riesgos que se daban en la misma. Pero no se imputa la responsabilidad por acto u omisión concreta en relación al médico; en consecuencia, la responsabilidad del centro es indiscutible, pero la del médico no aparece. Debe estimarse el recurso interpuesto por éste por infringirse el artículo 1101 y el artículo 1902 CC. (**STS de 10 de junio de 2004**; no ha lugar en parte.) (G. G. C.)

43. Necesidad de la existencia de causalidad culposa para el nacimiento de la responsabilidad civil médica. Atribución a la actora de la carga de la prueba.—El ejercicio de la medicina implica una obligación de medios, que no son otros que poner los más adecuados para la sanidad del enfermo, pero no de resultado —SS, entre otras muchas, de 3 de marzo y 12 de junio de 2001, 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y 10 de abril de 2003—. Debe desconectarse por ello toda responsabilidad más o menos objetiva, pues requiere una causalidad culposa —SS de 6 de noviembre de 1990, 8 de octubre de 1992, 2 de febrero y 23 de marzo de 1993, 29 de marzo de 1994, 16 de febrero de 1995 y 27 de febrero de 1997, entre otras muchas—. Más recientemente, aún pueden aducirse las de 27 de septiembre de 2001, 25 de junio de 2002, 7 de abril y 22 de octubre de 2003 y 30 de enero y 10 de febrero de 2004.

La sentencia que cita el motivo, de 2 de diciembre de 1996, resulta excepcional, porque se refiere a supuestos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes a facilitar su producción, lo que no es el caso y, otro tanto acontece con la S 108/1997, de 18 de febrero, que hace referencia a un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual, según la reglas de la experiencia y sentido común, revela la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y circunstancias de tiempo y lugar. Tales sentencias hacen referencia, además, a una hemorragia intensa atendida tardíamente y a transmisión del virus del sida. Esta jurisprudencia no puede alegarse para el caso de autos, en que rige la carga de la prueba a la ahora recurrente en casación. (**STS de 25 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 16 de noviembre de 1989, doña C. V. S. acudió a consultas externas de neurocirugía en el Hospital de Cruces para analizar el alcance de una tumoración lumbar L4-L5 que le había sido diagnosticada, así como el posterior tratamiento quirúrgico a seguir. En dicho hospital se practicó a la paciente un TAC lumbar cuyo resultado determinó la efectiva existencia de una

tumoración lateral izquierda. Ante el mencionado diagnóstico, doña C. quedó ingresada en el preoperatorio, siéndole practicadas distintas pruebas con resultados normales. El día 1 de diciembre de 1989 tuvo lugar el acto quirúrgico de exéresis tumoral radical realizándose la operación sin complicaciones. Sin embargo, en el período postoperatorio, la paciente presentó una depresión respiratoria seguida de tetraplejia, así como una serie de complicaciones cardíacas, renales y pulmonares que determinaron su fallecimiento el día 29 de diciembre de 1989. A raíz de este resultado don J. M.^a R. S. y don J. M.^a y doña B. R. V., esposo e hijos de la fallecida, respectivamente, interpusieron demanda sobre responsabilidad médica contra los dos neurocirujanos, el anestesista y la auxiliar técnica sanitaria que habían participado en la operación, así como el *Servicio Vasco de Salud*. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao. Apelada la sentencia, ésta fue íntegramente confirmada por la Audiencia de Vizcaya. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

44. Responsabilidad civil. Obligación del profesional sanitario.

Obligación de medios.—La obligación contractual o extracontractual del médico, y más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia.

Responsabilidad del médico. *Lex artis* médica. Concepto.—La actuación de los médicos debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrolle y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional. Y así, se entiende por *lex artis ad hoc* aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

***Lex artis* médica. Carácteres.**—Son notas de la *lex artis ad hoc*: 1) como tal *lex* implica una regla de medición, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales antes casos análogos; 3) técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto a ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesional; 4) el objeto sobre el que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); y 5) corrección de cada acto médico o presupuesto *ad hoc* (STS de 11 de marzo de 1991).

Diligencia exigible al médico. Sistema culpabilístico. Excepciones.—La medida de la culpabilidad no está en la clásica diligencia del buen padre de familia, sino en el cumplimiento de los deberes médicos; no es aplicable la

doctrina jurisprudencial de la responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo; no procediendo tampoco a la presunción de culpabilidad que supone una inversión de la carga de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo por tanto la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que la alega, salvo la existencia de indicios muy cualificados por anormales y los casos de las actuaciones que lleven aparejada una obligación de resultado, como la cirugía estética (STS de 31 de julio de 1996). En el mismo sentido se señala que la regla de la carga de la prueba se excepciona en dos supuestos: 1.º) cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de *locatio operis*; y 2.º) en aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas y probadas por la instancia el daño del paciente o es desproporcionado o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal (STS de 19 de febrero de 1998).

Defensa de consumidores y usuarios y responsabilidad sanitaria.
Ámbito material restringido.—Ciertamente son cada vez más las sentencia de esta Sala que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica u hospitalaria aplican el artículo 28 LGDCU, cuyo apartado 2 hace expresa mención de los «servicios sanitarios», después de que su apartado primero establezca una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva. No obstante, tales sentencias suelen versar sobre casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario (SSTS de 21 de julio de 1997 y 9 de diciembre de 1998); o a consecuencia de transfusiones de sangre (STS de 30 de diciembre de 1999); de fallos en determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención (STS de 22 de noviembre de 1999); o, en fin, de daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención (STS de 29 de junio de 1999). (**STS de 26 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora, madre del menor accidentado al caerse de la bicicleta, demandó a los doctores don J. L. I. y doña E. C. M., que atendieron en un primer momento a su hijo, así como al INSALUD, por entender que la demora en las intervenciones determinaron un resultado más dañoso que el provocado inicialmente por el accidente sufrido, solicitando la indemnización que estimó procedente. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados al abono de una cantidad menor a la pedida por la actora. La Audiencia Provincial de Albacete revocó la sentencia de instancia y absolvió a los demandados de los pedimentos formulados en su contra, al considerar que dichos profesionales no habían incurrido en responsabilidad. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la demandante. (*L. A. G. D.*)

45. Responsabilidad médica. Respeto a la *lex artis medica*. La no detección en una primera asistencia de la dolencia que, a la postre, determina el fallecimiento no implica por sí negligencia ni imprudencia, todas vez que no existían en aquel momento síntomas que la revelaran.—La *lex artis* fue respetada por la doctora demandada, cuya actuación profesional no

fue superficial ni banal, con cuatro exploraciones, examen de rayos y electrocardiograma. Añadiéndose que los medicamentos prescritos no son susceptibles de enmascarar ni agravar una hemorragia interna y concluyéndose que la causa de la muerte (la rotura del aneurisma) sólo pudo ser establecida *a posteriori*, tras la diligencia de autopsia y que el hecho de no haber podido detectarse la primera fase de la misma cuando el interesado acudió al servicio de urgencias, no implica negligencia ni imprudencia médica por no revelarse en aquel momento síntoma alguno que lo hiciese presumir.

Deber de información al paciente de los artículos 10 y 11 de la Ley General de Sanidad. No constituye una infracción del deber de información el hecho de que la misma no se facilitase por escrito, si consta por otros medios que dicha información fue suministrada al paciente.—La omisión de la exigencia de una más minuciosa información, o de que el paciente reconociese con su firma que la misma se le había suministrado, en nada influyó en su posterior e inesperado fallecimiento, que es el hecho que en la demanda se afirma ha ocasionado los daños patrimoniales y el daño moral cuya indemnización se reclama. El hecho de que no quedara constancia escrita de la información no quiere decir que la misma no se haya facilitado y dada la naturaleza de los datos subjetivos y objetivos que suministraron los reconocimientos y pruebas practicados, puede afirmarse que ya que los mismos no revelaban la existencia del aneurisma, en nada podía influir la observancia de un mayor rigor formal en la información facilitada al paciente en el desarrollo de los acontecimientos posteriores y en las decisiones a adoptar por aquel. (STS de 27 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. F. S., don C. B. F. y doña S. B. F. demandaron a la doctora doña A. R. M. y a la mutualidad M. P., solicitando la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a aquéllos por el fallecimiento de don J. B. F., esposo y padre de los actores, debido a que cuando acudió al servicio de urgencia de la Mutua, la doctora demandada, en consideración a los continuos dolores abdominales que el paciente soportaba y ante la carencia de utensilios e instrumental adecuado, no acordó su ingreso en un centro dotado de los medios suficientes, sino que le recetó medicamentos ineficaces y le dio el alta. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda planteada. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación interpuesto por los actores y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los demandantes. (L. A. G. D.)

46. Responsabilidad civil médica. Evolución jurisprudencial en sentido protector de la víctima del hecho dañoso.—La interpretación progresiva del artículo 1902 CC que lo ha adaptado a la realidad social, pasó de la necesidad de la prueba de la culpa, a la inversión de la carga de la prueba y a la creciente objetivación, al aplicar la doctrina del riesgo (la persona que provoca un riesgo que le reporta un beneficio, debe asumir la responsabilidad si causa un daño —STS de 12 de julio de 1999 y 21 de marzo de 2000, entre otras—, yendo a soluciones cuasiobjetivas (se exige un reproche culpabilístico, aunque sea mínimo —STS de 30 de junio de 1998 y 18 de marzo de 1999, entre otras muchas— o llegando a la objetivación (al entender que si se causa un daño, se causa con dolo o culpa, pues de no haberla, no se

habría causado el daño –SSTS de 21 de enero y 9 de octubre de 2000)– (SSTS de 8 de octubre de 1996, 21 de enero y 9 de octubre de 2000 y 24 de enero de 2002).

Responsabilidad del cirujano por secuela no razonablemente explicada.–Se imputa responsabilidad al cirujano por la secuela, no razonablemente explicada, con la que quedó el paciente (SSTS de 31 de enero y 8 de mayo de 2003).

Responsabilidad del odontólogo por secuela no razonablemente explicada.–El odontólogo será responsable de las secuelas que sufra el paciente, cuando éstas no sean razonablemente explicadas (SSTS de 28 de junio de 1999 y 11 de diciembre de 2001).

Responsabilidad del centro médico por hepatitis contraída tras transfusiones de sangre.–El paciente carecía de hepatitis, sufrió transfusiones y apareció la enfermedad, de lo que se deduce, con enlace preciso y directo que la hepatitis tuvo por causa aquellas transfusiones (STS 11 de abril de 2002).

Responsabilidad objetiva por infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquiridas o reactivadas en el medio hospitalario.–Cuando los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone cara al usuario que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva (STS de 1 de julio de 1997).

Responsabilidad objetiva impuesta a los servicios médicos por el artículo 28 LGDCU.–El paciente es consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (arts. 25 y ss.) (SSTS de 9 de diciembre de 1998 y 29 de noviembre de 2002, entre otras muchas).

Datos que han dado lugar a la progresiva evolución de la responsabilidad extracontractual hacia la objetivación.–*a)* un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación; y *b)* la tendencia a maximizar, en lo posible, la cobertura de las consecuencias dañinas de la actividad humana (STS de 25 de septiembre de 1998).

Responsabilidad extracontractual. Presupuestos y desplazamiento de la culpa al nexo causal.–Los tres presupuestos son: 1. la acción u omisión, que es voluntaria y libre y, en tanto productora del daño, antijurídica en cuanto atenta al principio *alterum non laedere*; 2. el daño, que es, a su vez, el objeto de la obligación de reparar; y 3. el nexo causal entre aquella acción y este daño, que se rompe cuando se produce (y se prueba) una acción de tercero o del propio perjudicado o caso fortuito o fuerza mayor.

El tan discutible elemento de la culpabilidad existe en el texto del artículo 1902 CC y en la realidad, lo que ha ido evolucionando es su prueba y se tiende a estimarla inmersa en la acción u omisión, en el sentido de que si ésta, con nexo causal, produce un daño, necesariamente la culpa se halla en la acción u omisión pues, a no ser que medie dolo, no se habría producido daño de no haber culpa; es decir, se da un desplazamiento de la culpa al nexo causal (STS de 29 de junio de 2001). (**STS de 18 de marzo de 2004;** ha lugar.)

HECHOS.–Una joven de veintinueve años fue operada por un cirujano de una hernia discal en un centro médico privado. Tras la

operación y debido a los fuertes dolores que sufría, fue intervenida de nuevo, apreciándose una discitis (infección) en el espacio intervertebral afectado. Después de esta segunda intervención, fue ingresada en otro hospital donde se le atendió y dio de alta. Todo ello desembocó en un grado de minusvalía en la joven del 50 por 100. Quedó demostrado que la discitis o infección de la columna vertebral tuvo su origen en unos gérmenes inoculados directamente en el foco de forma yatrogénica, durante la primera intervención quirúrgica realizada. La joven demandó al cirujano y al centro médico privado donde se le practicaron las dos operaciones quirúrgicas, para que le pagaran, solidariamente, veinte millones de pesetas por responsabilidad civil extracontractual.

El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso planteado por la actora y condena solidariamente a los demandados, a abonar a la recurrente 120.202 euros, con los intereses legales desde la interposición de la demanda. (I. D. L.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

47. Justo título en la usucapación ordinaria.—Debe existir perfecta identidad entre el bien poseído que se pretende usucapir y el que consta en el justo título necesario para la prescripción adquisitiva (STS 3 de julio de 1981, 28 de noviembre de 1983 y 7 de febrero de 1985, entre otras). El justo título debe ser además verdadero y válido como se desprende de los artículos 1952 y 1953 CC. La escritura de división de un finca no puede constituir justo título para usucapir en la medida en que con dicho título nada se transmite. Por otra parte, también es necesaria la posesión en concepto de dueño que supone un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es un mero detentador. Por tanto, no es suficiente la intención de poseer en concepto de dueño. Tampoco existe ningún precepto por el cual se presuma la mentada posesión (STS de 4 de julio de 1963).

Aportación no dineraria a una sociedad anónima.—El viejo artículo 31 de la Ley de 17 de julio de 1951 así como el actual artículo 39.1 de la vigente LSA exigen para adquirir la condición de socio, que en la aportación de bienes inmuebles el aportante realice: 1) la efectiva entrega del bien y 2) en su caso, el saneamiento de bien aportado tal y como establece la normativa del Código civil. (**STS de 14 de mayo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. R. G., propietaria de una finca rústica, procedió a dividirla en dos parcelas con idéntica extensión, convirtiéndose así en dos fincas independientes con autonomía registral. Una de ellas la aportó a la entidad *Tomás H-Agero, S. A.* (sociedad demandante) y la otra a *El Gorronal, S. A.* (demandada). Al vender la actora la precitada finca y proceder a la medición correspondiente de su extensión, se percató de que la superficie era inferior a la que constaba en la escritura de división que en su momento realizó doña C. R. G. Así las cosas, la sociedad demandante (*Tomás H-Agero, S. A.*) ejercita acción reivindicatoria contra la otra mercantil

(*El Gorronal, S. A.*) al considerar que la demandada detentaba indebidamente parte de la superficie de la finca de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en su totalidad. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Cáceres la revoca acogiendo todos los pedimentos solicitados por los recurrentes. Interpuesto recurso de casación por la demandada, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (J. D. S. C.)

48. Transmisión del dominio sobre un inmueble.—En virtud de la teoría del título y el modo, para adquirir el dominio no es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que es precisa la concurrencia de la tradición (arts. 609 y 1095 CC). La jurisprudencia viene reiterando que la formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental y no acredita por sí solo la efectiva transmisión patrimonial (STS de 21 de marzo y 14 de julio de 1998, 9 de octubre de 2001, 14 de febrero y 10 de julio de 2002).

Los contratos privados de ventas de pisos no transmiten por sí solos el dominio. El promotor, propietario único, puede rectificar unilateralmente el título constitutivo, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir por incumplimiento de los contratos privados. El adquirente en documento privado sin entrega de posesión, al no ser copropietario, no tiene derecho, ni siquiera posibilidad, de concurrir al otorgamiento de la escritura de constitución o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. (STS de 23 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El problema que se plantea en esta sentencia se refiere a que con posterioridad a los contratos privados de venta de pisos, el promotor del edificio otorgó unilateralmente una escritura pública de rectificación del título constitutivo de propiedad horizontal, añadiendo como finca número 28 un local comercial sito en la planta baja del edificio y reduciendo los coeficientes de participación comunes de las restantes fincas. La comunidad de propietarios interpone demanda, que es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia.

La Audiencia Provincial desestima igualmente el recurso porque: 1) Al tiempo del otorgamiento de dicha escritura de rectificación, el promotor del edificio era el único propietario de todo el inmueble, de suerte que estaba legalmente facultado para realizar en ese momento las rectificaciones que tuviese por convenientes, sin perjuicio de los demás derechos que pudieran conferir a los compradores de pisos los contratos de compraventa instrumentados en documentos privados; 2) En todas las escrituras públicas de compraventa de los pisos se refleja y deja constancia no sólo de la escritura de declaración de obra nueva, sino también de las escrituras de rectificación de aquélla, de manera que todo lo reflejado en las de adquisición fue voluntaria y libremente aceptado por ambas partes contratantes al amparo de lo previsto en el artículo 1255 CC.

Algunos propietarios de los pisos interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima todos y cada uno de estos motivos. En primer lugar, no se han vulnerado los preceptos relati-

vos a la entrega de la cosa vendida porque el vendedor entregó mediante la escritura pública aquello a que se obligó en la misma. Además, no se dan los requisitos para apreciar la existencia de fraude de ley, ya que al ser el promotor el único propietario, goza de la cobertura del ordenamiento jurídico para llevar a cabo la modificación del título constitutivo de la división horizontal. Por último, indica el Tribunal Supremo que en las escrituras públicas de compraventa de los pisos se hace constar como título la escritura redeclaración de obra nueva y constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal. Las escrituras públicas no se limitan a ser meramente confirmatorias de los contratos privados, sino que recogen una novación objetiva introduciendo una modificación derivada de las escrituras de rectificación del título constitutivo, y por los adquirentes no se formuló oposición alguna a la inequívoca referencia a las rectificaciones efectuadas. Es por esto por lo que el Tribunal Supremo desestima el recurso. (S. L. M.)

49. La prescripción adquisitiva.—Sólo cabe la prescripción adquisitiva, fundada en otorgar fijeza y seguridad jurídica a las situaciones de hecho, si éstas no han sido contradichas durante cierto tiempo, en cuyo caso pasan a ser jurídicas en aras a la paz social que el Derecho protege. No se puede usurpar si el derecho no es abandonado por su titular con su no ejercicio, pues de ejercitarlo, se interrumpe la usucapión, de tal forma que ésta lleva insita la prescripción extintiva del derecho del primitivo titular, que deja de serlo por su abandono unido a la adquisición por otro.

La acción declarativa de dominio.—La doctrina y la jurisprudencia consideran incluida la acción declarativa de dominio en el artículo 348 CC. Esta acción, al igual que la reivindicatoria, se destina a la protección del derecho de propiedad, tratando de obtener una mera declaración constatación de la propiedad que no exige que el demandado sea poseedor y le basta con la declaración de que el actor es propietario de la cosa. No se trata de recuperar la posesión. La acción declarativa de dominio no requiere que el demandado sea poseedor, pues dicha acción tiene como finalidad obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo atribuye. (STS de 3 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La finca objeto del litigio fue adquirida por el actor, don E. M. A., y su hermano don Em. M. A. el día 9 de agosto de 1961, en virtud de contrato privado. Aparece inscrita únicamente a nombre de don Em. por compra a don F. V., según escritura pública de fecha 7 de agosto de 1961. En el documento privado referido se hace constar lo siguiente: 1) Que don F. les vende a ambos la finca, pagando el precio antes de firmar la escritura pública; 2) Que la escritura pública se hace a nombre de don Em. por convenio de ambas partes, pero nada podrá hacer uno sin el acuerdo del otro respecto a la finca; 3) Que en caso de que ambas partes no estén de acuerdo en la retención de dicho solar, de común acuerdo pueden proceder a su venta y quedarse con la parte proporcional. Queda probado que la finca estuvo durante un tiempo arrendada, siendo las rentas entregadas indistintamente tanto a don Em.

como a don Em., es decir, ambos disfrutaban de los beneficios de la explotación de la finca. La finca había sido vendida por las demandas y éstas se negaban a compartir con don E. el producto de la venta, pues no lo consideraban condeño de la finca.

Don E. formula demanda contra la esposa viuda de su hermano doña A. V. B. y los hijos del matrimonio de ésta con don Em. M. A., por la que se interesó se dictara sentencia en la que se declarara que el acto es propietario por mitad y en proindiviso de una finca. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y se declaró que don E. es propietario por mitad y proindiviso con don Em. de la citada finca. A la misma conclusión llega la Audiencia Provincial, que declaró que en ejecución de sentencia se proceda a la división por mitad del precio obtenido por las demandadas de la venta de la finca.

Contra dicha sentencia han formulado únicamente recurso de casación la parte demandada, alegando la infracción del artículo 1963 CC, en relación con los artículos 1969 y 1933 CC, así como la infracción del artículo 348 CC y la jurisprudencia relativa a la acción declarativa de dominio. El Tribunal Supremo señala que no se cumplen los requisitos exigidos para la prescripción adquisitiva y que don E. es condeño de la finca, teniendo derecho a la mitad del precio obtenido en la venta de la finca. (S. L. M.)

50. La tercería de dominio.—La finalidad específica de la tercería de dominio es obtener el alzamiento de un embargo que se ha constituido sobre los bienes del tercerista en un proceso de ejecución que se sigue contra otra persona. Tiene por finalidad principal, no ya la recuperación del bien, que de ordinario está poseído por el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo, sustrayendo de un procedimiento de apremio bienes no pertenecientes al patrimonio del apremiado por no ser aquéllos los llamados a responder de las deudas contraídas por el ejecutado.

Para el éxito o fracaso de la pretensión del tercerista resulta determinante identificar la fecha en que se trabó el embargo, ya que ha de ser puesta en relación con la adquisición por el tercerista del derecho embargado. La viabilidad de la pretensión ejercitada mediante la tercería de dominio requiere que la justificación documental del tercerista sea referida a la fecha en que se realizó el embargo causante de la privación posesoria de la propiedad del bien embargado, por ser tal el momento cuando se produce la perturbación. Además, la adquisición del dominio por el tercerista antes del embargo puede constatarse mediante cualquier principio de prueba documental, sin necesidad de la inscripción registral, y producirá efectos siempre que no exista duda respecto a la realidad de la transmisión operada.

La carga de la prueba del derecho sobre el bien embargado que faculta para obtener el almacenamiento del embargo, pesa sobre el tercerista. La demostración de los hechos constitutivos de la pretensión corresponde al demandante, quien deberá acreditar, sin margen de duda, el derecho que invoca, que constituye el presupuesto inexcusable para el éxito de su pretensión con arreglo al artículo 1214 CC.

La traditio.—Los artículos 609 y 1095 CC establecen la necesidad del modo o *traditio* para provocar, con causa en el contrato, la mutación jurídica real, esto es, para hacer dueño a quien compra una cosa mediante contrato

celebrado con quien lo es. Los artículos 1462.I y 1463 CC regulan el cumplimiento de la obligación principal del vendedor, mediante la entrega de la posesión de la cosa con ánimo en el que la da de transmitir la propiedad y con ánimo del que la recibe de adquirirla. Esta transmisión posesoria puede ser real (poniendo la cosa en poder y posesión del comprador) o ficticia (por otros medios espiritualistas pero jurídicamente equivalentes).

Aplicación del artículo 1.227 CC.—El artículo 1227 CC es aplicable cuando el hecho a que se refiere solamente pueda tener demostración por el propio documento, lo que no ocurre cuando existen otros medios de prueba que acreditan la realidad de la fecha que en él aparece, la que puede tenerse por eficaz en juicio cuando se corrobora por otras pruebas practicadas. (STS de 10 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia recurrida en casación desestimó las tercerías de dominio planteadas, en tres demandas acumuladas, por los compradores de otras tantas viviendas que resultaron embargadas, cual si fuesen propiedad de la vendedora, en un juicio ejecutivo seguido contra ésta. Los terceristas habían alegado que ya eran dueños de los inmuebles comprados cuando el embargo se constituyó. Puesto que la compraventa en el Código civil no genera, por sí sola, transmisión de propiedad y ha de ir acompañada de *traditio* para que el cambio jurídico real se produzca, los terceristas afirmaron que, aunque la compra se reflejó en documento privado, la vendedora había puesto las viviendas correspondientes en el poder y posesión de cada uno con anterioridad al día de constitución del embargo. Para probar esto, presentaron una serie de documentos privados que reflejan los actos de entrega de las llaves de las viviendas y que aparecen firmados por cada comprador y por la sociedad vendedora.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron las pretensiones de los terceristas. La sentencia de apelación se recurrió en casación por sólo uno de los terceristas, alegando, entre otras cosas, la infracción de los artículos 609, 1095, 1462 y 1463 CC, por un lado, y del artículo 1227 CC, por otro. (S. L. M.)

51. Comunidad de bienes: división de la cosa común.—El carácter divisible o no de la cosa común no es un hecho, sino un concepto valorativo deducible de unos hechos que depende no sólo de su indivisibilidad real, sino también de su indivisibilidad jurídica, que existirá cuando, tras la división, la cosa resultase inservible para su uso, se produjera un desmerecimiento anormal o se causase un gasto considerable (SSTS de 11 de junio de 1976, 23 de noviembre de 1932, 7 de marzo de 1985, 17 de marzo de 1991, 13 de julio de 1996). Declarada la indivisibilidad y en ausencia de un pacto sobre su atribución, es conforme a las reglas del artículo 400 y ss. CC, la disolución de la comunidad mediante la venta en subasta pública de la cosa común y la distribución del precio obtenido entre las partes (STS de 10 de febrero de 1997). La determinación de dicha divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común o su desmerecimiento por la división material es una cuestión de hecho y, por lo tanto, de exclusiva apreciación por la Sala de instancia (SSTS de 9 de febrero y 6 de junio de 1983, 10 de diciembre de 1985, 17 de

abril de 1986, 28 de noviembre de 1992, 30 de julio y 22 de marzo de 1999). (STS de 12 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. D. V. S., don A. J. S. L. y don A. S. G. O. son dueños proindiviso de una finca. Los dos primeros tienen un coeficiente de participación del veinticinco por ciento y el último, el restante setenta y cinco por ciento. Los dos primeros interponen demanda contra el tercero sobre división de la cosa común y sostienen que dadas las características de la finca (divisible) procede la venta en subasta pública.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Los codemandantes interponen recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estima, revocando la resolución recurrida y acordando la venta de la finca en subasta pública. El Tribunal Supremo declara en casación no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado. (S. E. M.)

52. Enclaves de propiedad privada en dominio público marítimo terrestre.—La conversión obligatoria en un derecho temporal de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo terrestre sin pago de canon alguno para los titulares de espacios enclavados en el mismo, anterior a la Ley de Costas, establecida en su DT 1.^a1, apartado 1, es una expropiación por razón de utilidad pública en que es la Ley misma la que fija el *quantum* de la indemnización. Este hecho no es inconstitucional, dada la singularidad de esas propiedades y la posibilidad de que los afectados, en aras del principio de tutela judicial efectiva, puedan impugnar el acto administrativo expropiatorio de conversión de su título dominical en título concesional ante la jurisdicción competente.

La STC 149/1991, de 4 de julio, ha afirmado que la eliminación de titularidades privadas respecto a terrenos en el dominio público sobre la ribera del mar no es una actuación arbitraria o carente de justificación, por cuanto es la forma más simple y directa de poner en práctica una decisión ya adoptada por la Constitución misma.

Derechos de los particulares en zona de dominio público marítimo terrestre.—El artículo 8 LC los transforma en concesión de un derecho de ocupación y aprovechamiento temporal. Se cubren así los casos no contemplados en el apartado 1 de la DT 1.^a de la ley citada, referido únicamente a los terrenos cuya titularidad privada fue declarada por sentencia firme y, por tanto, tras un litigio con la Administración. Con el artículo 8 LC se protege adecuadamente a aquellos particulares que adquirieron del Estado y cuyo título éste no discutía, por lo que no hubo litigio alguno, ni sentencia firme.

Bienes de dominio público marítimo terrestre situados en zona administrativamente deslindada y Registro de la Propiedad.—El Tribunal Supremo, en las SS de 4 de julio de 1985, 22 de julio de 1986 y 1 de julio de 1999 ha declarado que estos bienes son inalienables, imprescriptibles y ajenos a las garantías del Registro de la Propiedad, que no necesitan, precisamente, por su condición demanial. Por tanto, la inscripción que tenga un particular no puede afectar al Estado y no opera el principio de legitimación registral que consagra el artículo 38 LH, sino la realidad extraregistral autenticada por el deslinde administrativo.

Excepciones al dominio público.—Son dos: la que sea resultado de un derecho inmemorial adquirido con anterioridad a la disposición legal que les confiera tal carácter, como acaece en el supuesto de determinados enclaves en la zona marítimo terrestre; y la de haberse operado la desafectación por un acto de soberanía. (STS de 5 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Las recurrentes en casación exigen la declaración de propiedad sobre la finca objeto del litigio, así como la de estar al margen del deslinde aprobado por Orden Ministerial el 15 de julio de 1991 y, por tanto, al margen de la aplicación de las previsiones de la Ley de Costas, pretendiendo la conservación de la titularidad dominical adquirida con anterioridad a la promulgación de la Constitución.

En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, en el sentido de declarar que las actoras fueron propietarias de las fincas descritas hasta el día en que entró en vigor la Constitución Española. La Audiencia Provincial modificó la sentencia apelada por las demandantes en el sentido de declarar que el inmueble se encuentra en la situación de hecho prevista en la DT 1.^a de la Ley 22/1988, de 28 de julio, a los efectos del derecho de ocupación y aprovechamiento que en ella se contempla. (B. F. G.)

53. Acciones civiles de los particulares frente al deslinde de dominio público marítimo terrestre.—El artículo 14 LC permite ejercer a quienes se crean afectados por el deslinde las acciones civiles dirigidas a obtener una declaración de que las fincas afectadas por el deslinde eran de propiedad privada antes del deslinde. (STS de 9 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Los recurrentes en casación exigen la declaración de propiedad sobre la finca objeto del litigio, así como la de estar al margen del deslinde aprobado por Orden Ministerial el 15 de julio de 1991 y, por tanto, al margen de la aplicación de las previsiones de la Ley de Costas, pretendiendo la conservación de la titularidad dominical adquirida con anterioridad a la promulgación de la Constitución.

NOTA.—Esta sentencia se remite en la mayoría de sus fundamentos a la STS de 5 de marzo de 2004, extractada en este fascículo. (B. F. G.)

54. Propiedad horizontal y transmisión del dominio en la venta de cosa futura.—Un contrato privado de compraventa de un bien inmueble determinado en construcción constituye una compraventa perfecta (art. 1450 CC), pero no transmite el dominio, ya que para que dicha transmisión se produzca es necesario que se lleve a cabo alguna de las formas de tradición previstas en el Código Civil. No puede considerarse copropietario de un edificio y, por ello, sujeto capaz de realizar negocios jurídicos relativos al mismo, el comprador que no ha adquirido el derecho de propiedad, ya que éste tiene el título (contrato), pero no el modo (tradición real o simbólica) (SSTS de 27 de

febrero y 17 de julio de 1987, 24 de enero y 11 de junio de 1994, 30 de marzo de 1999 y 21 de junio de 2002).

La constitución del régimen de propiedad horizontal se rige por el principio de autonomía de la voluntad y por la libre disposición del dominio. Por este motivo, no podrá calificarse como abuso de derecho el establecimiento a través de las normas reguladoras de la propiedad horizontal de determinadas servidumbres o cargas a favor de algún copropietario o de tercero, siempre que dichas limitaciones no puedan ser calificadas como inmorales o antisociales, o no resulten contrarias a normas imperativas e inderogables.

Interpretación de los contratos.—Las reglas sobre interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 constituyen un conjunto complementario y subordinado, de tal manera que si los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, no cabe que entren en juego las restantes normas interpretativas, que tienen un carácter subordinado respecto del tenor literal de los términos del contrato (SSTS de 15 de julio 1986 y 29 de marzo 1994). (**STS de 25 de marzo de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—*Cadirma, S. A. y Construcciones Varmar, S. A.* interponen demanda contra *Muebles de Cocina el Impacto, S. L.*, sobre demolición de construcción. La sociedad demandada formula demanda reconvencional solicitando que se declare la nulidad parcial de los títulos de constitución y modificación de la división horizontal en cuanto a la limitación impuesta en la misma respecto a la de altura de la edificación.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demandada y desestima la reconvenCIÓN. La demandada reconveniente interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estima parcialmente en cuanto a la falta de litisconsorcio pasivo necesario y, entrando a conocer el fondo, confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara en casación no haber lugar al recurso interpuesto por la sociedad demandada. (*S. E. M.*)

55. Propiedad horizontal: reivindicación de titularidad y mantenimiento de los elementos comunes.—Una vez acreditada la existencia de una realidad extrarregional, no procede que prevalezca la presunción de exactitud del Registro de la Propiedad, ya que existe una quiebra de la verdad formal. El principio de legitimación registral que se contiene en el artículo 38 LH en relación con el artículo 34 LH no es absoluto ni imperativo, puesto que el Registro de la Propiedad no puede responder de la exactitud de los actos y circunstancias fácticas, ni de las descripciones de las fincas o incluso de su existencia, por ser inscripciones voluntarias y declarativas (SSTS de 10 de octubre de 1991, 30 de septiembre y 10 de diciembre de 1992, 14 de noviembre de 1994 y 22 de febrero de 1996). (**STS de 9 de marzo de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—*Cine Coliseum, S. L.* es titular de un local que es ocupado por la comunidad de propietarios Villa Sofía que lleva a cabo en él una serie de obras de adaptación para su uso como aparcamiento. Por su parte, *Cine Coliseum, S. L.* realiza obras en el local tanto en el suelo, como en la ventilación y la decoración, y

elimina una rampa de acceso para minusválidos. La citada sociedad formula demanda contra la comunidad de propietarios sobre reivindicación de local comercial y mantenimiento de elementos comunes. La comunidad demandada plantea reconvenCIÓN y solicita que se condene a la demandante a devolver al estado anterior el local objeto de litigio y a la indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demandada y desestima la reconvenCIÓN, condenando a la comunidad a devolver la posesión del local a la actora en las mismas condiciones en que se encontraba antes de ser ocupado. Esta sentencia es recurrida por la demandada y la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, revoca la resolución recurrida y condena a la sociedad actora al mantenimiento de los elementos comunes del local en las condiciones solicitadas por la comunidad. Interpuesto recurso de casación por la sociedad, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (S. E. M.)

56. Viabilidad de un acuerdo sobre la reforma de un patio comunal.—El acuerdo sobre el cerramiento de un patio mancomunado cabe adoptarlo por mayoría cualificada. La jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la validez de este tipo de acuerdos mayoritarios, sin necesidad de su adopción por unanimidad (STS de 31 de marzo de 1995). Esto es así porque la instalación de ese nuevo elemento no va a perjudicar a los intereses de los locales, ya que no se impedirá el acceso a los mismos, que lo tienen por la calle y no por el interior de la zona común, ni la visión de los mismos, ni menos aún la accesibilidad para el público en general. Además, implica un beneficio consistente en una mayor seguridad, deseable tanto para el desarrollo de la vida personal como para la actividad comercial.

Por otro lado, ese acuerdo no va a suponer un quebranto o ataque a un potencial derecho real de servidumbre que pudiera haber sobre ese patio, pues la existencia de tal derecho en nada obsta a la declaración de viabilidad del acuerdo. (STS de 9 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don L. R. E. y la entidad mercantil SANBA interponen demanda contra la comunidad de propietarios Edificio Hércules 1.^a fase y la misma en su 2.^a fase, en la que se insta que se deje sin efecto el acuerdo adoptado por ambas de forma conjunta, en el que se acordó por mayoría cualificada el cerramiento del patio mancomunado, siendo los actores titulares de un derecho real de servidumbre sobre el mismo. Las fases 1.^a y 2.^a del edificio en cuestión constituyen comunidades independientes y se constituyeron en Junta para abordar el cerramiento del patio mancomunado existente entre ambas fincas, por medio de una verja y puerta móvil, con el fin de impedir o dificultar la indebida utilización del patio por extraños, aprobándose por mayoría cualificada. Las entradas a los locales de los actores quedan fuera del cerramiento y los dos tienen un escaparate que recae al interior del recinto que conforma el cerramiento, estando el de SANBA cubierto con rejas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta, si bien la Audiencia Provincial la desestima ya en apelación. Se plantea recurso de casación, donde el Tribunal Supremo entiende

que esa posibilidad de acuerdo por mayoría cualificada está en la línea de la Ley de Propiedad Horizontal y no perjudica al citado derecho real de servidumbre. (*S. L. M.*)

57. Extensión de la hipoteca a las mejoras de la edificación (arts. 109 y 110 LH): delimitación.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo reitera el criterio recogido en la sentencia de la Audiencia Provincial y niega que el derecho real de hipoteca se extienda a una vivienda que ya existía en el momento de constituirse la hipoteca y que no se menciona en la inscripción registral de la finca hipotecada ni en la escritura pública de constitución del derecho de hipoteca. (**STS de 8 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—En julio de 1987 se formalizó escritura pública de préstamo hipotecario por un capital de veinte millones de pesetas entre el *Banco de Crédito Agrícola, S. A.* [sustituido en el proceso judicial por *Caja Postal, S. A.*, (prestamista)] y don J. R. F. M. y don R. J. F. M. (como prestatarios).

Ante el incumplimiento de la obligación de pago del préstamo hipotecario, la entidad de crédito ejecutó la hipoteca, a través del procedimiento judicial del artículo 131 LH.

La entidad acreedora se adjudicó la finca hipotecada en la tercera subasta por un precio de veintiún millones de pesetas. Inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad y tomó posesión de la finca (en la inscripción registral aparece descrita como una casa de 890 m² en la que «hay instalada una fábrica de harinas»; sin embargo, en la realidad física extraregistral, sobre dicha nave industrial existe una vivienda con acceso independiente y que según se deduce de un informe pericial se trata de una edificación independiente con una superficie útil de 185,78 m², de unos 40 años de antigüedad y con un valor en el mercado de 14.681.100 pesetas).

Esta vivienda no aparece descrita en el Registro de la Propiedad ni es mencionada en la escritura pública de préstamo hipotecario, pese a lo cual la adjudicataria de la finca objeto del remate, recibió no sólo la posesión de la nave industrial, sino también la posesión de la citada vivienda.

Con posterioridad a la adjudicación de la finca, la entidad de crédito realiza la liquidación del saldo deudor del préstamo, dando como resultado que los prestatarios adeudan todavía la cantidad de 13.113.822 pesetas.

La entidad *Caja Postal, S. A.*, inicia juicio ejecutivo contra don J. R. F. M. y don R. J. F. M. (prestatarios) reclamando la citada cantidad, pero el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda porque el título presentado por la entidad de crédito carecía de fuerza ejecutiva. Por esta razón, la entidad *Caja Postal, S. A.*, interpone nueva demanda, conforme a las normas del juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don J. R. F. M. y don R. J. F. M., por la que se reclama el pago de la mencionada cantidad de dinero.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia por la que se estima íntegramente la demanda y condena a los demandados a pagar a la parte demandante dicha cantidad de dinero (consideró que la vivienda formaba parte de la finca hipotecada). La Audiencia

Provincial estima el recurso de apelación interpuesto, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda por entender que se había producido un enriquecimiento injusto a favor de la parte demandante y en perjuicio de la parte demandada. 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 y ss. y 681 y ss. de la vigente LEC. (M. J. P. G.)

58. Hipoteca. Ejecución. Procedimiento judicial sumario: satisfacción de la totalidad del crédito del acreedor.—Señala el Tribunal Supremo que, a diferencia de lo que ocurría antes de la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en la actualidad se admite, conforme a lo establecido en el artículo 692.1 LEC, que el acreedor hipotecario pueda obtener la satisfacción de la totalidad de su crédito a través del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: *a)* que el deudor no haya sido declarado en concurso; *b)* que el deudor siga siendo propietario de la finca hipotecada; y *c)* que se paguen previamente los créditos inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la hipoteca. (STS de 15 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Mallotursa, S. A.* constituye hipoteca sobre varias fincas (con distribución de responsabilidad) a favor del *Banco Exterior de España, S. A.*

La entidad bancaria había instado previamente, conforme a lo establecido en el artículo 131 LH en su redacción anterior a la Ley 1/2000, la ejecución de las fincas hipotecadas por el valor total de la deuda (no sólo por la parte de la deuda que estaba garantizada por el derecho real de hipoteca).

No se ha probado que la ejecución hipotecaria no haya bastado para la satisfacción del crédito de la entidad acreedora y tampoco que el valor de la finca hipotecaria fuera insuficiente para cubrir la cantidad total adeudada.

La entidad de crédito *Banco Exterior de España, S. A.* interpone demanda contra la entidad *Mallotursa, S. A.*, en la que solicita se condene a la demandada a pagar determinada cantidad de dinero (255.928.656 pesetas).

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. (M. J. P. G.)

DERECHO DE FAMILIA

59. Capitulaciones matrimoniales: nulidad por fraude a los acreedores: tercería de dominio interpuesta por la esposa.—Resulta claramente

inviable la tercería de dominio interpuesta por la esposa por resultar probado que las capitulaciones matrimoniales otorgadas en 1985, y que no se hicieron valer por la hoy tercerista hasta diez años después, eran pura vaciedad, un mero instrumento formal otorgado por los cónyuges no para su fin propio de liquidar la sociedad de gananciales sino para el manifiestamente ilícito de poder jugar en el futuro la carta de la ganancialidad o de la privatividad según les conviniera y en perjuicio de sus acreedores; la circunstancia de que las capitulaciones fueran anteriores, y no posteriores como suele ser habitual cuando se intenta burlar los derechos de los acreedores, no elimina por sí sola la ilicitud de su otorgamiento sino que en realidad viene a reforzarla al indicar que sus otorgantes eran conscientes del obstáculo que el artículo 1317 CC podía representar para el que perseguían. En este sentido se pronunciaron las SSTS de 25 de febrero y 25 de septiembre de 1999 y 14 de marzo de 2000, estableciendo que el plazo para ejercitarse la acción no es el de cuatro años del artículo 1301, por tratarse de una nulidad radical o absoluta.

Motivación de las sentencias.—El índice de motivación de las sentencias lo marca la expresión de la razón causal de su fallo, y en el presente caso es más que suficiente; no cabe confundir las verdaderas pretensiones de las partes, efectivamente necesitadas de respuesta, con sus alegaciones y, menos todavía, con lo que no serían sino meros argumentos, para los que no es precisa ni exigible una respuesta pormenorizada. (**STS de 10 de marzo de 2004; no ha lugar.**)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Marín Castán) por la claridad del fallo y contundencia de sus argumentos, que viene a desmontar minuciosamente un recurso, calificado reiteradamente de *anómalo*, y en algún caso, con toda razón, *antítesis de lo que debe ser un motivo debidamente formulado*. Notable asimismo la fijación de hechos probados en el FD 2.º, del que resulta con toda claridad que el pacto de separación de bienes tuvo que ver con el futuro *animus fraudandi*, pues careció de cualquier efecto *inter partes* en orden a la liquidación de la sociedad de gananciales, en consecuencia la sinuosa actuación de la tercerista que unas veces invoca el carácter privativo y otras el supuestamente ganancial de la finca embargada. Adviértase que ambas sentencias de instancia rechazaron, de modo concorde, la tercería, lo que ha ratificado el Tribunal Supremo al rechazar el recurso. (G. G. C.)

60. Gananciales: responsabilidad civil nacida de delito: interpretación del artículo 1366 CC.—El artículo 1366 CC se refiere a las obligaciones extracontractuales, concepto amplio en el cual pueden comprenderse las obligaciones nacidas de la condena penal de carácter resarcitorio del daño ocasionado por el delito. La única característica es su naturaleza extracontractual, y sería arbitrario dejar fuera a las que tienen su fuente en la condena penal. Debe ser consecuencia de la actuación de uno de los cónyuges en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, debiendo entenderse que abarca el caso aquí contemplado de una condena penal por imprudencia en el ejercicio de la profesión por el cónyuge deudor. Cumplidas las anteriores condiciones el precepto citado determina que las obligaciones extracontractuales eran de la responsabilidad y cargo de la sociedad de gananciales, es decir, frente al tercero responderá el patrimonio ganancial, y la obligación será pasivo de la misma y sólo se excepciona

de que fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor. (STS de 31 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido, pediatra de una Sociedad de seguros, es condenado en vía penal por imprudencia en el tratamiento de un menor, siendo muy elevada la cuantía de la responsabilidad civil (treinta millones de pesetas por un concepto y ciento cincuenta millones de pesetas por otro), que abona como responsable civil subsidiaria aquélla. En el presente pleito por vía de regreso la Sociedad reclama a ambos cónyuges el pago de las sumas que ha pagado y de las futuras a que puede verse obligada; mientras tanto los cónyuges han procedido a la disolución de la sociedad de gananciales. En el Juzgado de Primera Instancia el marido se allana a la demanda y la sentencia declara que los bienes que conformaban el activo de la extinta sociedad conyugal de los demandados y que se le adjudicaron al esposo están afectos a cubrir la responsabilidad civil derivada del delito cometido por el marido, mientras que se absuelve a la esposa de todas las pretensiones deducidas en su contra. El recurso de apelación se rechaza por la Audiencia Provincial, y la misma suerte corre el recurso de casación.

NOTA.—El supuesto de hecho es importante, no sólo por la cuantía de las indemnizaciones reclamadas por vía de regreso, sino por afectar a la exégesis de un precepto de nuevo cuño cuya interpretación tiene dividida a nuestra doctrina. He recogido las distintas posiciones en la actualización de Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral* V-1, 12.^a ed. (Madrid 1994) p. 473 y s. *adde*, Rams Albesa en Lacruz *ed altri*, *Elementos de Derecho Civil* [Madrid 2002] p. 216 s.). La sentencia extractada (Pte.: Gullón Ballesteros) sostiene una interpretación amplia del artículo 1366 CC, comprendiendo también la responsabilidad civil derivada de delito, y entendiendo que funciona tanto en las relaciones internas como externas. También razona la inaplicación de la doctrina contenida en las SSTS de 10 de abril de 1981 y 19 de febrero de 1992. (G. G. C.)

61. Sociedad de gananciales: liquidación por fallecimiento de la esposa previa a las operaciones particionales del viudo.—Según STS de 12 de junio de 1990, mientras la sociedad constituida por marido y mujer subsista, se mantiene una comunidad que responde a la naturaleza de las de mano común o manos reunidas de la técnica germana, sin atribución de cuotas, muy distinta de la comunidad romana, no teniendo dichos componentes sino un derecho expectante en la proporción que los mismos tienen en la sociedad, para el día en que se disuelva la sociedad, en el que, en primer lugar, se determinarán los bienes que sean gananciales, para después ser adjudicados en la misma proporción, y para saber si existen, o no, gananciales es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente (SSTS de 17 de diciembre de 1984, 2 de octubre de 1985, 26 de septiembre de 1986, 29 de diciembre de 1987 y 4 de marzo de 1994).

Comunidad postganancial.—Según la jurisprudencia de esta Sala, extinguida la sociedad por muerte de uno de los cónyuges, los bienes matrimonia-

les que la integran pasan a constituir un masa inerte sin actividad alguna, en la que sólo tienen intervención y exclusivamente para su liquidación, los partícipes, el cónyuge supérstite y los herederos del fallecido, quedando esta comunidad patrimonial, aunque inmersa en la herencia, debidamente circunscrita, lo que comporta que aunque el cónyuge supérstite mantenga la comunidad parciaria que ostentaba en los bienes gananciales, ya no puede ser el de la sociedad que quedó disuelta con la muerte, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, al que le son aplicables los artículos 399 y 403 CC (STS de 21 de noviembre de 1987).

Falta de liquidación gananciales y pago legítimas.—Según el artículo 1396 *disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y del pasivo*, y aunque las operaciones divisorias gananciales no estén sometidas a reglas rígidas, impera amplia libertad cuando se actúa dentro de la legalidad (STS de 23 de diciembre de 1999). A su vez, la añeja STS de 19 de enero de 1960 entiende que bajo el nombre de liquidación de la sociedad de gananciales se comprenden todas las operaciones necesarias para determinar si existen gananciales y su disolución por mitad, previa las deducciones de los bienes de pertenencia particular o subrogados, así como las responsabilidades que fueren imputables al acervo común, constituyendo el saldo resultante el activo verdadero que ha de dividirse por mitad entre ambos cónyuges o entre uno y los derechohabientes del otro. Cuando tiene lugar la disolución, se procede a su liquidación, que ha de iniciarse con un inventario del activo y del pasivo y operaciones sucesivas (STS de 25 de noviembre de 1996). Hechas tales operaciones, el remanente constituirá el haber de la sociedad que se dividirá en la forma dicha según dispone el artículo 1404 CC. Constando en autos que al fallecer el viudo no se había liquidado la sociedad de gananciales existente con su esposa, y tampoco se había aceptado la herencia de esta última, se proclama y patentiza que falta la liquidación de tal sociedad y el pago de legítimas a los hijos. (STS de 10 de junio de 2004; ha lugar.) (G. G. C.)

62. Rescisión por lesión: plazo cuatrienal.—El artículo 1076 establece que la acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años desde que se hizo la partición; dentro de los términos de la estricta acción rescisoria de la partición, hay que referirse a los artículos 1074 y 1076 en donde se establece el plazo de cuatro años para su ejercicio, que es el objetivo perseguido por esta llamada acción por infravaloración o impedir el perjuicio o lesión que ha padecido la parte recurrente; no obsta a la rescisión la circunstancia de que el error de tasación se haya cometido con ocasión de liquidar la sociedad de gananciales, como operación previa a la fijación del caudal relichto, pues trascienden sus errores a la partición.

División no seguida de liquidación: remisión del artículo 1410 CC.—En modo alguno puede considerarse que la disolución de la sociedad de gananciales es nula por no ir seguida de la liquidación; por el contrario, la remisión del artículo 1410 permite mantener que durante el período transitorio nos encontramos ante una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, de la que serán titulares.

Prescripción: *Dies a quo*.—No es razonable la estimación de la prescripción de la acción de rescisión, pues carecería de sentido el otorgamiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales, si la disolución y la liquidación de la sociedad se hubiera consumado en el convenio regulador; por el contrario

en el propio convenio se prevé el futuro otorgamiento de la escritura cuya rescisión se pretende, de aquí que el *dies a quo* debe situarse en la fecha de otorgamiento de aquéllas. (STS de 3 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Mientras que en la escritura de capitulaciones se atribuyó a un piso el valor de 1.500.000 pesetas, y al aparcamiento 500.000 pesetas, ambos atribuidos al marido, mientras que a la esposa se le adjudicó únicamente una cuenta corriente que ascendía a dos millones pesetas, la prueba pericial valoró los inmuebles por encima de dieciocho millones pesetas. La lesión era evidente siendo el único punto discutido si la acción había prescrito. El origen está en un convenio regulador en un proceso de separación conyugal; a mi juicio con acierto, la sentencia fija el *dies a quo* en el otorgamiento de las capitulaciones en cumplimiento del acuerdo contenido en el convenio regulador. (G. G. C.)

63. Filiación no matrimonial: reconocimiento de complacencia previo al matrimonio: impugnación conforme al artículo 140 CC.—El recurrente invocó el artículo 140 CC para que se declarase la nulidad del reconocimiento que efectuó de su paternidad biológica respecto al hijo de la demandada, por tratarse de un reconocimiento de complacencia, sin alegar el artículo 141 CC, el cual se ha aplicado indebidamente; en este caso resulta incuestionable que la verdad biológica no coincide con la que representa el reconocimiento de paternidad y se plantea la cuestión de si ha de tenerse por prevalente la declaración formal registral; adviértase que el artículo 140 CC es distinto del artículo 119 CC, y se relaciona más bien con el 120 que contempla la filiación no matrimonial, estableciendo los presupuestos para su determinación legal, entre ellos el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, como aquí ha sucedido. En consecuencia, el artículo 140 CC se aplica a los hijos nacidos sin que los padres se hubieran casado, y también a los nacidos antes del matrimonio y no resultan hijos biológicos, como aquí sucede, no obstante el matrimonio celebrado entre la madre progenitora y el padre no progenitor, y la acción impugnatoria no se basa en defecto formal o vicio del consentimiento, que en concreto lo que ha de tenerse en cuenta es el dato objetivo de la realidad biológica.

Prioridad de la verdad biológica.—Esta Sala ha iniciado una línea de interpretación para dar prioridad a la verdad biológica (STS de 30 de enero de 1993, 23 de marzo de 2001 y 3 de diciembre de 2002), con base en los principios inspiradores de la Ley de 13 de mayo de 1981 de que en materia de estado civil ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta, de suerte que la presunción del artículo 116 CC se desvanece por completo toda vez que se ha probado que el hijo reconocido no es hijo biológico del recurrente. Por otro lado, la imperatividad del artículo 39 CE que exige la protección de los hijos, y clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, con la anomalía de atribuir potestad a quien no es su padre biológico, y la aplicación de un formalismo riguroso vendría a potenciar una situación injusta y hasta en línea de fraude (doctrina que reitera la STS de 15 de septiembre de 2003). En un caso igual al presente la STS de 28 de marzo de 2004 reconoce la legitimación activa del padre con independencia de darse posesión de estado para poder impugnar la filiación no matrimonial, pues la acción se

ejercitó dentro del plazo legal de cuatro años y se probó la falta de exactitud del reconocimiento. (**STS de 27 de mayo de 2004**; ha lugar.)

NOTA.—Importante clarificación sobre la nulidad del reconocimiento de complacencia por infringir la realidad biológica. No se trata de que el negocio jurídico de reconocimiento adolezca del vicio de error, sino de que el hijo reconocido sea biológicamente hijo del reconocedor. La diferencia de plazos de caducidad entre los artículos 140 y 141 implica, con frecuencia, que los litigantes olviden los requisitos legales del reconocimiento voluntario de filiación no matrimonial, como en este caso indujeron a error a los tribunales de instancia que habían desestimado la acción, que luego acogió el Tribunal Supremo. Probablemente al reconocimiento de complacencia puede atribuirse el carácter de negocio simulado. (G. G. C.)

64. Filiación no matrimonial: reconocimiento de complacencia: Impugnación *ex artículo 140 CC*.—La acción ejercitada con base en el artículo 140 CC se está refiriendo a un reconocimiento extrínsecamente correcto pero inexacto en cuanto su autor no es realmente el progenitor del reconocido. El actor no impugna el reconocimiento, no dice que el mismo esté viciado de error, violencia o intimidación, sino que impugna la filiación; por ello no puede aducirse como infringido el artículo 141 CC. La pretensión del actor se ha dirigido exclusivamente a demostrar la inexactitud de la filiación y de la falta de presupuesto fáctico de paternidad; se basa, en suma, en la falta de veracidad de la filiación; no impugna, ni combate el reconocimiento en sí, que no niega, sino la filiación determinada por dicho acto. La pretensión se basa en la falta de coincidencia entre la realidad registral y la biológica.

Relación entre los artículos 140 y 141 CC.—Según reiterada jurisprudencia existen dos acciones diferentes e independientes, con presupuestos diversos, ya que el artículo 140 CC se refiere a la realidad biológica, y el artículo 141 CC al consentimiento viciado (SSTS de 28 de marzo de 1994, 31 de octubre de 1997 y 26 de noviembre de 2001).

Inexistencia de abuso de derecho.—Aparte de constituir cuestión nueva, la jurisprudencia ha declarado que el artículo 7 CC que se dice infringido, es norma de carácter genérico y no puede servir por sí sola de base a la casación (SSTS de 12 de abril de 2000 y 19 de septiembre de 2001). En todo caso, no se deduce el resultado de abuso de derecho, cuando sin traspasar los límites de la equidad y de la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias para hacer valer una atribución que el actor estima no corresponderle, como recoge la STS de 16 de mayo de 2001, y las en ellas citadas, por oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminen laedit*, salvo que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando inexistencia de *iuxta causa litigandi*. (**STS de 4 de junio de 2004**; no ha lugar.)

NOTA.—Identidad de supuesto con la sentencia de 27 de mayo de 2004, si bien diversidad de Ponentes (en esta última Villagómez Rodil, y en la anotada Martínez-Pereda Rodríguez), e identidad asimismo de doctrina sobre impugnación del reconocimiento de complacencia con apoyo en el artículo 140 CC. Dato no esencial es que en el presente caso se trata de una pareja de hecho, mientras

que en la de referencia el reconocimiento complaciente se realiza al contraer matrimonio con la madre (al parecer, como condición impuesta por esta última para casarse). (G. G. C.)

65. Filiación no matrimonial: acción de reclamación ejercitada por la madre: negativa a la práctica de la prueba biológica: principio de prueba.—El requisito que establecía el artículo 127.2.º CC constituye un presupuesto de procedibilidad, de naturaleza estrictamente procesal, que tiene su justificación en la necesidad de imponer unos límites para impedir la presentación injustificada de demandas temerarias o totalmente infundadas, creando procesos que pueden originar problemas a personas o familias, e incluso dar lugar a coacciones o chantajes; por estas razones el Tribunal Supremo ha admitido la denominada interpretación espiritualizada del concepto de principio de prueba, admitiendo que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado; tal requisito procesal constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca pude dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.1 CE, que se confirma en profusa jurisprudencia (por todas STS de 18 de mayo de 2000).

Lapsus calami en la solicitud de prueba biológica.—Aunque la actora solicitó la práctica de la prueba biológica hemofílica de paternidad para demostrar el ADC, el Juzgado acordó la práctica de una prueba hemobiológica, con acierto, pues la parte incurrió en un *lapsus calami*.

Doctrina jurisprudencial sobre la negativa del presunto progenitor a someterse a la prueba biológica.—Si bien el legislador español no ha dictado por el momento ninguna norma legal para regular la situación que se produce cuando cualquiera de los involucrados rehúsa ponerse a disposición de los peritos, o simplemente permitir que se lleven a cabo sobre su cuerpo las operaciones que son imprescindibles para el desenvolvimiento y éxito de la pericial, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, donde unas veces la negativa se sanciona con multa disciplinaria, y, caso, de persistencia, se autoriza el recurso de los apremios directos, especialmente a la conducción por la fuerza, o bien se equipara la negativa a la confesión, o da lugar a la inversión de la carga de la prueba, o se faculta para extraer libremente argumentos de prueba del rechazo injustificado de la parte a consentir la inspección sobre la persona, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han elaborado una doctrina jurisprudencial según la cual la negativa no puede considerarse *ficta confessio*, y por ello ha de estar relacionada con las demás pruebas para obtener la convicción indispensable que sustente el fallo. En el presente caso, la estimación de la demanda se basa, además de en la prueba testifical, en la aportación de seis cartas del demandado a lo largo de un año, junto a la negativa de este último a la práctica de prueba biológica. (STS de 10 de junio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Se da la circunstancia dramática de que, durante la pendencia del proceso, la hija cuya paternidad se reclama ha alcanzado la mayoría de edad, siendo necesaria su incapacidad mental por retraso mental grave. No puede menos de calificarse de abnegada la conducta de la madre que ha afrontado sola la minoría de edad de su hija deficiente. ¿Cómo lograr la reducción del tiempo normal para recurrir en casación en tales casos? (G. G. C.)

66. Acción de impugnación de la filiación matrimonial y de reclamación de la extramatrimonial: caducidad. Legitimación del padre extramatrimonial no habiendo posesión de estado.—El motivo cuarto del recurso de casación alega la infracción del artículo 137 CC relativo a la caducidad de la acción de impugnación de la filiación matrimonial y de los artículos 131 y 133 CC respecto a la legitimación del padre extramatrimonial, demandante, para la llamada acción de investigación de la paternidad (extramatrimonial).

Aunque no se dice explícitamente en el suplico de la demanda, se ha ejercitado en el presente caso, tal como se expresa en el cuerpo de la demanda y se interesa en la rectificación registral, la acción acumulada que prevé el artículo 134 CC de reclamación de la filiación extramatrimonial e impugnación de la filiación matrimonial contradictoria. Por tanto, el motivo se desestima.

En primer lugar, no se aplica el plazo de caducidad del artículo 137 CC cuando se ejercitan acumuladamente las acciones de reclamación y de impugnación: así, las SS de 28 de noviembre de 1992 y 16 de diciembre de 1994.

En cuanto a la legitimación del padre extramatrimonial, la jurisprudencia de esta Sala la ha aceptado, aunque ciertamente no la prevé el artículo 133 CC. Así, las SS de 20 de junio de 2002 y 2 de octubre de 2002 dicen: «la jurisprudencia más reciente de esta sala consolidó el reajuste interpretativo de los artículos 131, 133 y 134 que ya habían iniciado las SS de 5 de noviembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 19 de enero y 23 de febrero de 1990 y 8 de julio de 1991 para llegar a la doctrina contenida en las últimas sentencias de 24 de junio de 1996, 30 de marzo de 1998 y 19 de mayo de 1998, que establecen y reconocen la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, al superarse la literalidad del artículo 133 CC que atribuye solo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 CC legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitarse la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible».

Doctrina jurisprudencial sobre la negativa a la práctica de la prueba biológica y sus consecuencias.—La jurisprudencia de esta Sala es clara y reiterada y se resume en las SS de 20 de septiembre de 2002, 27 de junio de 2003 y 21 de junio de 2004 en estos términos: la doctrina del Tribunal Constitucional viene plasmada esencialmente en dos sentencias: 7/1994, de 17 de enero y 95/1999, de 31 de mayo; la primera otorgó el amparo frente a una sentencia que había desestimado la demanda de reclamación de la filiación extramatrimonial y la segunda lo denegó frente a la sentencia que sí había estimado la demanda; en ambos casos, el demandado se había negado a la práctica de la prueba biológica. En ambas se mantiene la misma doctrina: la prueba biológica no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona; no atenta a los derechos a la intimidad, ni a la integridad física, con excepciones que pueden darse en un sujeto concreto; por el contrario, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas acordadas por la autoridad judicial. Es definitiva la frase que se halla literalmente en la primera de las sentencias y cuya idea se mantiene en la segunda: «no es lícito, desde la

perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 CE que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial». La jurisprudencia de esta Sala se recoge, esencialmente y como sentencias más recientes, en las de 22 de mayo y 22 de noviembre de 2000, que afirman que la negativa a la prueba biológica «puesta en relación con las demás pruebas aunque no sean más que indiciarias e insuficientes para apreciar probada por sí solas la paternidad, permite la declaración de la misma» y transcriben y hacen suya la doctrina que plasmó la indicada STC 7/1994, de 17 de enero. Lo cual es reiterado en la S de 24 de mayo de 2001 que, a mayor abundamiento, destaca «la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE)» y «los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas», cuya negativa «coloca al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE». Por último, las de 3 de noviembre de 2001 y 27 de diciembre de 2002 reiteran la misma doctrina y, ante la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, estiman la demanda y declaran la paternidad del mismo. (**STS de 17 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia del Juzgado declaró la paternidad extramatrimonial del demandante respecto de dos menores, con rectificación de la filiación matrimonial de éstos que constaban en el Registro como hijos matrimoniales de los demandados. En la sentencia se analizó la prueba practicada, la admisión de la paternidad que hizo la codemandada y especialmente la negativa de los demandados a la práctica con los menores de la prueba biológica. La sentencia de la Audiencia confirmó íntegramente la anterior. No ha lugar al recurso de casación que formulan los codemandados. (R. G. S.)

67. Fijación de una pensión alimenticia en favor del hijo en base a la prueba de presunciones (nivel de vida del tenido como padre, comerciante sin retribuciones fijas).—El otro bloque de motivos se dedica a atacar la deducción del Juzgado de Primera Instancia en su sentencia a partir del caudal de bienes que puedan corresponder al condenado a prestar alimentos al hijo que se da como reconocido, por cuanto la Audiencia los confirma, y en cuanto que se refieren al nivel de vida que se aprecia en el mismo, al mantenerse por él dos viviendas, y por la realización de determinados viajes, prueba de la que aquél tiene que partir, dado que existe un dato de salida, que es el que el demandado carece de una profesión estable, lo que nos debe llevar a las pruebas indiciarias del ejercicio del comercio (cuya actividad, se dice, es «importante»), pues la no colaboración en mostrar su *modus vivendi* y sus ingresos impide esa prueba directa que en supuestos distintos (de un puesto fijo de trabajo remunerado) si se da, y es correcto acudir a ellos. El recurrente trata en este motivo de deducir de la prueba un resultado distinto al del juzgador, lo que le está vedado, pues ello convertiría a este recurso en una tercera instancia, que no lo es, y sólo por la vía de demostrar que la valoración probatoria de este aspecto del recurso se ha realizado con criterios arbitrarios, irrationales o erróneos, nos podría llevar a otra conclusión; por lo que, sin más, este bloque de la casación debe también perecer. El criterio del

Juzgador de instancia, por otro lado, y ya referente asimismo al señalamiento de la cuantía de la pensión alimenticia en correlación, no sólo a los deducidos ingresos del demandado, sino también a las necesidades del menor reconocido, es función de valoración probatoria, que también corresponde al juez de instancia. (**STS de 17 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia se declaró la filiación extramatrimonial de un menor respecto de un varón al que se privó de la patria potestad y se condenó a abonar mensualmente alimentos para el hijo en determinada cantidad. El demandado apeló la resolución por entender que no había habido por su parte negativa al sometimiento a la prueba biológica dado que no existió notificación ni comunicación para ello y, con carácter subsidiario, rechazaba la determinación hecha sobre la pensión alimenticia pues no se había practicado prueba al respecto. La Audiencia desestimó los motivos del recurso apoyándose en que la notificación-citación se efectuó en la persona del procurador que le representaba además de en el lugar en el que admitió el emplazamiento de la demanda, donde la persona que en él se encontraba se hizo cargo del documento. En cuanto al segundo motivo, la desestimación se basó en que, al no constar los ingresos efectivos del demandado, se hizo el señalamiento de la cuantía de la pensión por los datos indiciarios sobre sus signos externos de vida. El Tribunal Supremo desestimó igualmente el recurso de casación. (R. G. S.)

DERECHO DE SUCESIONES

68. Testamento abierto: capacidad del testador al tiempo del otorgamiento: el juicio del Notario autorizante: doctrina general.—El recurso se ampara en dos sentencias del Tribunal Supremo (de 22 de junio de 1992 y 22 de noviembre de 1995) como si hubiesen sentado una nueva doctrina jurisprudencial, cuando en realidad lo que hacen es aplicar la que la Sala 1.^a había mantenido antes, y sigue manteniendo en la actualidad, sobre el juicio de capacidad del testador emitido por el Notario autorizante de su testamento, y lo que ocurre es que aplica esa doctrina en función de los hechos litigiosos que en cada momento juzga. Dijo la STS de 24 de julio de 1995 que es doctrina pacífica de esta Sala la que declara que la circunstancia de haberse cumplido todas las formalidades legales no impide que impida declararse nulo el testamento si se prueba que el testador no tenía completa su facultad mental o volitiva. Y agotando la doctrina jurisprudencial, debemos señalar: *a)* que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; *b)* que tal apreciación ha de ser hecha con referencia al otorgamiento; *c)* la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador puede ser destruida por ulteriores pruebas demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre; y *d)* por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apre-

ciación corresponde a la Sala de instancia. (**STS de 29 de marzo de 2004**; no ha lugar.) (G. G. C.)

69. Culpa extracontractual del contador-partidor que interviene en la partición de bienes de ambos padres: criterios opuestos al valorar ciertos bienes: funciones del contador-partidor.—El contador-partidor, a diferencia del albacea que tiene más bien una función representativa de la herencia, siendo vigilante del cumplimiento del testamento y el que cuida de su conservación y custodia, recibe aquél por el contrario, un encargo distinto, cual es el de distribuir la herencia entre los herederos y demás beneficiarios de ella, en virtud de un mandato especial que el testador le da confiando en sus cualidades personales, por ser un cargo de confianza, con lo que, en principio, y si su actuación no se engloba en un proceso judicial, habrá que pasar por lo que él decida, por sustituir al testador en estas tareas (SSTS de 25 de abril y 17 de junio de 1963, 4 de febrero de 1964 y 16 de marzo de 2001) a menos de que haya un apartamiento claro de la voluntad de aquél. La STS de 29 de febrero de 1993 no es directamente aplicable al contador-partidor, sino al albacea, y no resuelve el caso que aquí se plantea. En cambio la STS de 10 de noviembre de 1988, suscita y resuelve, en cierto modo, el tema aquí planteado, en cuanto distingue, sin llegar a más, las incorrecciones en la partición realizada, de los casos de dolo o culpa, que son exigibles por la vía de los artículos 1101, 1104 y 1726 CC, precisándose la debida acreditación de los daños y perjuicios causados, lo que aquí no se ha realizado.

Ausencia de dolo o culpa.—No parece que pueda imputarse en este proceso al contador-partidor, una actuación dolosa o culposa, puesto que frente a su decisión, caben las acciones de los herederos, no sólo para actuar judicialmente en el ejercicio de las acciones de rescisión y nulidad de las operaciones participiales, su modificación o adición o complemento, e incluso, si es aprobada judicialmente, se puede acudir al final al juicio declarativo (STS de 27 de mayo de 1988).

Necesidad de agotar los recursos contra el contador-partidor.—Actuando como si fuera hecha la partición por el propio testador, por lo que debe ser respetada (STS de 25 de abril de 1963), al existir intereses contradictorios que pueden afectar a la interpretación del testamento (STS de 31 de marzo de 1970), se convierte el contador-partidor, sin perjuicio de la posibilidad de la impugnación de sus operaciones, en juez extraprocesal que dirime la controversia, por lo que se dan los mismos motivos que concurren cuando a dichos funcionarios se les exige responsabilidad civil por dolo o culpa, es decir, que deba esperarse a que la resolución que él dicte, sea firme, o sea que se hayan agotado los recursos que quepan contra ella. (**STS de 30 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

NOTA.—Parece excesivo el paralelismo entre la función del contador-partidor nombrado por el testador con el juez a la hora de exigir responsabilidad a aquél. Todo lo más es un arbitrador impuesto a los coherederos para evitar litigios [como dicen Lacruz *et altri*, *Elementos*, V, 5.^a ed. (Barcelona 1993) p. 130]. (G.G.C.)

70. Comunidad hereditaria: partición: incongruencia.—Siendo la congruencia la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, no puede darse incongruencia en la sentencia desestimatoria, pues según STS de 19 de junio de 2003, la sentencia absolutoria afecta y resuelve todas

las cuestiones y tesis combatidas en el pleito y sometidas a conocimiento del Tribunal, debiendo entenderse que absuelve de todos los extremos respecto de los cuales no se hace condena expresa, ya haya precedido al fallo el examen de todas las pretensiones formuladas, si son independientes entre sí, ya haya precedido solamente el examen de la cuestión principal, si las demás están ligadas a ella por vínculo de dependencia.

Cuestiones nuevas.—Las cuestiones nuevas, no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuestas en el período de alegaciones, afectan asimismo al derecho de defensa y van contra los principios de audiencia bilateral y congruencia.

Partición de herencia: doctrina general.—Partición o división de la herencia es el acto —negocial o judicial— que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia; con ella cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno (art. 1068 CC); antes de la partición la comunidad está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente, es decir, éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; los titulares coherederos lo son del todo, considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos; la STS de 25 de mayo de 1992 dice explícitamente que, en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria.

Antes de la partición no procede la acción de división sobre bienes concretos de la herencia.—La *actio communi dividundo* no puede ejercitarse por quienes carecen —como los recurrentes en casación— de un derecho de copropiedad sobre la finca cuya división pretenden. (**STS de 28 de mayo de 2004**; no ha lugar.) (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

71. Contrato de descuento: presupuesto.—*a)* existencia de un crédito contra tercero aún no vencido, procedente de una operación comercial o de un simple crédito; *b)* anticipo hecho por el Banco al cliente del importe de ese crédito, menos los intereses por el tiempo que falte para su vencimiento; y *c)* la cesión de la titularidad del crédito con la cláusula salvo buen fin (STS de 11 de junio de 1993).

A lo anterior se ha añadido que constituye obligación fundamental del Banco descontante, una vez producido el impago de los efectos descontados, devolver éstos al cedente con la misma eficacia que tenían cuando le fueron entregados en virtud del contrato de descuento (SSTS de 18 de marzo de 1987 y 16 de abril de 1991). Pero también tiene declarada la jurisprudencia, que es esencia de toda operación de descuento bancario, la de que el Banco descontante, en el caso de que el crédito no se haga efectivo, pueda reclamarle su importe al que obtuvo el descuento (SSTS de 5 de octubre de 1995, 22 de

mayo y 21 de septiembre de 1996, y 10 de octubre de 1997). (**STS de 2 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores (que eran dos personas físicas) reclamaron a un Banco a pagarles las cantidades derivadas de las letras no devueltas libradas por la entidad *C.R., S. L.*, aceptadas por *A., S. A.*, descontadas por el Banco demandado, de las que los actores habrían de responder como fiadores solidarios y que fueron incorporadas a un procedimiento ejecutivo que constituyó el principal de dieciséis millones de pesetas. La demanda fue desestimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

72. Doctrina jurisprudencial sobre la licitud de la venta con obsequio u otras prácticas comerciales análogas.—El motivo plantea un tema sobre el que existe una consolidada doctrina de esta Sala, según la cual supuestos como los que son objeto de la pretensión de la Confederación accionante no infringen la Ley de Competencia Desleal, como tampoco las del Libro o General de Defensa de Consumidores y Usuarios. Dicha doctrina, expuesta en SS, entre otras, de 31 de marzo de 2000, 4 de octubre de 2001, 30 de mayo, 30 de octubre y 16 de diciembre de 2002 y 11 de diciembre de 2003, puede sintetizarse en la forma siguiente: *a)* tanto la Ley del Libro como el Real Decreto de 30 de marzo de 1990 establecen la exigencia de precio fijo de los libros de texto, pero en modo alguno puede entenderse que eliminan el principio de libre competencia, siempre que ésta se desarrolle respecto a factores distintos del precio mismo. *b)* El artículo 8 LCD admite la licitud de obsequios o prácticas comerciales análogas, cuando las ventajas que se ofrezcan a los clientes se desvinculen de la asunción por parte de éstos de ulteriores compromisos. *c)* El artículo 9 LGDCU no se opone, en principio, a la utilización de concursos, sorteos, regalos, vales de premio o similares, como métodos vinculados a la oferta, promoción o venta de determinados bienes, anunciando que estos sistemas de promoción serán objeto de regulación específica. Partiendo de estos argumentos se afirma en las sentencias mencionadas que conductas sustancialmente coincidentes con la que han puesto en práctica las entidades aquí recurrentes no vulneran el artículo 6.4 CC, sino que constituyen ejercicio legítimo de un derecho por cuanto se exige a los clientes el desembolso íntegro del precio de venta de los libros que adquieran y la ventaja que se les concede se materializa sobre objetos distintos que se hallan a la venta en el propio establecimiento. A ello ha de añadirse que con posterioridad al momento en que se desarrollaron los actos a que se refiere la demanda, se ha promulgado la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, cuyo artículo 32 admite que, con el fin de promover las ventas, se oferte a los compradores otro producto a precio especialmente reducido, ya sea en forma automática, ya mediante la participación en un sorteo o concurso. (**STS de 6 de mayo de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—La *Confederación Española de Gremios y Asociaciones de Libreros (CEGAL)* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid contra las entidades mercantiles *PRYCA, S. A.*, *Hipermercados Alcampo, S. A.*, y *Centro Comercial Continente, S. A.*, por competencia desleal. La Confederación

emandante consideró ilícitas las ventas de libros de texto realizadas al inicio del curso escolar 1993-1994 por parte de las sociedades mercantiles demandadas. En concreto, *CEGAL* reputó como venta desleal el hecho de que dichas sociedades obsequiaran a sus compradores de libros de texto con un tanto por ciento de su importe, canjeable por otras ventas de material escolar o de cualquier otro producto de sus respectivos establecimientos. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. Sin embargo, apelada la sentencia, la Audiencia de Madrid acogió el recurso de la Confederación demandante y declaró constitutivas de competencia desleal las ventas objeto de demanda. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, revocando la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado. (A. S. C.)

73. Directiva 86/653 CEE, de 18 de diciembre de 1986, sobre coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a agentes comerciales independientes: inaplicabilidad directa a los conflictos entre particulares.—Argumenta el motivo haberse infringido los artículos 1.5 CC y 2 CCO para denunciar la inaplicación por el Tribunal de instancia de la Directiva 86/653 CEE, de 18 de diciembre de 1986, sobre coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Esta Directiva fue incorporada tardeñamente a nuestro Derecho mediante la Ley 12/1992, sobre Contrato de Agencia, ya que debió de haberse traspuesto antes del 1 de enero de 1990, fecha que juega respecto a los contratos de agencia celebrados a partir de la misma. Ha de tenerse en cuenta que la S de 13 de junio de 2002 declaró que el artículo 22 de la Directiva señala un período transitorio para no aplicación a los contratos en curso antes del 1 de enero de 1994.

Centrada la impugnación casacional sobre la aplicabilidad de dicha directiva en este caso, ha de hacerse constar que así como los Reglamentos comunitarios son de aplicación directa y ostentan supremacía sobre el derecho interno de los países miembros (S de 2 de marzo de 2001), esto no sucede con las Directivas que, en términos generales, y sin dejar de lado las decisiones interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sólo imponen dictar normas internas para llevar a cabo su aplicación (S de 2 de marzo de 2001), por lo que las Directivas no operan cuando se trata de conflictos entre particulares (S de 18 de marzo de 1995 y 21 de junio de 1996).

La jurisprudencia más reciente (S de 24 de julio de 2000) así se ha pronunciado sobre la inaplicabilidad directa de la directiva, que no constituye precisamente norma legal estatal y no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y por ello no cabe ser invocada, en calidad de tal, contra dicha persona (SS de 26 de febrero de 1986 –caso Marshall– y 14 de julio de 1994 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea). En igual sentido se pronuncian las SS de 22 de abril y 13 de junio de 2002.

Reclamación de indemnización por clientela en resolución de contrato de agencia.—Denuncia el motivo infracción de la jurisprudencia en relación a los criterios de indemnización por clientela y daños y perjuicios, lo que impone partir de que el contrato de autor (1 de enero de 1988) no está regido por la Ley de Agencia de 27 de mayo de 1992, ya que su disposición Transitoria única estableció que, con respecto a los contratos anteriores, los

preceptos de la Ley no se aplicarían hasta el día primero de enero de 1994, lo que impone tenerse en cuenta las estipulaciones de la propia relación contractual y su operatividad como contrato atípico de colaboración (SS de 1 de junio de 1999 y 27 de mayo de 2003), toda vez que el Código de Comercio no regula otro contrato de colaboración que el de comisión, configurado como mandato mercantil y ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre todo a partir de la S de 22 de marzo de 1988, la que ha ido precisando la naturaleza, contenido y alcance de esta clase de relaciones, así como la posibilidad de que el agente pudiera ser resarcido de los perjuicios económicos que se le hubieran causado, sobre todo cuando el contrato se presenta estable en el tiempo y con vocación de continuar indefinidamente (SS de 15 de octubre de 1992, 17 de marzo de 1993 y 14 de febrero de 1997, entre otras).

Las relaciones de agencia comenzaron en el año 1968 y permanecieron hasta que se produjo la resolución a cargo de la concesionaria *Itálica Car* con efectos desde el 31 de diciembre de 1993. La sentencia que se recurre no declaró que la resolución se debiera a incumplimientos graves y decisivos, imputables exclusivamente al agente, sino que más bien se trataba de situación de bajos rendimientos comerciales en los últimos años, sin que hubiera establecido como hecho debidamente demostrado la cuantificación de las pérdidas y realidad de los rendimientos, así como actuación negligente imputable al agente, y no cabe excluir la crisis generalizada en el sector que éste alegó, lo que lleva a la conclusión de que propiciaba reclamar compensaciones económicas, derivada de la extinción del contrato.

La sociedad recurrente reclama en primer lugar, indemnización por la aportación de clientela y aquí sí cabe tener en cuenta el artículo 28 de la Ley de 27 de mayo de 1992, pero como criterio orientativo y no como norma directamente aplicable y por tanto con eficacia plena vinculante (S de 10 de abril de 2002).

Para decretar la procedencia o no de la indemnización ha de tenerse en cuenta que la sentencia recurrida estableció como hecho probado en cuanto admitió que el agente durante el desarrollo del contrato había aportado nuevos clientes o llegó a incrementar sensiblemente la clientela preexistente, «lo que razonablemente puede deducirse a la vista de la extensa duración que tuvieron las relaciones» entre el encargante y el gestor y de la documentación aportada por la actora, pero sin embargo no concedió la indemnización de referencia en base al argumento, que se presenta como decisivo y relevante de que, tratándose de negocio de venta de coches nuevos, no se probó ni cabía deducir razonablemente que las relaciones comerciales creadas por el agente habían de perdurar en el futuro y por ello tenían que ser susceptibles como tales de producir ventajas sustanciales e importantes para el empresario, imponiendo a la recurrente la carga de probar que después de resuelto el contrato la concesionaria iba a continuar beneficiándose de forma relevante y trascendente de la gestión realizada por el agente durante la vigencia de la resolución.

Esta conclusión no la aceptamos, ya que va más allá de las previsiones contenidas en el artículo 28.1.º LCA que utiliza el término «puedex», al imponer un plus de prueba muy difícil en cuanto a la demostración de que tenía que darse la concurrencia plena de beneficios futuros asegurados, dejando de lado que en el mantenimiento y aprovechamiento de la clientela lograda es factor importante la actividad negocial de quien sustituya al agente cesado, y también ha de tenerse en cuenta que los clientes cuando adquie-

ran un vehículo pueda ser de marca distinta de la que distribuye la concesionaria. Lo que resulta decisivo es que efectivamente se dé clientela incrementada debido a la actividad del agente, la que se traspasa a la concesionaria como una especie de fondo de comercio, del que continúa disfrutando, mientras que el agente debe soportar en forma negativa para su economía el correspondiente enriquecimiento del empresario (SS de 22 de abril y 20 de diciembre de 2002) y tratarse de contrato de duración indefinida.

Esta Sala de casación civil respecto a la cuestión de que la clientela a la que accede el empresario pueda continuar produciéndole ventajas sustanciales, ha declarado que se hace referencia a la susceptibilidad por el empresario de continuar disfrutándola con aprovechamiento económico y se trata más bien de un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de la clientela (S de 7 de abril de 2003), y la conclusión del Tribunal de instancia no está dotada de razonabilidad adecuada, dada la carga probatoria que impone a la sociedad recurrente y actuó fundamentalmente para desestimar la pretensión, por lo que ha de estimarse el motivo en relación a lo que se deja expuesto, pues aquí lo que ha sucedido es que se ha producido una resolución contractual acomodada a las conveniencias de la concesionaria, dejando de lado por completo los intereses del agente.

Indemnización de daños y perjuicios por resolución de contrato de agencia.—También se integra en el motivo segundo la indemnización de daños y perjuicios a tenor del artículo 29 de la Ley 12/1992.

Conviene precisar que en la demanda se especificaron las diversas indemnizaciones (cinco conceptos), y la sentencia del Juzgado sólo estimó la procedente por clientela, privación de comisiones y gastos no amortizados realizados para la ejecución del contrato. La sentencia resulta firme para el recurrente ya que no apeló y el Tribunal de instancia, aparte de no acoger la pretensión indemnizatoria por clientela, también rechazó toda clase de indemnizaciones entrando a considerar la referente a la amortización de gastos, sin resolver el tema de las comisiones que tampoco se plantea en casación y, que en todo caso, hubiera necesitado denuncia de incongruencia omisiva.

Respecto a la referida cuestión, inversiones no amortizadas y necesarias para la ejecución del contrato, hay que decir que la indemnización de daños y perjuicios, prevista ahora en el artículo 29 LCA, está sometida a los principios generales que regulan esta materia en el Código Civil (arts. 1101 y 1106), por tratarse de resolución que lleva aparejada provecho económico para el empresario por las ventajas conseguidas por el agente a lo largo de muchos años, y no darse las causas de inexistencia del derecho a la indemnización previstas en el artículo 30 de la Ley 12/1992.

Estamos ante una relación de agencia de duración indefinida, como ya se dejó sentado y su resolución unilateral está autorizada en el artículo 25.1 LCA, aplicándolo siempre a modo orientativo, y no se excluyen gastos de amortización que necesitan se demuestren cumplidamente, lo que aquí no ocurre, pues la sentencia de apelación declara que la parte recurrente no practicó actividad probatoria concluyente sobre la efectiva existencia de inversiones no amortizadas tras la resolución del contrato y que obedecieran a exigencias del encargante, pues, al contrario, la larga duración de la relación permite presumir fundamentalmente que se había producido amortización de todas o la inmensa mayoría de las inversiones, sin dejar de lado que en este caso medió el preaviso de seis meses, que permitía al agente adoptar las medidas necesarias para prevenirse frente a la terminación del contrato y la

sentencia del Juzgado declaró probado que las instalaciones están dedicadas en la actualidad a comercializar otra marca de automóviles, concretamente *Hyundai*, y sirven como taller de reparación, lo que determina la improcedencia de la reclamación que se deja estudiada. (**STS de 30 de abril de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—Por contrato de 1 de enero de 1988, don R. C. O. pasó a prestar sus servicios de agente a *Syrsa*, concesionaria de *Fasa Renault, S. A.*, para la venta de sus productos. En 1991 sustituyó a dicha concesionaria *Itálica Car, S. A.*, y la agencia pasó a la titularidad de *R. C. O. e Hijos, S. C.* El referido contrato actuaba como continuación de los precedentes, desde que la relación se inició en 1968. *Itálica Car* procedió a resolver el contrato con efectos desde el 31 de diciembre de 1993, tras preavisar con seis meses de antelación. No obstante hacerse constar en el contrato que su duración sería por un año (hasta el 31 de diciembre de 1989) los litigantes admitieron que su verdadera intención era establecer una relación contractual de duración indefinida. *R. C. O e Hijos, S. C.*, reclama a *Itálica Car, S. A.*, la indemnización de daños y perjuicios subsiguiente a la resolución contractual, demanda que fue parcialmente estimada. Apela la sentencia *Itálica Car* y la Audiencia Provincial de Sevilla la revoca dictando otra en su lugar por la que se rechaza la demanda de *R. C. O. e Hijos*. La actora interpone recurso de casación que el Tribunal Supremo estima. (*R. G. S.*)

74. Contrato de concesión o de distribución en exclusiva. Extinción del contrato por denuncia unilateral, basada en una cláusula que faculta al desistimiento unilateral por cualquiera de las partes mediante preaviso y sin derecho a indemnización de ningún tipo: no procede indemnización por clientela a favor de concesionario.—Al no haber mediado actuación arbitraria de la concedente, la exclusión de cualquier indemnización debe considerarse válida y vinculante por haberla pactado las partes libremente y responder al principio de autonomía de la voluntad y no ser contraria a la moral, ni a la ley, ni al orden público (STS de 18 de marzo de 2002). En este sentido, debe rechazarse la aplicabilidad del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto cuando el beneficio y el correlativo perjuicio denunciados tengan su fuente en un convenio o en una causa contractual justa (SSTS de 27 de marzo, 12 de junio, 22 de septiembre, 27 de octubre y 31 de diciembre, todas de 2003).

La captación de clientes durante la vigencia del contrato no es sino una de las prestaciones propias del concesionario, quien al asumir la obligación de promover las ventas de los productos del concedente debe una prestación de la que no sólo resulta beneficiado este último, por una posible fidelidad futura del comprador a su marca, sino también el propio concesionario porque a mayor volumen de ventas mayor es su ganancia, beneficiándose también el prestigio de la marca, normalmente debido al esfuerzo empresarial del concedente. (**STS de 18 de marzo de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—Tres entidades concesionarias en exclusiva de *Iveco España, S. A.* (luego *Iveco Pegaso, S. A.*) demandaron a esta última sociedad por ejercicio abusivo por la concedente de la facultad que

los respectivos contratos reconocían a ambas partes para rescindirlos en cualquier momento con un preaviso de doce meses. Por su parte, la demandada alegó que los contratos litigiosos se ajustaban a la normativa Europea al respecto y que habían sido suscritos con las entidades demandantes en condiciones de igualdad jurídica y que la resolución de contrato, además de haberse atenido a lo pactado, se justificaba por la absorción de la empresa *Pegaso* por la demandada.

Una de las entidades demandantes desistió del procedimiento al haber llegado a una «transacción definitiva» con la demandada. El Juzgado desestimó totalmente la demanda. La Audiencia apreció, en parte, la apelación, al condenar a la concedente-demandada a indemnizar a las apelantes por clientela y por las indemnizaciones satisfechas al personal sobrante. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la concedente-demandada y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. (*I. D. L.*)

75. Nombre comercial. Definición. Función.—El artículo 76.1 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas, define el nombre comercial como el signo distintivo de la empresa en el mercado. Su función es la de diferenciar, en el tráfico económico, al empresario en el ejercicio de su actividad empresarial.

Distinción entre nombre comercial y denominación social.—La denominación social identifica a una persona (jurídica), mientras el nombre comercial diferencia al operador económico, esto es, a un sujeto en el ejercicio de la actividad concurrencial. Sin embargo, la frecuente utilización de la denominación social en el tráfico económico, *v. gr.* para distinguir productos, o en publicidad comercial, hace en ocasiones muy difícil distinguir el nombre comercial de la denominación social. Cuando existen conflictos entre nombre comercial y denominación social, la sociedad que tenga una denominación social confundible con un signo distintivo será obligada a modificar su denominación social para evitar el riesgo de confusión con la marca o nombre comercial (SSTS de 24 de enero de 1986, 24 de julio de 1992, 22 de julio de 1993, 25 de junio y 4 de julio de 1995, entre otras). La certificación negativa del Registro Mercantil Central no es suficiente para declarar la procedencia o permanencia registral de la denominación social elegida, toda vez que pueden existir obstáculos extraregistrales (como la existencia de un signo distintivo previo idéntico o similar) que obliguen al cambio de denominación social (STS de 16 de julio de 1985). (**STS de 27 de mayo de 2004;** ha lugar y no ha lugar.)

HECHOS.—*Naturgas, S. A.* (sociedad demandante) es titular registral de un derecho exclusivo y excluyente de utilización de diversas marcas denominadas «*Naturgas*». La actora, ante la existencia de otra mercantil cuya denominación social es *Natural Gas, S. L.* (demandada) interpone contra ella demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, por violación del derecho de marcas. *Naturgas, S. A.*, solicita al Juzgado: 1) la declaración de que es ella quien ostenta el derecho exclusivo sobre los signos distintivos; 2) que existe semejanza gráfica y fonética entre las marcas registradas por la actora y la denominación social de la demandada;

3) que se condene a la demandada a variar su denominación social para evitar el riesgo de error entre las actividades de las dos sociedades; 4) que se condene a la demandada a cesar en el momento y abstenerse en el futuro de utilizar la denominación social, marca, nombre comercial o rótulo de establecimiento de la actora. En primera instancia se desestiman todas las pretensiones solicitadas. La Audiencia, por su parte, estima parcialmente el recurso en el sentido de condenar a *Natural Gas, S. L.* a restringir la utilización de su denominación social a usos que no sean a título de marca. Ante la resolución del Tribunal de apelación ambas partes recurren en casación. El Tribunal Supremo declara que: 1) no ha lugar al recurso interpuesto por la demandada y 2) sí ha lugar al interpuesto por la actora. El Tribunal Supremo exige la estimación de todas la pretensiones solicitadas por la demandante en primera instancia.

NOTA.—La Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, ha sido derogada por la vigente Ley 17/2001, de 7 de diciembre. (J. D. S. C.)

76. Fabricación y distribución de juguete imitativo de la moto Harley-Davidson: violación de los derechos de marca.—El inicial motivo alega infracción del artículo 31 de la Ley de Marcas, en relación con los artículos 12 y 13 del mismo texto legal, así como la doctrina jurisprudencial al respecto. Entiende el motivo que se ha producido la inducción a error, prohibida por la Ley de Marcas, que se concreta en dos posibilidades, riesgo de confusión y riesgo de asociación, como se recoge en el artículo 12 de la Ley de Marcas cuando establece las prohibiciones de acceso registral a marcas posteriores por identidad o similitud con las anteriores. Y en este caso, estamos en total identidad o similitud con las anteriores, dado que *Juguetes Feber, S. A.* insertaba en sus motos la denominación exacta de la actora con la evidente asociación que ello conlleva entre los consumidores. Por ello, se prohíbe en el artículo 13, apartado c), el registro como marcas, entre otros supuestos, «los signos o medios que supongan un aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos o medios registrados». A todo lo cual añade el motivo que estamos en presencia de una marca notoria. Estima asimismo el motivo que la propia solicitud de *Juguetes Feber, S. A.* de una licencia para fabricar, que no le fue concedida, ya presupone que era perfecta conocedora de que su actuación de la denominación Harley-Davidson sin consentimiento constitúa una violación de los derechos de la marca de la recurrente.

El motivo tiene que ser acogido. Consta en autos como acreditado y probado que *Juguetes Feber, S. A.* se «planteó la producción de la moto de juguete a escala de la auténtica Harley-Davidson en el 1987 con vistas a presentarla en la Feria del Juguete a celebrar en febrero de 1988, y se puso en contacto con el departamento de licencias de la entidad «Harley-Davidson Inc.» a fin de conseguir la licencia, pero no constando acreditado que llegara a obtener ni siquiera un preacuerdo de la entidad propietaria de la marca, pese a lo cual procedió la demandada a fabricar la moto de juguete, utilizando el nombre Harley-Davidson, sin haber obtenido licencia y reconociendo *Juguetes Feber, S. A.*, que aún existieron conversaciones en 1991.

La sentencia *a quo* puso el acento para estimar el recurso de apelación frente a la sentencia de primer grado, en que el producto comercializado por la apelante *Juguetes Feber, S. A.*, es distinto del comercializado por la actora,

por lo que se refiere a tamaño, prestaciones, precio y cadenas de mercado. Pero omite una realidad que se proclama en la instancia y es que se trata en ambos productos de motocicletas y aunque la de la demandada es de juguete, utiliza la marca Harley-Davidson, marca notoria de una moto que es una de las más famosas del mercado, si no la más, y así realiza la venta de tal juguete, imitativo en cuanto a estilo y marca a una famosa moto.

No se trata de la utilización de una marca ajena en productos totalmente alejados de los amparados por ella, sino de una utilización en juguete imitativo de una realidad protegida por la marca. Ante la notoriedad de la marca Harley-Davidson y de su forma en el mercado se vende un juguete imitativo para que el niño lo use, emulando así a profesionales de tal deporte.

El artículo 31 de la Ley de Marcas, de 12 de noviembre de 1988, permite el ejercicio de acciones del artículo 35 de dicha normativa «cuando la semejanza entre los signos y la similitud entre los productos pueda inducir a errores». No se precisa que se trate de los mismos productos a los que se aplica la marca ajena, bastando con que sean similares y aquí se utiliza para un juguete totalmente imitativo de la moto real y famosa y con la misma marca. Añade, además, el artículo 12 de la misma Ley en su apartado *a*), que toma en cuenta para la prohibición, no sólo la confusión en el mercado, sino «generar un riesgo de asociación con la marca anterior» lo que acontece en el caso de autos, porque *Juguetes Feber, S. A.* insertaba en sus motos de juguete, en su imitación de las verdaderas, la denominación y marca de la recurrente.

Este criterio es el seguido por esta Sala en la reciente S 42/2004, de 28 de enero de 2004, en que se sostiene que la utilización de marcas en diferentes circuitos comerciales, si bien impide la apreciación de la infracción de la normativa desleal, no puede desproteger la marca no anulada. (**STS de 8 de marzo de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—*Harley-Davidson Inc.* interpone demanda contra *Juguetes Feber, S. A.* ejercitando las acciones previstas en las leyes de 10 de noviembre de 1988, de Marcas, y 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la demandada a la cesación absoluta de la utilización de los derechos de marca, propiedad de *Harley-Davidson Inc.*, la destrucción de todo el material distribuido y preparado respecto de la moto-juguete «Harley-Davidson» y a pagar a la actora en concepto de daños y perjuicios causados determinada cantidad. Recurre en apelación la demandada y la Audiencia revoca parcialmente la sentencia del Juzgado, absolviendo de la demanda a *Juguetes Feber, S. A.* respecto a la violación del derecho a la marca y condenándola a satisfacer a la actora la cuantía de la licencia de explotación de la marca «Harley-Davidson». Interpone la actora recurso de casación y el Tribunal Supremo lo acoge. (*R. G. S.*)

77. Colisión entre marca colectiva y denominación social. Valoración jurídica.—El artículo 31 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, delimita el ámbito de la exclusiva concedida al titular de una marca en base al denominado riesgo de confusión. Han de tenerse en cuenta las funciones que corresponde cumplir a la marca colectiva: 1) identifi-

cación del origen empresarial de los productos; 2) determinar su origen geográfico.

El riesgo de confusión.—Atenta contra la función esencial de la marca, a saber, la determinación de la procedencia empresarial de los productos o servicios que distingue [SSTJCE de 12 de noviembre de 2002, C.206/01, *Arsenal Football Club plc c. Matthew Reed* (48) y (49) y 20 de marzo de 2003, C.291/00, *LTJ Diffusion, S. A. c. Sadas Vertbaudet, S. A.* (45)]. Los criterios de determinación del riesgo de confusión son los siguientes: 1) ha de apreciarse de un modo global atendiendo a todos los factores relevantes [SSTJCE de 29 de septiembre de 1998-*Canon Kabushiki Kaisha c. Metro Goldwyn-Mayer Inc.* (16), 22 de junio de 2000, C.425/98, *Marca Mode CV c. Adidas AG y Adidas Benelux BV* (40) y 9 de abril de 2003, *Durferrit GmbH c. OAMI* (42)]. 2) Para que exista riesgo de confusión es necesaria cierta similitud entre las marcas y cierta similitud entre los productos o servicios cubiertos. Dicho de otro modo: un bajo grado de similitud entre productos y servicios puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas y a la inversa. 3) Es necesario evaluar las similitudes gráficas, fonéticas y conceptuales así como la importancia de cada una de ellas, teniendo en cuenta las condiciones en las que se comercializan los productos o servicios y la categoría de los mismos [STJCE de 22 de junio de 1999-*Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH. c. Klijzen Handel BV* (27 y 28)]. 4) El *ius prohibendi* reconocido al titular de una marca registrada se refiere sólo a productos o servicios idénticos o semejantes a los designados por la propia marca (STJCE de 22 de junio de 2000, C.425/98, *Marca Mode CV c. Adidas AG y Adidas Benelux BV*). 5) El riesgo de confusión debe valorarse en base a un prototipo de consumidor medio en función de los productos o servicios de que se trate, esto es, un consumidor normalmente informado y razonable, atento y perspicaz. 6) Debe tenerse en cuenta que el consumidor percibe la marca como un todo, lo que significa que no se detiene a examinar todos y cada uno de los detalles aisladamente [SSTJCE de 11 de noviembre de 1997, C.251/95, *Sabel BV c. Puma AG, Rudolf Dassler Sport* (23) y 22 de junio de 1999-*Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH. c. Klijzen Handel BV* (25)].

El riesgo de asociación.—Sirve para determinar el alcance del riesgo de confusión, esto es, el riesgo de asociación no es una alternativa al de confusión (STJCE de 11 de noviembre de 1997, C.251/95, *Sabel BV c. Puma AG*).

Limitación sobre el derecho de marca colectiva.—El artículo 33.1.b) de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, condiciona la aplicación del límite a que no se use el signo como marca o nombre comercial. (**STS de 10 de mayo de 2004;** ha lugar.)

HECHOS.—La *Asociación de Fabricantes de Longaniza de Graus* interpuso demanda contra *Embutidos Villa de Graus, S. A.* por considerar que la denominación social de la demandada vulneraba su derecho exclusivo sobre la marca colectiva, compuesta por las palabras «longaniza de Graus» y por un dibujo representativo del producto alimenticio. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda en base al riesgo de confusión que se producía entre la marca colectiva de la actora y la denominación social de la demandada. La Audiencia Provincial, por el contrario, estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada negando la existencia del riesgo de confusión apuntado. La demandante interpuso

entonces recurso de casación, ante el cual el Tribunal Supremo declaró haber lugar. La sentencia contiene, sin embargo, el voto particular de uno de los magistrados quien discrepa en fundamento y fallo.

NOTA.—La Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, fue derogada por la vigente Ley 17/2001, de 7 de diciembre. (J. D. S. C.)

78. Propiedad industrial. Depósito internacional de dibujos o modelos industriales. Convenio de La Haya de 6 de noviembre de 1925. Efectos del depósito de un modelo industrial en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial.—El artículo 4 del Convenio de La Haya de 1925 sobre depósito internacional de dibujos o modelos industriales (revisado en Londres en 1934), no sólo establece un derecho de prioridad para los modelos que hubieran sido objeto de depósito internacional, sino que de modo concluyente declara los efectos de la inscripción en los países contratantes al producir los mismos que si hubieran sido depositados directamente en ellos el día del depósito internacional, no obstante las reglas especiales que el Acuerdo establece. La publicación se considerará suficiente en todos los países contratantes y no podrá exigirse ninguna al depositante, no obstante las formalidades que haya de cumplir para el ejercicio del derecho de acuerdo con la legislación interior.

La inscripción internacional de un dibujo o modelo industrial releva al beneficiario de la obligación de solicitar y obtener la inscripción nacional.—El depósito de un modelo en la O.M.P.I. posibilita su explotación exclusiva en los países contratantes, sin cumplir la formalidad de la necesidad de inscripción nacional y a este respecto fue previsor el mismo E.P.I., en cuanto a disponer en su artículo 168 que a los modelos depositados en la O.M.P.I., de acuerdo con lo estipulado en el Convenio de La Haya de 1925, se les otorga protección de quince años de duración máxima, con la correspondiente protección legal en España y sólo cuando los titulares de los modelos sean súbditos españoles y aunque los hubieran depositado en la Oficina Internacional para gozar de protección deberían proceder al registro directo en el Registro de la Propiedad Industrial de España. (STS de 11 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad francesa *S., S. A.* demandó a la mercantil española *C. A., S. L.*, ejercitando acción de protección de la propiedad industrial que basaba en sendas inscripciones de dos modelos de botas que fabricaba la demandante y que había registrado en los años 1991 y 1992 en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial, invocando para ello las disposiciones del Convenio de La Haya de 1925 sobre depósito internacional de dibujos y modelos industriales, del que España es parte. La demandada se opuso alegando una pretendida inscripción de su modelo en el año 1996, que fue denegada por la Oficina Española de Patentes y Marcas, precisamente por estar anticipado por el modelo industrial de la competidora. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Albacete estimó el recurso de apelación interpuesto por la actora y, con estimación de la demanda, concedió la protección solicitada por aquélla condenando a la demandada a cesar en los actos de violación del derecho de exclusiva y de competencia desleal, mediante el cese en la fabrica-

ción y comercialización de las botas discutidas, así como a indemnizar a la compañía demandante. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la mercantil demandada. (*L. A. G. D.*)

79. Validez de un acuerdo de la Junta de una Cooperativa para la adjudicación por sorteo del uso privativo de elementos comunes.—El acuerdo de la Junta de una Cooperativa de viviendas por el cual se atribuya por sorteo el uso privativo de elementos comunes es válido, pues no va contra el título constitutivo. Incluso aunque estemos ante lo que se considera una propiedad horizontal de hecho, sería igualmente válido porque no se requiere unanimidad al no alterar el título constitutivo, sino que lo ejecuta (se está dando un uso privado a los cooperativistas designados por sorteo).

Tipos de acuerdos de la Junta.—Hay que distinguir entre un orden de acuerdos cuya ilegalidad es susceptible de sanción por efecto de la caducidad de la acción de impugnación, y otro cuya ilegalidad conllevaría la nulidad radical o absoluta sin posibilidad alguna de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad. En el primer grupo parece que deben ser incardinados aquellos acuerdos cuya ilegalidad venga determinada por cualquier infracción de alguno de los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la Comunidad. No puede ser otra la interpretación que corresponde al párrafo primero de la regla 4.^a del artículo 16 de dicha Ley, cuando como acuerdos impugnables y provisionalmente ejecutivos señala expresamente los que sean «contrarios a la Ley o a los estatutos», para cuya impugnación el párrafo segundo de la propia regla, en íntima conexión con el primero, establece el plazo de caducidad de treinta días. En el segundo de los aludidos órdenes de acuerdos habrían de situarse aquellos otros que, por infringir cualquiera otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude a la ley, hayan de ser conceptuados como nulos de pleno derecho, conforme al párrafo tercero del artículo 6 CC, y, por tanto, insubsanables por el transcurso del tiempo. (**STS de 25 de marzo de 2004;** ha lugar.)

HECHOS.—Se constituye una cooperativa de la vivienda, cuyo objeto, establecido en sus Estatutos, es la promoción de unas viviendas de protección oficial para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados y su duración es indefinida. El 3 de febrero de 1983 se otorgó escritura de declaración de obra nueva, división y préstamo con garantía hipotecaria. En 1985 se otorgaron las escrituras de adjudicación, subrogación y préstamo hipotecario de las distintas viviendas a favor de los cooperativistas. En fecha de 28 de marzo de 1987, se reúne la Junta General de la Cooperativa, que acuerda la adjudicación de aquellos solares referidos en la escritura de 3 de febrero de 1983, como parcelas de terreno de uso privado de los copropietarios de las viviendas, por sorteo, a catorce cooperativistas. Al mismo tiempo, se acuerda también la disolución de la Cooperativa, al haberse cumplido los fines para los que fue creada, y se nombra una terna de socios para proceder a su liquidación.

En 1992, tres cooperativistas formulan demanda, cuya pretensión es doble: acción declarativa de propiedad de aquellas parcelas en favor de todos los dueños de viviendas con derecho de uso y

disfrute de los mismos y condena a los propietarios de las viviendas demandados a la paralización de los trabajos y demolición de lo hecho, consistente en la construcción de unos muros de cerramiento de aquellas parcelas. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y señala que se trata de parcelas de uso privado de los copropietarios y que la Cooperativa estaba en disolución desde el día de atribución de las viviendas. La Audiencia Provincial revocó la sentencia anterior y estimó la demanda por considerar que la cooperativa no tenía facultad, una vez adjudicadas las viviendas, para adoptar decisión alguna que contradijera lo decidido en el título constitutivo respecto de elementos comunes.

Los demandados interponen recurso de casación. Entiende el Tribunal Supremo que la Cooperativa no quedó disuelta *ipso iure* una vez adjudicadas las viviendas (arts. 44 y 45 de los Estatutos). Además, no se adjudicó la propiedad exclusiva de las parcelas, sino el uso privativo, por lo cual no se adoptó decisión alguna que contradijera lo establecido en el título constitutivo, sino que ejecutó lo previsto en éste. Por tanto, fue correcta la adjudicación por sorteo del uso privativo de elementos comunes, adjudicación que se tomó con suficiente *quorum* en Junta de la Cooperativa, en el momento en que ésta no estaba disuelta. (S. L. M.)

80. Responsabilidad del administrador de sociedad anónima por deudas u obligaciones sociales: fundamento en el incumplimiento de deberes legales específicos. Naturaleza distinta de las acciones resarcitorias individual y social.—La condena a los administradores hoy recurrentes no respondió a la aplicación de ninguno de los preceptos citados en estos dos motivos sino a otros muy distintos y caracterizados por imponer a los administradores no la obligación de indemnizar un daño, fundada en su falta de diligencia, sino una sanción de responsabilidad solidaria por deudas u obligaciones de la sociedad fundada en el incumplimiento de unos deberes muy específicos; en este otro tipo de responsabilidad la negligencia de los administradores no es distinta de la que contemplan los propios preceptos que la establecen (STS de 29 de abril de 1999, 20 de julio de 2001 y 25 de abril de 2002), no tiene por qué haber una relación de causalidad entre el incumplimiento de sus obligaciones por el administrador y el daño al acreedor social (STS de 31 de mayo de 2001) y tampoco el demandante ha de probar la culpa del administrador demandado (STS de 7 de junio de 2002), pues como señala la reciente sentencia del día 1 de los corrientes, reiterando el criterio de la de 14 de noviembre de 2002, para el éxito de la acción fundada en el artículo 262.5 LSA no es necesario que concurran los supuestos de la culpa.

De ahí que los dos motivos examinados no sólo citen unos preceptos y una jurisprudencia que la sentencia recurrida nunca podría haber infringido sino que, además, carezcan por completo de fundamento en su desarrollo argumental, pues alegar, como se hace en el motivo segundo que «los acreedores carecían de toda expectativa de cobro dada la situación de insolvencia de *facto*» de la sociedad deudora, lejos de desvirtuar la responsabilidad de los recurrentes que la sentencia declara, la corrobora y remacha.

Cesión de créditos: alcance de la notificación al deudor como requisito de la cesión.—También ha de ser desestimado el tercer motivo porque

dedicado a sostener que la cesión de los créditos a la demandante por las dos entidades que habían servido mercancías a la sociedad deudora no sería eficaz por su falta de notificación a esta última, desconoce que lo verdaderamente declarado por la doctrina de esta Sala es que el consentimiento del cedido no afecta a la existencia de la cesión y que su puesta en conocimiento sólo tiene la finalidad de impedir la liberación por el pago al cedente (SSTS de 1 de octubre de 2001 y 19 de febrero de 2004), con cita de otras anteriores), a lo que en el caso examinado se une no sólo el endoso de las letras de cambio giradas para el pago de la mercancía sino también la disolución y liquidación de las dos entidades que contrataron con la sociedad deudora y la realización de sus activos mediante cesión de sus créditos contra esta última a la sociedad demandante. (**STS de 26 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación se interpone por los dos administradores y accionistas únicos de una sociedad anónima condenados a pagar unas deudas de esta última en virtud de la responsabilidad solidaria establecida en el apartado 3 de la DT 3.^a y en el apartado 5 del artículo 262 en relación con los ordinales 3.^º y 4.^º del artículo 260.1 LSA. El Tribunal Supremo declara no haber lugar.
(*R. G. S.*)

81. Responsabilidad de los administradores sociales por daños provocados a terceros. Requisitos de la acción individual de responsabilidad.—Es considerada por la doctrina jurisprudencial como una acción resarcitoria que puede ser ejercitada por terceros perjudicados, entre ellos, acreedores sociales (SSTS de 21 de septiembre de 1999, 30 de marzo y 10 de noviembre de 2001, entre otras).

Es necesaria la concurrencia de los siguientes supuestos: 1.^º Acción u omisión realizada por los administradores sociales, contraria a la Ley, a los estatutos, o realizadas sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo (SSTS de 30 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2003); 2.^º existencia de un daño; 3.^º nexo causal entre los actos u omisiones de los administradores y el daño provocado; 4.^º quien ejerce la acción debe probar que la acción u omisión fue realizada por el administrador en el ejercicio de sus funciones (SSTS de 21 de septiembre de 1999, 30 de marzo y 27 de julio de 2001, y 25 de febrero de 2002) y debe probar también la relación causal. La falta de presentación de las cuentas anuales de la sociedad en el Registro Mercantil, aun constituyendo un incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley a los administradores, no puede ser considerado como un *daño* a los acreedores sociales en el sentido aquí requerido.

Responsabilidad de los administradores sociales por incumplimiento de su obligación de disolver la sociedad.—Entre las causas de disolución que exigen la intervención de los administradores sociales se encuentra la del gran empobrecimiento de la sociedad o situación de desequilibrio entre el capital social y el patrimonio neto de la sociedad. La venta de parte de la maquinaria de la sociedad o el hecho de que hubiese cesado algún trabajador no implica necesariamente grave descapitalización de la misma.

Obligaciones de los administradores.—Si existe causa de disolución, los administradores están obligados: 1) a convocar en el plazo de dos meses Junta general para la adopción del acuerdo de disolución o, 2) en caso de

no poder llegar a dicho acuerdo, a solicitar la disolución judicial de la sociedad mediante la presentación de demanda de disolución. El incumplimiento de tales obligaciones por parte de los administradores genera una responsabilidad objetiva y solidaria, esto es, no es necesaria la concurrencia de culpa (SSTS de 20 de diciembre de 2000, 20 de abril y 26 de octubre de 2001 y 25 de abril de 2002), ni tampoco la existencia de daños o perjuicios.

Presupuestos necesarios para que se derive la responsabilidad.—La responsabilidad surge de un modo automático en el momento en que se cumplen los siguientes presupuestos: 1) existencia de un crédito contra la sociedad; 2) concurrencia de causa de disolución de la sociedad o de alguna de las causas incluidas en los números 4 y 5 del artículo 262 LSA; 3) omisión por parte de los administradores de las obligaciones señaladas más arriba. (STS de 17 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Altos Hornos de Vizcaya S. A.* interpuso demanda contra don J. L. S. M. y la entidad *Europea del Menaje, S. L.*, por reclamación de cantidad. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda en su totalidad. En grado de apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación. El Tribunal Supremo casa la sentencia del Tribunal Provincial y confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—No debe olvidarse que tras la entrada en vigor (1 de septiembre de 2004) de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, los administradores sociales no sólo tienen la responsabilidad derivada de la normativa societaria. Si además de existir alguna causa de disolución se produce un estado de insolvencia, tienen también la obligación de solicitar la declaración de concurso. (J. D. S. C.)

82. Prescripción de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales.—La doctrina ha discutido en algunas ocasiones, si el plazo de prescripción de la acción es de un año, en base al artículo 1968.2 CC por remisión del artículo 943 CCO (STS de 21 de mayo de 1992), o si por el contrario el plazo debía ser el de cuatro años contenido en el artículo 949 CCO (STS de 7 de junio de 1995).

En la actualidad, la doctrina considera indiscutible que el plazo de prescripción debe ser el de cuatro años (STS de 5 de julio de 2001). Se funda en que la norma especial del artículo 949 CCO que contempla el supuesto de hecho específico, debe aplicarse con preferencia a la norma general del artículo 943 CCO que, por remisión al artículo 1968.2 CC, lo fijaba en un año. A mayor abundamiento y dada la necesaria interpretación restrictiva de los plazos de prescripción, la duda acerca del mismo debería siempre resolverse a favor del más favorable al ejercicio de la acción, esto es, al de mayor duración.

La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales es indemnizatoria, sin que tenga sentido otorgarle una naturaleza contractual o extracontractual. (STS de 24 de marzo de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Aldosa, S. L.*, interpone demanda sobre acción individual de responsabilidad contra don M. G. R., don J. M. R. G. y don J. L. C. G. como miembros del Consejo de Administración de la mercantil *Almansa Proyectos Inmobiliarios, S. A.*

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por prescripción de la acción. Posteriormente la actora interpone recurso de apelación que es también desestimado por la Audiencia Provincial de Málaga, la cual confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo acuerda estimar el recurso de casación en el sentido de condenar a los demandados al pago de las cantidades solicitadas en la demanda, más los intereses legales devengados. (*J. D. S. C.*)

83. Responsabilidad objetiva de los administradores sociales. Presupuestos de la acción individual de responsabilidad.—Con la precedente normativa societaria la responsabilidad de los administradores requería mala fe, abuso o negligencia grave en el ejercicio de sus funciones. La actual Ley de Sociedades Anónimas hace responder a los administradores cuando realicen actos contrarios a la Ley, los estatutos o sin la diligencia exigible al cargo y provoquen así daños a la sociedad, los accionistas o los acreedores sociales (STS de 29 de abril de 1999). No sólo se requiere la conducta ilícita y el daño apuntado, sino además la relación de causalidad entre ambos. Se reconoce así que la responsabilidad de los administradores es prácticamente objetiva o por riesgo y además solidaria.

Acción social de responsabilidad de los administradores.—Se caracteriza porque el daño es producido a la sociedad o a los intereses sociales. Tienen legitimación activa para ejercitar la acción: 1) la sociedad que ha sido perjudicada, si bien se requiere acuerdo mayoritario de la Junta; 2) el 5% de los accionistas pueden promover la convocatoria de la Junta para que la misma acuerde el ejercicio de la acción; 3) acreedores, quienes también pueden ejercitar la acción de responsabilidad social cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas ni exista patrimonio social suficiente para hacer frente a sus créditos.

Acción individual de responsabilidad de los administradores.—Puede ser ejercitada en aquellos casos en los que se haya producido un daño individual o a un interés personal. Es una acción indemnizatoria y supletoria.

Responsabilidad legal o en garantía de los administradores.—El artículo 262.5 LSA hace responder solidariamente de las obligaciones sociales a los administradores que incumplan la obligación de promover la disolución de la sociedad cuando concurra alguna de las causas de disolución contenidas en la normativa societaria. Los administradores están obligados a convocar en el plazo de dos meses Junta general para la adopción del acuerdo de disolución, o, en caso de no poder llegar a dicho acuerdo, están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad.

Prueba de presunciones. Artículo 1253 CC.—El precepto mencionado no se infringe cuando el juzgador no hace uso de las presunciones en él contenidas y sí de las pruebas directamente obrantes en autos (SSTS de 3 de diciembre de 1988, 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990 y 17 de julio de 1991). Se descarta, por tanto, la posibilidad de poder exigir dicho medio probatorio (SSTS de 6 y 27 de octubre, 11 de noviembre y 9 de diciembre de 1988). Por excepción, si un hecho se tiene por completamente acreditado y de él se infiere lógicamente la existencia de otro, cabe alegar la infracción del precepto si el Tribunal no reconoce la existencia del hecho inferido (SSTS de 1 de abril, 7, 8 y 22 de julio de 2003). (**STS de 29 de marzo de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores celebraron con la entidad *Sociedad Promotora Gesprovi, S. A.* contratos de compraventa para la adquisición de viviendas de protección oficial. Ulteriormente, la promotora suscribió un préstamo de 100.000.000 de pesetas con la *Caja de Ahorros Provincial de Pontevedra* y poco después paralizó las obras de construcción. Ese mismo año la *Sociedad Promotora Gesprovi, S. A.* aceptó tres cambiales libradas por *Alluri, S. L.* Ante el impago de las letras de cambio se promovió juicio ejecutivo que concluyó con la sentencia de remate. El inmueble cuya contrucción no había concluido fue embargado y subastado. El nuevo propietario del inmueble, la mercantil *Alluri, S. L.*, llegó a un acuerdo con los demandantes para la cesión del remate del bien. Así los actores reclaman a la *Sociedad Promotora Gesprovi, S.A.*, y a sus administradores don H. V. G., don L. G. R., don A. M. G. y doña M. A. M. S. el abono de una indemnización en proporción al precio de sus viviendas (fijado en los contratos de compraventa), por la mala gestión de los mismos.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente las demandas y condena a los demandados a abonar una cantidad de dinero a los actores, en proporción al precio de las viviendas. El Tribunal de apelación desestima el recurso interpuesto por tres de los administradores. Dos de ellos nuevamente formulan recurso de casación, ante el cual el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (*J. D. S. C.*)

84. Quiebra. Retroacción de los efectos de la declaración de quiebra. Interpretación del artículo 878 CCO. Cambio del criterio jurisprudencial. Admisión del criterio estricto o rigorista.—La doctrina jurisprudencial en los últimos años ha abandonado la llamada «tendencia o interpretación más flexible» del artículo 878 CCO, para dar prevalencia al criterio denominado «estricto o rigorista», según el cual, en síntesis, se consideran afectados por nulidad radical, por ministerio de Ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan, cuya posición considera que dicho precepto contiene una nulidad automática, absoluta, originaria y estructural, y que los actos realizados por el quebrado, de administración y disposición en período de retroacción, son ineficaces *ipso iure*; y que ni siquiera precisa la declaración judicial de invalidez de los actos efectuados, pues la Ley no establece procedimiento alguno a tales efectos, actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o buena fe en los terceros que contratan con el quebrado (SSTS de 22 de mayo de 2000 y 8 de febrero de 2001). No cabe respecto de estos actos ningún tipo de confirmación o convalidación (SSTS de 30 de septiembre de 2002, 28 de febrero de 2003 y 29 de enero de 2004).

Carga de la prueba. La norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles.—La regla sobre distribución de la carga de la prueba debe adaptarse a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (SSTS de 9 de febrero de 1994 y de 30 de julio de 1999).

Carga de la prueba. Inversión de la carga cuando a quien le perjudica el hecho alegado tiene todas las facilidades para demostrar su falsedad, mientras que a quien lo alega le es imposible o muy difícil su demostración. Doctrina constitucional.—Cuando las fuentes de prueba se encuentren

en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad (SSTC 98/1987, de 10 de junio; 227/1991, de 28 de noviembre, y 14/1992, de 10 de febrero). Debe tenerse presente que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (SSTC 7/1994, de 17 de enero, y 116/1995, de 17 de julio). En definitiva, la negativa de información al perito por la entidad bancaria, que en ningún momento del procedimiento acredita, ni siquiera alega, a cuál de las facturas cedidas corresponde el cobro, pese a la facilidad al respecto del banco, en contraste con la dificultad para los terceros no intervenientes en ésta ni en las restantes operaciones, conduce a ratificar la tesis de la inversión de la carga de la prueba. (STS de 26 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de *A. E., S. A.* demandó al banco *B. H., S. A.* así como a la propia quebrada en la persona de su representante legal, solicitando que se declarara la nulidad de pleno derecho de diversas cesiones de crédito efectuadas por los administradores de la quebrada a favor del banco, con reintegro a la masa de la quiebra de las cantidades indebidamente recibidas, por entender que se habían efectuado en período inhábil al que alcanzaría la retroacción de la quiebra. El Juzgado de instancia acogió la demanda y condenó al reintegro de lo pedido. La Audiencia de Barcelona confirmó la sentencia de instancia, con la salvedad de eximir a la entidad bancaria condenada del abono de los intereses legales. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada.

NOTA.—La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha derogado los preceptos del Código de comercio dedicados a la regulación de la quiebra y suspensión de pagos (arts. 870 a 941 CCO). Asimismo, sustituye el antiguo procedimiento por otro en el que se prescinde de la retroacción de la quiebra y de la nulidad general de todos los actos y contratos realizados en el período afectado. De manera que la doctrina resaltada permanecerá vigente exclusivamente para las quiebras anteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal. (L. A. G. D.)

DERECHO PROCESAL

85. Defectos formales en la interposición de la demanda: concepto y presupuestos de la acción confesoria.—La acción confesoria tiene por objeto confesar la existencia de un determinado derecho real. Por ello, en la demanda se deberá alegar la constitución y la existencia de dicho derecho real por parte de su titular, puesto que el dominio se presume libre y también debe acreditarse la lesión causada en el derecho que se pretende restablecer con su interposición. Dicha acción no debe ser confundida con la acción rei-

vindicatoria cuyo objetivo es la declaración del dominio y su restablecimiento posesorio.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 13 de octubre de 1910, 7 de julio de 1924, 24 de mayo de 1982 y 13 de febrero de 1999) el modo de plantear la demanda tiene como fin permitir a los tribunales decidir con certeza y seguridad sobre la reclamación del interesado y, a su vez, evitar la indefensión del demandado. De tal manera que el defecto en el modo de proponer la demanda no se limita al empleo de una terminología errónea, ya que en el actual proceso no se exige la fórmula de la *editio actionis* propia del Derecho romano, sino que dicho defecto se aprecia cuando faltan las alegaciones y presupuestos necesarios para que una determinada acción prospere. (STS de 2 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Don S. A. M. es titular de una servidumbre de paso sobre un camino sobre el que don J. S. F. y doña R. M. M. F. han edificado un almacén. Don S. A. M. interpone demanda contra ellos en juicio declarativo ordinario de menor cuantía en ejercicio de acción reivindicatoria por la que solicita que se declare el restablecimiento del derecho de servidumbre de paso, la demolición por parte de los demandados del almacén edificado sobre el camino, la indemnización de daños y perjuicios, y que en lo sucesivo los demandados se abstengan de perturbar el uso del referido camino.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda formulada por no reunir los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción reivindicatoria al no quedar probada la existencia del camino. La Audiencia Provincial, en la apelación, revoca la anterior sentencia y estima la demanda. La parte demandada interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto, casa y anula la sentencia dictada en apelación y desestima la demanda, pero no por los razonamientos de instancia, sino por un defecto legal en el modo de proponer la demanda. (S. E. M.)

86. Arbitraje. Excepción procesal de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Momento procesal oportuno para su alegación. Interpretación del artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje de 1988. Evolución del criterio jurisprudencial.—La jurisprudencia de esta Sala sobre el momento procesal oportuno para proponer la excepción de sumisión a arbitraje en el juicio de menor cuantía, fundada en la interpretación rígida de la expresión «cualquier actividad procesal» del artículo 11 de la Ley de Arbitraje de 1988, y traducida en que no se entendía propuesta adecuadamente si el demandado, además, se oponía a la demanda en el fondo (SSTS de 2 de julio de 1992, 13 de marzo de 1996, 29 de septiembre de 1997 y 29 de junio de 1998), empezó a evolucionar hacia una mayor flexibilidad a partir de la STS de 18 de abril de 1998 para, ya en el año 1999, acabar consolidándose la doctrina de que, dada la amplitud del artículo 687 LEC de 1881, nada impedía al demandado proponer dicha excepción y, en el mismo escrito, contestar a la demanda en el fondo para el caso de que aquélla no fuese estimada (SSTS de 1 de junio de 1999, 14 de junio de 2001, 18 de marzo de 2002 y 26 de julio de 2003). Alegada por el demandado la excepción de sumisión a arbitraje con carácter previo, negando la competencia del órgano jurisdiccional para conocer del asunto, ha de estimarse el motivo de

acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada. (**STS de 11 de mayo de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. G. B. demandó al don J. S. C. por vicios constructivos derivados de la ejecución de una obra que el segundo realizó para el primero, solicitando la reparación de los defectos por sí o a su costa más la indemnización de daños y perjuicios. El demandado contestó a la demanda alegando la excepción de arbitraje, pero además reconvino solicitando el pago de determinadas cantidades, a lo que se opuso el demandante reconvenido alegando la misma excepción de arbitraje. El Juzgado de Primera Instancia desestimó tanto la demanda como la reconvenCIÓN por entender que debía apreciarse la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. La Audiencia Provincial de San Sebastián estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el actor y, con revocación de la sentencia de instancia, estimó parcialmente la demanda inicial, condenando al demandado a ejecutar las obras de reparación. Asimismo estimó la excepción de sumisión a arbitraje respecto de la reconvenCIÓN formulada por el demandado, absolviendo al actor de lo solicitado. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del demandado.

NOTA.—El artículo 11 de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ha sustituido la antigua redacción de la ya derogada Ley de Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988, por otra más acorde con la interpretación sostenida por la doctrina jurisprudencial descrita. De manera que, pese al cambio legislativo, sigue siendo plenamente aplicable dicha doctrina bajo la eficacia de la nueva Ley. (*L. A. G. D.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LVIII, 2005

FASCÍCULO I enero-marzo

Pág.

In memoriam

Juan B. Jordano Barea, por Antonio GORDILLO CAÑAS	5
---	---

Estudios monográficos

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA: «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado»	9
Juana MARCO MOLINA: «La protección de la persona como sujeto expuesto al desarrollo tecnológico: la responsabilidad del fabricante de productos defectuosos en el Derecho norteamericano»	75
Esther GÓMEZ CALLE: «El Derecho civil ante las nuevas técnicas de investigación genética. En particular, las pruebas de detección genética»	153
Máximo Juan PÉREZ GARCÍA: «La difusión de la jurisprudencia a través de las nuevas tecnologías: un instrumento al servicio de la seguridad jurídica»	189

Crónica de Derecho privado europeo

A cargo de: Esther ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: Miriam ANDERSON, Esther ARROYO I AMAYUELAS, Giovanni BISAZZA, David BONDIA GARCÍA, Esteve BOSCH CAPDEVILA, Sergio CÁMARA LAPUENTE, Martín EBERS, Sergio NASARRE AZNAR, Cyril NOURISSAT, Bárbara PASA, Elise POILLOT, Helena TORROJA MATEU, Stefano TROIANO, Antoni VAQUER ALOY	211
--	-----

Bibliografía

LIBROS

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés: «El procedimiento arbitral. (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje)», por Marien Aguilera Morales	309
DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Derecho sanitario y responsabilidad médica. (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)», por María Paz García Rubio	319

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: «El arrendamiento de empresa», por Ana M.ª Colás Escandón	323
SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «Resolución del contrato por incum- plimiento y modalidades de su ejercicio», por María Paz García Rubio	334
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	341
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Beatriz FER- NÁNDEZ GREGORACI, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Nie- ves MORALEJO IMBERNÓN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMA- QUERO GIL	373

FASCÍCULO II

abril-junio

Pág.

Estudios monográficos

María Corona QUESADA GONZÁLEZ: «La prueba del ADN en los procesos de filiación»	493
Esther GÓMEZ CALLE: «La división material, la agregación y la segregación de los pisos o locales y sus anejos en el régimen de la propiedad horizontal»	595
Pedro ROBLES LATORRE: «La usucapión de las servidumbres de paso en el Código civil»	621
María Teresa ALONSO PÉREZ: «La sobreedificación y la subedificación en la propiedad horizontal. (Estudio de Derecho comparado hispano-francés)»	691
Carmen JEREZ DELGADO: «Publicidad de las normas y técnica legislativa en la sociedad de la información»	765

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

Por Marta REQUEJO ISIDRO	813
--------------------------------	-----

Bibliografía

LIBROS

COLAS 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)», por Nieves Moralejo Imbernón	829
DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Saneamiento por vicios oculitos. Las acciones edilicias», por Salvador Carrión	837
GÓMEZ CALLE, Esther: «El artículo 18 LPH: La impugnación de los acuerdos en el régimen de la propiedad horizontal», por Isabel Sierra Pérez	849
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», por José Ramón García Vicente	854
PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: «Derechos de crédito y Registro de la Propiedad», por Gema Díez-Picazo Giménez	861
RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante», por Antonio Cabanillas Sánchez	862

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Eva CANO VILÀ, 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	869
---	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

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 VALL-LLOVERA.....	
---	--

FASCÍCULO III

julio-septiembre

Pág.

In memoriam

Ignacio Serrano Serrano, por José Luis de los Mozos	1045
---	------

Estudios monográficos

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ: «Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)».....	1049
Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA: «El artículo 831 del Código civil».....	1115
Bernardo MORENO QUESADA: «El usufructo en la nuda propiedad»...	1153
Marina PÉREZ MONGE: «Aproximación a la incidencia de la eventual adopción del Proyecto de Pavía en el tratamiento del incumplimiento de las obligaciones contractuales en Derecho español».....	1161

Crónica de Derecho Privado Europeo

A cargo de: Esther ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: Miriam ANDER- SON, Esther ARROYO I AMAYUELAS, Giovanni BISAZZA, David BONDÍA GARCÍA, Esteve BOSCH CAPDEVILA, Sergio CÁMA- RA LAPUENTE, Martín EBERS, Sergio NASARRE AZNAR, Cyril NOURISSAT, Bárbara PASA, Elise POILLOT, Helena TORROJA MATEU, Stefano TROIANO, Antoni VAQUER ALOY	1193
---	------

Bibliografía

LIBROS

GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso: «La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», por José Javier González de Alaiza Cardona.....	1321
VV.AA.: «Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen», por Máxi- mo Juan Pérez García	1326
VV.AA.: «Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert. Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit», por Lis Paula San Miguel Pradera	1330

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1339
-------------------------------------	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO: «El principio de fe pública registral y su aplicación a la hipoteca de constitución unilateral. Los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, sus requisitos y su posible aplicación a este caso. (Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2003)»	1375
Elena RODRÍGUEZ PINAU: «¿Complejidad o perplejidad? El Derecho civil en la Sala 3. ^a del Tribunal Supremo. (Comentario a la STS de 6 de octubre de 2004)»	1391

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Margarita CAS-TILLA BAREA, Ana María COLÁS ESCANDÓN, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍEZ DE LEZCANO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Laura ZUMAQUERO GIL	1401
--	------

FASCÍCULO IV

octubre-diciembre

Pág.

Estudios monográficos

Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ: «Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social»	1509
Juan David SÁNCHEZ CASTRO: «La aplicabilidad de la “excusa razonable” contenida en el artículo 44 CISG».....	1575
Arturo CALVO ESPIGA: «Sobre el método en el estudio del Derecho civil: una aproximación a la Historia».....	1599

Vida jurídica

Lena KUNZ (trad.: F. J. Andrés Santos) «Wege zur Konkretisierung von General-Klauseln: Was leistet die deutsche Rechtswissenschaft vom Europäischen Privatrecht? (Jornada Científica celebrada en Heidelberg, 29 de abril de 2005)».....	1653
--	------

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

Por Marta REQUEJO ISIDRO	1663
--------------------------------	------

Bibliografía

LIBROS

CASTILLA BAREA, Margarita: «El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo», por Juan David Sánchez Castro ..	1679
PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: «La protección aquiliana del derecho de crédito», por Alma María Rodríguez Guitián	1687

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María Rosario DÍAZ ROMERO, María Paz GARCÍA RUBIO, Martín GARCÍA-RIPOLL, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA	1693
---	------

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS, año 2004

Por Encarna ROCA TRÍAS, Ramón CASAS VALLÉS, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Asunción ESTEVE PARDO, Olga ROVIRA, Carles VENDRELL CERVANTES, Elisabet GRATTI	1735
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Montserrat VERGÉS VALLLLOVERA	1795
--	------

