

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

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

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: (91) 390 20 82 / 44 29 / 21 87

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: (91) 902 365 303

Fax: (91) 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIX, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2006

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): 007-06-053-4
NIPO (M. de Justicia): 051-06-017-3
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

El principio de fe pública registral (I)

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I.1. Indicaciones introductorias sobre el principio de fe pública registral, su concepto, las circunstancias de su consagración y formulación en nuestro sistema hipotecario, su fundamento y la clave de su explicación. 2. Indagación más en particular sobre algunos extremos: *a) Añadidos y limitaciones en la línea protectora de la confianza puesta en el Registro al concretarse en él una forma artificial y técnica de apariencia protegible: algunos supuestos. b) ¿Necesita compensarse la buena fe del tercero con la negligencia del *dominus* cuyo derecho va a ser sacrificado?*–II. *El sujeto protegido por la fe pública registral y los requisitos necesarios para su protección.* 1. El tercero, en tanto que sujeto ajeno al acto creador de la situación inmobiliaria que el Registro publica. 2. Su confianza en la exactitud de la información que el Registro le proporciona, o el requisito de la buena fe: *a) Indicaciones generales sobre la buena fe exigida en el artículo 34 LH. b) Su necesario ingrediente de diligencia. c) Determinación del cuándo en que es necesaria. d) El fundamento y la función de su presunción legal.*

I.1. INDICACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL, SU CONCEPTO, LAS CIRCUNSTANCIAS DE SU CONSAGRACIÓN Y FORMULACIÓN EN NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO, SU FUNDAMENTO Y LA CLAVE DE SU EXPLICACIÓN

Las frecuentes, y a veces ya repetidas referencias que a la fe pública registral hemos tenido que hacer en anteriores trabajos

sobre nuestro peculiar sistema inmobiliario registral¹, principalmente en los dedicados al principio de inoponibilidad², nos permiten proceder ahora más breve y sintéticamente en estas indicaciones necesariamente introductorias al estudio de su funcionamiento como particular principio hipotecario. Ateniéndonos, pues, a estas pautas, comenzamos:

1. ¿Qué es la fe pública registral, o en qué consiste el principio hipotecario que así se enuncia? Sin necesidad de tener que recurrir al rigor escolástico de una definición exacta y precisa³, podemos lisa y llanamente decir que fe pública registral significa tanto como fiabilidad objetiva del Registro de la Propiedad: todos pueden confiar (*fides publica*) en lo que el Registro publica⁴.

Naturalmente, la efectividad de tal confianza, en tanto que compromiso legal con cuantos se acogen a la publicidad oficial, exige que para quien, confiando en el Registro se atiene a sus datos, la información registral valga como cierta y exacta (*als richtig*, dice el § 892 BGB). No importa que la titularidad publicada no sea cierta, o que esté condicionada, limitada o gravada por condición, límite o carga de la que no dé noticia el Registro: el ter-

¹ Vid. «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», *ADC* 1994, pp. 21-81; «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», *ADC*, 1995, pp. 527-694; «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», *ADC*, 1998, pp. 421-632; «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», *ADC*, 2001, pp. 5-256.

² «El principio de inoponibilidad: El dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *ADC*, 2004, pp. 381-547. También, «Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo*, III, Madrid, 2003, pp. 3887-3916 y en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XLII (2004), pp. 95-135.

³ La propone, en la doctrina actual y con formulaciones diferentes, GARCÍA GARCÍA, primero, en su *Derecho Registral o Inmobiliario*, II, Madrid, 1993, p. 227: «Es aquel principio hipotecario en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición a non domino que realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la Ley» (cva. del a.); posteriormente, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, VII, 4, Madrid 1999, p. 422: «Puede definirse como “aquel principio hipotecario en virtud del cual el tercero que reúna determinados requisitos, adquiere una titularidad inatacable, realizando una adquisición a non domino protegida por razones de seguridad del tráfico inmobiliario”». En la doctrina anterior, e. c., Cossío, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Barcelona, 1956, p. 201: «... aquel principio en virtud del cual se substituye en el tráfico inmobiliario de buena fe la facultad material de disposición, por el contenido del Registro, aunque éste no corresponda a la verdadera realidad jurídica».

⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, 4.^a ed. Madrid, 1995, p. 450: «Hay fe pública registral en la medida en que los terceros pueden colocar su confianza en aquello que el Registro publica [...]. Obviamente, entendiendo así el principio de fe pública registral no puede compartirse el modo de hablar de NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la propiedad español», *RCDI*, p. 221, cuando se refiere al «mal llamado principio de fe pública encerrado en el artículo 34 de la Ley».

cero que adquiere confiando en lo que el Registro publica, adquiere conforme a él, aunque su adquisición resulte *a non domino*, o en el tránsito de uno a otro titular el derecho adquirido se vea liberado de las ataduras y límites que, no estando inscritos, lo configuraban y circunscribían en cabeza del transmitente.

La fe pública registral, en cuanto exponente del efecto *quoad tertios* de la publicidad y exigencia de la seguridad del tráfico inmobiliario que el Registro se propone lograr y garantizar, constituye un principio hipotecario –el más importante, sin duda⁵–, de naturaleza neta e inequívocamente «germánica» y que, superando con mucho el efecto negativo y preclusivo de la publicidad «latina», se traduce en una presunción *juris et de jure* o en una ficción, como tantas veces se dice⁶, de exactitud y de integridad del Registro⁷. El tercero

⁵ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1947, p. 370: «[...] principio en sí mismo, de tal importancia que, con razón, se conceptúa como el más fundamental de los principios hipotecarios».

⁶ Indistintamente, sin apurar en las diferencias conceptuales, se refieren al efecto protector de la fe pública registral como presunción *juris et de jure* o como ficción tanto la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria, de 1944, como la común doctrina. En la primera se comienza diciendo: «La inscripción solamente protege con carácter *juris et de jure* a los que contrataran a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe», añadiéndose poco más adelante: «La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario». Destacados exponentes de la construcción doctrinal, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas Hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho civil*, I, Madrid, 1948, p. 106; «El Registro se presume exacto, y a esta *proe sumtio* (*sic*) que pasa a ser ficción (*juris et de jure*), pueden acogerse los adquirentes [...]»; idem, «Principio de Publicidad», en los mismos *Estudios...*, pp. 384: «... sienta la presunción *juris et de jure* (según otros autores, la *ficción jurídica*), que no admite prueba en contrario, de la concordancia entre la inscripción y la realidad», y 389: «De la presunción pasamos a una verdadera ficción legal: el tercero, para la Ley, conocía la inscripción y al adquirir la finca se confió a su amparo»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 373: «Los autores suelen calificarla como presunción *juris et de jure* o ficción jurídica [...] Dejando aparte el problema de la exactitud de estas calificaciones, un tanto discutibles, es lo cierto que existe una declaración de adquisición plena y definitiva...» Sólo de ficción, en cambio, habla ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, 7.^a ed. Madrid, 1979, p. 530: «En provecho de este adquirente el contenido del Registro se reputa verdadero o se finge por la ley como irrebatiblemente exacto dentro del ámbito y alcance que la misma determina [...]» Algo parecido ocurre en la doctrina alemana, como puede verse en STAUDINGER-GURSKY (STAUDINGER, J. von, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12, neubearbeitete Auflage. Drittes Buch, Sachenrecht 1989), ad § 892, Rz 9: «Fiktion oder unwiderlegliche Vermutung? Der Inhalt des Grundbuches „gilt als richtig“». Das Gesetz operiert hier also mit einer Fiktion (so die ganz hM, vgl RGZ 86, 353, 356; PLANCK-STRECKER Anm III; BGB-RGRK- AUGUSTIN Rz 47; JAUERNIG-JAUERNIG Vorbem 3 vor § 891; WIEGAND 1975, 206; LUTTER AcP 164 [1964] 122, 124 Fn 8; FUCHS Anm 8). Andere sehen darin eine unwiderlegliche Vermutung (MünchKomm-WACKE Rz 2; WESTERMANN § 85 I 2; KIEHL LZ 1923, 53; ebenso auch RGZ 123, 19, 21). Das ist jedoch unzutreffend. Die Unrichtigkeit des Gundebuches ist in § 892 offensichtlich vorausgesetzt (JAUERNIG-JAUERNIG Anm 1 b; LUTTER aaO)».

⁷ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», *Estudios...* cit., p. 384: «Enfocado el principio de publicidad desde el punto de vista sustantivo, presenta dos aspectos, positivo y negativo [...] el Registro es *exacto* por corresponder a la realidad jurídica, e *íntegro* porque la agota. Lo inscrito es real, y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter»; NÚÑEZ LAGOS, «La evolución del principio de publicidad»,

puede confiar en que lo que el Registro publica es la verdad –toda la verdad– acerca de la situación inmobiliaria inscrita.

2. Circunstancias de su consagración y formulación en nuestro sistema hipotecario. Concretamente vamos a ocuparnos del tiempo en que se adopta en nuestro Derecho el principio de fe pública registral, y del modo en que se le lleva al texto de la Ley Hipotecaria.

A) En cuanto al primer punto, es afirmación hoy muy compartida y repetida en la doctrina la que viene a sostener que sólo tras el hito marcado por la reforma de los años 1944-46, el principio de fe pública se encuentra en él indudable y completamente aceptado y aplicado; antes de ella, tan sólo se le podía considerar embrionarioicamente acogido, sin que llegara a obtener ni adecuada expresión ni completo desarrollo⁸.

A nosotros, esta forma de dar por respondida la cuestión antes propuesta nos suscita muchas reservas⁹. Nunca pondremos en duda que tras la reforma de los pasados años cuarenta, y por obra de la doctrina que la preparó, el principio de fe pública registral se afirma hoy en la Ley –más que en ella, en la exposición de sus intérpretes– con mayor seguridad y nitidez que en toda la etapa anterior. Pero, esto admitido, lo que, a nuestro juicio, no puede negarse es que el principio de fe pública inspiró las tareas prepara-

AAMN XIV, 1965, p. 79: «La fe pública tiene dos notas características: exactitud e integridad»; Cossío, *op. cit.*, p. 202: «[...] por una incontrovertible ficción jurídica, se reputa que el Registro es *exacto*, por corresponder a la realidad jurídica, e *íntegro* porque la agota»; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, I, cit., pp. 372-373: «Los autores distinguen a este respecto dos aspectos de la fe pública: positivo y negativo. En sentido positivo, la fe pública registral equivale a la afirmación de que el *Registro es exacto* [...]. En sentido negativo, equivale a la afirmación de que el *Registro es íntegro o completo* [...]»; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid 1986, p. 133: «La publicidad es una *presunción juris et de jure* de veracidad e integridad del registro para el tercero que confía en el mismo e inscribe su adquisición». En la doctrina alemana, *vid.* STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.* Rz 4: «§ 892 gewährleistet dabei den Vertrauenschutz sowohl in positiver wie in negative Hinsicht: Der Erwerber darf sich sowohl darauf verlassen, daß die eingetragenen dinglichen Rechte mit dem gebuchten Inhalt bestehen und dem im Grundbuch als Rechtsträger Ausgewiesenen zustehen (**Richtigkeitsfiktion, positive Publizität**) wie auch darauf, daß nicht gebuchte bzw im Grundbuch bereits wieder gelöschte dingliche Rechte nicht bestehen (**Vollständigkeitsfiktion, negative Publizität**)»; en la suiza: DESCHENAUX, *Le Registre Foncier*, Fribourg, Suisse 1983, p. 9: «On parle, à ce sujet, d'un effet *positif* de l'inscription (positive Rechtskraft) [...]. La foi publique a d'ailleurs aussi un aspect *négatif*, qui opère en faveur de l'acquéreur d'un immeuble grevé d'un droit réel non inscrit [...]» (las citas. son de los aa.).

⁸ Con diferencias de acentos y matices, pero manteniéndose sustancialmente en la misma idea, e.c., ROCA SASTRE, «La nueva Ley de reforma hipotecaria», separata de la *RGLJ*, marzo 1945, Madrid, 1945, pp. 28-29, y después: *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 640-645; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, cit., p. 375; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 167-168; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Anotaciones a ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, III, 1, 3.^a ed., Barcelona, 1971, p. 279; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 250.

⁹ Nos hemos referido ya a la consagración, plena y consciente, del principio de fe pública registral en la Ley Hipotecaria de 1861, en nuestro trabajo *¿Monismo o dualismo hipotecario?...*, cit., pp. 105-112.

torias de la Ley Hipotecaria, informó su concepción y en ella encontró expresión inequívoca desde 1861. No es cuestión de entrar en este momento a desarrollar y argumentar este aserto. Tampoco es necesario. Basta el testimonio de Gómez de la Serna afirmando la inspiración germánica del contenido hipotecario del Proyecto de 1851, su explicación en tal clave por Luzuriaga, el encargo hecho en 1855 por el Gobierno a la Comisión de Códigos de atenerse al modelo germánico en la elaboración de la Ley Hipotecaria, y las plasmación del sistema elegido –aparte otros, especialmente en el 31– en su artículo 34¹⁰, del cual dirá después Núñez Lagos que fue en su tiempo «vanguardia legislativa»¹¹. Es más: tan arraigada estaba en los autores de la Ley la idea de la fe pública registral, que, como tan insistente se ha hecho notar –aunque en interpretación y con finalidad diferente a la que aquí sostendemos¹²– desde ella va a explicarse en los comentarios de Serna el efecto protector del originario artículo 23: «... pero [si el primer comprador no inscribió su derecho], dando lugar a que otro, engañado por el silencio del Registro comprara la finca, creyendo

¹⁰ Vid., SERNA, *La Ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, I, Madrid 1862, p. 637, nota, en el comentario al artículo 34 y en su respuesta a las acaloradas críticas de que fue objeto al publicarse la Ley:

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

Mas el sistema que en el Código civil se proponía, si bien solo por la gran autoridad de los jurisconsultos que en él intervinieron merecía ser examinado y discutido, debió llamar preferentemente la atención desde el momento en que el Gobierno aceptándolo como suyo, lo indicó a la Comisión de Codificación para que formulara el proyecto de ley hipotecaria. Esto era en agosto de 1855. Entonces se decía a la Comisión que el Gobierno deseaba que la nueva ley partiera del principio de publicidad... Entonces indudablemente hubiera sido ocasión más oportuna para entrar en la discusión del sistema que al antiguo quería sustituirse: entonces podría la prensa científico-jurídica, hacer al país más oportunamente el servicio que tal vez algunos, no nosotros, hoy conceptuarán como estemporáneo.

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

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

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

¹¹ NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., p. 103: «Nuestra Ley de 1861, con su artículo 34, significa, en su época, la vanguardia legislativa».

¹² Como es sabido, sobre este dato, entre otros, fundará ROCA SASTRE su interpretación monista de nuestro sistema hipotecario. Vid. al respecto, además de su *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 536-537, «Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861», *RCDI*, 1962, pp. 591-592 y 601.

que el dominio existía aún en el que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior: *para él [...] no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el Registro»*¹³. Sobradamente sabía Serna que dicho precepto era de estirpe latina¹⁴, y que la publicidad germánica es una publicidad de efecto positivo basada en la protección dispensada a la confianza puesta en el Registro. Pero, aun así, entendía que en nuestro sistema germánico, el efecto de la fe pública se viene a tocar con el de la mera inoponibilidad cuando la transmisión no inscrita se refiere a un derecho ya publicado. Lo de menos será que, en razón de ese dato, el principio se exprese una y otra vez, por referencia a su dimensión negativa¹⁵. Lo que de verdad importa es que ya en 1861 nuestra Ley Hipotecaria se inspiró en el principio de fe pública registral, que lo llevó decididamente a su texto, y que sus primeros autores dejaron cumplida constancia de él en palabras no mejoradas por las fórmulas hoy empleadas para enunciarlo y definirlo: *La Ley Hipotecaria... sólo trata de evitar perjuicios al tercero que, con buena fe y fiado en la exactitud del Registro, es inducido a error y adquirir bienes inmuebles o derechos reales que por descuido de otro dejaron de inscribirse oportunamente*¹⁶.

De lo anteriormente dicho, podemos dejar ya sentadas tres conclusiones:

a) Que, en absoluto, y según demuestra el Proyecto de 1851¹⁷, es posible establecer un sistema de publicidad positiva, sin que en él

¹³ GÓMEZ de la SERNA, *op. cit.*, p. 567.

¹⁴ Cfr. SERNA, *op. cit.*, p. 73, tras la relación de sus precedentes en la legislación extranjera: «En algunos Estados, como en... Francia... está declarado que los títulos no inscritos no pueden perjudicar a tercero de buena fe. En otros... se ordena únicamente que sean pospuestos a los inscritos... En todas estas legislaciones se ve dominante el principio de la nuestra..., ... que el derecho real sobre bienes inmuebles que no está inscrito, no perjudica a tercero. Más adelante van otros Estados que niegan absolutamente toda fuerza legal al título que no está inscrito para el efecto de producir derechos reales. Así sucede en Holanda, territorio de Mecklemburgo-Schwerin-Strelitz, Noruega y Wismar, y en el proyecto de Ley Hipotecaria de Ginebra...».

¹⁵ Destacan dicho enfoque del principio en 1861, ROCA SASTRE, «Transcendencia...», cit., pp. 588 y 589-592, y SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, cit., p. 375: «El principio de la fe pública dominó el sistema hipotecario español a partir de 1861, si bien fue formulado en diversa forma por la legislación anterior a 1944 y por esta Ley y la de 1946. Hasta 1944, la orientación general de nuestro sistema fue hacia la aceptación del principio en forma predominantemente negativa. Desde la Ley de dicho año, se inclinó nuestra Ley hacia la consagración positiva del mismo».

¹⁶ SERNA, *op. cit.*, p. 655. *Vid.*, también, CÁRDENAS, «Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación», *RGLJ*, 1871 (XXXVIII), p. 170, indicando el objeto del artículo 34: «... asegurar al tercero que contrata con el que ya tiene su derecho inscrito en el Registro, contra el peligro de ser perjudicado, si este derecho llegara a resolverse en virtud de título no inscrito, o de causas que no resultaran del mismo Registro».

¹⁷ Lo acabamos de ver en GÓMEZ de la SERNA (*supra*, nota 10) y lo mismo podríamos verlo en OLIVER, *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1892, pp. 60-72.

la fe pública registral se formule en la forma, igualmente positiva y expresa, en que a partir de 1861, y en sus sucesivas reformas, ha venido a proclamarla el artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹⁸. Basta para ello que el «desenvolvimiento técnico» a que se somete el Registro (folio real, titulación auténtica, calificación registral, trácto sucesivo...) permita hacer de la inscripción practicada fundamento suficiente de la general confianza. Cuando así ocurre, la afirmación de que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero –sin tener que frenarse como, sin tales soportes, tiene que hacerlo abruptamente en los sistemas latinos de transcripción– permite sobrentender que, más allá de ese efecto puramente negativo y en inseparable unión con el mismo, es el derecho inscrito el que únicamente cuenta para el tercero que confía en lo que el Registro publica¹⁹. Al fin y al cabo, establecida la fe pública registral, cada una de las formas, positiva y negativa, de expresar su efecto protector, implica la afirmación de su contraria. Se entiende por ello que Serna explicara el resultado de lo dispuesto en el artículo 34 mediante la fórmula negativa de que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero²⁰.

b) Que por más que se destaque e insista en que el artículo 34 sólo muy tardíamente fue introducido en el cuerpo de la Ley Hipotecaria, lo que de tal dato nunca podrá concluirse es que la fe pública se incrusta en ella casi inopinadamente y a modo de sorprendente meteorito que introduce en su contenido algo hasta entonces ajeno a él y ausente en su inspiración²¹. Concebida y pergeñada la

¹⁸ Lo contrario, aunque con el matiz final que viene a recortarlo en gran parte, en ROCA SASTRE, «Transcendencia...», cit., p. 598: «Si en nuestra primera Ley Hipotecaria no se hubiera contenido otro precepto importante, de orden substantivo o material, que dicho artículo 23, el sistema introducido por ella había sido casi idéntico al de los denominados sistemas de transcripción, salvo en cuanto al artículo 17 de la misma Ley, en cuanto cierra el Registro al título o títulos anteriores no inscritos que hayan resultado ineficaces por la inscripción del segundo o posterior. Pero *nuestra Ley fue mucho más allá...*» (cva. del a.).

¹⁹ OLIVER, *op. cit.*, pp. 69-70: «Según todos estos preceptos, que reconocen tan importantes efectos a la inscripción, es evidente que la publicidad que aceptan y proclaman los autores del Proyecto de 1851 no tenía el concepto de la mera publicación o notoriedad de los actos inscriptos, sino el carácter y los efectos de un verdadero acto público, atribuyendo verdadera *fe pública* a los asientos del Registro, es decir, a lo consignado en los mismos» (cva. del a.).

²⁰ Cfr. SERNA, *op. cit.*, en el comentario al artículo 34, pp. 635: «En una palabra, lo que establece la Ley es que aquello que por no estar inscrito no es conocido por el adquirente, no le perjudique... Sólo el tercer adquirente de buena fe puede obtener victoria contra el dueño cuando éste dejó de inscribir oportunamente su título de propiedad, dando lugar a que aquél se anticipase a inscribir el suyo...»; y 636: «Todo esto es parte de un mismo pensamiento, que puede formularse en estos términos: *lo que no está inscrito en el registro, no puede perjudicar a tercero*» (cva. del a.).

²¹ Dato repetidamente destacado por NÚÑEZ LAGOS, para quien («El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, p. 241) «un buen día aparecen redactados los artículos 33 y 34»; un día que hay que situar en el cuarto y último jalón de la gestación de la Ley Hipotecaria: cuando el sistema legal está ya completamente decidido y trazado: «Todo el sistema está basado en el que fue artículo 23 (hoy 32), al margen por completo del llamado principio de fe pública y del tercero hipotecario *derivado y apoyado* desde una previa

Ley desde el efecto asegurador de la fe pública, el meollo del artículo 34 nunca podrá ser en ella un elemento adventicio, ni el precepto que lo formula, un cuerpo extraño en la completa unidad del conjunto. De hecho, sabemos por Cárdenas que el artículo 34 fue el más meditado de la Ley²², y que en la estimación de Gómez de la Serna, combatir tal precepto era tanto como combatir y atacar toda la Ley²³. Nos consta igualmente que el inicial y tan recordado protagonismo del originario artículo 23, pronto hubo de dar paso al del 34²⁴, precepto considerado por Oliver «sin duda alguna, el más importante y transcendental de la Ley»²⁵.

c) Y, finalmente, que cuando se clarifican ideas, y de la indistinción del principio de publicidad se pasa a la diferenciación –aparte el de legitimación registral– de los de inoponibilidad y fe pública registral, entonces, el originario artículo 23 (actual 32) debe quedar fuera del ámbito propio del principio de fe pública²⁶. A ello respondió, sin duda, el indiscreto y extremoso intento de su supresión en 1944. El actual artículo 32, como exponente del valor no constitutivo de la publicidad y definidor de la protección latina a la primera inscripción, tiene ámbito propio y justificación autónoma; y, precisamente por eso, no se le puede llevar al campo de la fe pública, ni siquiera como norma expresiva de su dimensión negativa. Y sin que nada pierda por ello la afirmación de este principio en nuestro sistema registral²⁷: como antes dijimos, cualquiera de sus dos posibles formulaciones –positiva o negativa– lleva implícita la contraria. No siendo, pues, el artículo 32 la otra cara

situación registral» («Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1950, p. 574). Discutible también, e insatisfactoria, a nuestro juicio, la interpretación de este mismo dato en LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (ed. 1968), pp. 202-207.

²² CÁRDENAS, «Memoria histórica...», cit., p. 170: «Este artículo, el más meditado y el más discutido por la Comisión de todos los que comprendía la Ley...».

²³ SERNA, *op. cit.*, p. 636, nota: «Este ataque no es a determinados artículos de la Ley, es a toda ella; es a los principios en que descansa...».

²⁴ Cfr. GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, II, 2.^a ed. Madrid, 1890, p. 480: «Lo que por algunos se dijo de que el art. 23 era la Ley, aplican otros al 34, y esto es suficiente para comprender su importancia».

²⁵ OLIVER, *op. cit.*, p. 447.

²⁶ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «La evolución del principio de publicidad...», cit., p. 82: «El artículo 32, nada tiene que ver con la integridad fe pública registral [sic]. Obedece a un arcaico mecanismo muy anterior a la aparición de ésta». En la doctrina actual, cfr. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 229, para quien el artículo 32 es el primero de los que, aunque a veces mezclados y confundidos con el 34 y tratados dentro del principio de fe pública registral, deben quedar fuera de ella.

²⁷ Lo pierde en la interpretación de GÓMEZ GÓMEZ, «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», *RCDI*, 1952, pp. 558 ss., quien, queriendo ver en el artículo 32 la base legal de la inscripción constitutiva, trae a su campo la protección del tercero contra el ejercicio de acciones reales, reservando al 34 y al juego del principio de fe pública registral el caso, por lo general, de que haya tenido acceso al Registro «un título inválido, filtrándose a través de las mallas de la calificación registral y burlando el principio de legalidad» (p. 564).

del 34²⁸, hay que prescindir de él cuando se trata de estudiar y analizar el principio de fe pública registral. La mezcolanza y confusión explicable en los momentos de arranque del sistema, no puede ser todavía arrastrada en la doctrina de nuestros días²⁹. Si nuestro Registro de la Propiedad despliega su «eficacia ofensiva» en dos direcciones distintas, cuando se trata de adentrarse en el estudio de una de ellas (la fe pública registral, de inspiración germánica) hay que abandonar ya el precepto que marca el rumbo de la otra (la inoponibilidad, de inspiración latina).

B) Y visto el primer punto: cuándo se instaura el principio de fe pública registral en nuestro Derecho, pasemos al segundo antes anunciado: cómo se le formula y se le lleva al texto de la Ley Hipotecaria.

Coinciden los autores en indicar que, tanto en la originaria redacción de la Ley como en la actual, el principio de fe pública no aparece enunciado en un precepto único y de alcance general, sino –falta de *elegantia juris*, dice Lacruz³⁰– en varios diferentes que lo aplican en supuestos distintos³¹. Con la señalada excepción del

²⁸ En sentido contrario, e. c., PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, pp. 279: «Ambos artículos se complementan y reconocen en nuestro sistema el principio de fe pública registral» y 281: «La fe pública registral opera, pues, en esa zona de mera apariencia jurídica que resulta, por una parte, de la regla de que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 L. hip.), y de otra, de las que establecen que no perjudica a tercero lo que no consta en el Registro (art. 32 Ley hipotecaria y 606 C.C.)...».

²⁹ Arrastrada, sin embargo en la más prestigiosa doctrina –no estrictamente monista–, se la puede ver en DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 451: «La fe pública registral protege a los terceros y opera fundamentalmente a través de dos líneas o de dos reglas o principios, que se corresponden con los arts. 32 y 34 LH»; en el planteamiento monista, obviamente, el artículo 32 tiene forzosamente que entrar en el ámbito de la fe pública registral, única forma reconocida de eficacia ofensiva de la inscripción.

³⁰ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 168.

³¹ Cfr., entre los autores más significativos, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 534: «En la Ley de 1861 se adoptó el principio de fe pública con una formulación normativa abundante, incompleta y de tono negativo, que persistió hasta la ley actual. El art. 34 era el precepto básico [...] al que complementaban otros preceptos, principalmente los contenidos en los arts. 36 a 38 [...] existían otros, tales como los arts. 29, 31, 77, 144, y 156. Esta abundancia de preceptos –dice– ha constituido una circunstancia histórica altamente perturbadora en esta materia [...]», y 540, en cuanto a la formulación actual: «Las aplicaciones concretas que la Ley Hipotecaria hace del precepto central o básico de la fe pública registral, que es el contenido en el art. 34, 1, en su parte primera o inicial, combinado con el artículo 34, 2, las desenvuelve el art. 32 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes, los arts. 13, 15, 69, 76 y 144 de la misma y, sobre todo, por el art. 40, todos también de la Ley Hipotecaria, así como, además, los arts. 31, 220 y 37 de la misma; aparte del caso previsto en la parte final del art. 34, 1, de la ley, unido al 37 de la misma, dada su amplitud y con referencia exclusiva al supuesto de derechos claudicantes». Por lo que hace a la formulación vigente, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 167-172, ven aplicado el principio en los arts. 40, 34, 37, 31, y 220, terminando con la siguiente advertencia (p. 172): «Desde luego, son muchos más los preceptos de la LH que insisten –sin añadir nada a lo dicho aquí– en la idea de protección al tercero a tenor del Registro. En especial el art. 69 [...] y los 76 y 97»; y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 228-289, delimitando terrenos, indica como *preceptos concordantes con el artículo 34 LH*, el 31, los apartados *c*) y *d*) [y, en parte, el *b*)] del

mismo Lacruz, que atribuye esta función al artículo 40³², vuelven a coincidir todos ellos en que, de entre tales preceptos, es el 34 el que, como exponente *princeps* del principio, más general y reflejamente lo proclama y consagra³³. Se discrepa a veces –desde planteamientos dualistas, obviamente– sobre la adscripción de alguno que otro de estos artículos a la órbita de cada uno de los dos grandes exponentes de la protección registral: el artículo 32 (principio de inoponibilidad) o artículo 34 (principio de fe pública registral)³⁴. Y se vuelve a coincidir de nuevo en la observación de que la actual redacción del artículo 34 se inspira más en la del artículo 973 del Código Civil suizo³⁵ que en la del § 892 del BGB³⁶, habiendo llegado a decirse que su primer párrafo «está calcado» de aquél³⁷. Tratemos de apostillar brevemente cada uno de estos asertos.

Que el principio de fe pública no se enuncie generalmente en un único precepto, sino que aparezca aplicado en varios en la origi-

artículo 40, el 220, el 69, los artículos 28 y 207 (aunque éste –dice– tiene también relación con el 32) y el 33 de la LH; como ajenos a él, en cambio, el artículo 32 y sus concordantes, el 36 y, sólo en parte, el 37.

³² LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 169: «Ésta es, a nuestro entender, la fórmula más general de la LH, una suerte de *precepto-escoba* en el sistema de la apariencia» (cva. de los aa.).

³³ Principalmente, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p., esp., 539: «Hay que situar en él [en el esquema de la formulación legislativa del principio de fe pública registral] como precepto básico o fundamental en el que se centra la proclamación del principio de fe pública, el artículo 34 de la ley Hipotecaria, pero no en su totalidad, sino tal sólo en cuanto a la parte primera o inicial del primer párrafo de este artículo, combinándolo con el párrafo segundo del mismo, de todo lo cual resulta la norma siguiente: «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», «cuando haya inexactitud del Registro»» (cva. del a.). «Roca hace decir al artículo –contestan LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 170–lo que, sin duda, debería decir (...) pero no lo que dice». De todas formas, el artículo 34 es para NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., p. 109, la «sede indiscutible para nuestros hipotecaristas de la fe pública registral»; para SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 390: «la expresión más característica del principio de fe pública en nuestro sistema»; y para GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 227: la «principal formulación legislativa» del mismo principio.

³⁴ El vigente artículo 37, que para ROCA SASTRE, «Transcendencia...», cit., p. 598, se mueve en la órbita del 34, fue tenido, en su precedente, el 36, por los autores de la Ley –según NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., p. 581– como una aplicación del originario 23; hoy, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 229 y 479 ss., esp., 513-515, desintegra y divide su contenido poniendo sólo parte de él en relación con el artículo 34.

³⁵ Dice, literalmente: *Wer sich in guten Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen.*

³⁶ A tenor de cuyo primer párrafo: *Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.*

³⁷ NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., p. 109: «El artículo 34, párrafo 1.^º, está calcado del artículo 973 del Código suizo». Sin llegar a tanto, señala la inspiración de nuestro artículo 34 en su paralelo suizo, ROCA SASTRE, «La nueva Ley de reforma hipotecaria...», cit., p. 28.

naria Ley Hipotecaria, podrá hacer desmerecer la *elegantia* formal de ésta, pero es efecto y manifestación, al mismo tiempo y yendo al fondo, del carácter principal que sus autores atribuyen a la protección de la confianza que los terceros ponen en el Registro³⁸, en tiempos, todavía, en que el tratamiento y desarrollo doctrinal de la materia no había distinguido y dado nombre clara y separadamente a los distintos principio hipotecarios. Los mismos autores de la Ley, anticipándose en este punto a la crítica que ahora se les hace, comenzaron por hacerla suya: *aquí se limita la Ley* –dirá Gómez de la Serna³⁹ comentando el art. 31– *a aplicar especialmente al caso de que trata este artículo, la regla general que domina en la Ley...* *La Ley es, pues, lógica al expresar en este artículo lo que en su silencio, por interpretación de su espíritu, no podría menos de entenderse.* Si, conscientes de ella, la arrostraron, fue, sin duda, porque legislando en materia nueva, entendieron conveniente suprimir la posibilidad de toda duda, evitando lagunas y aplicando singular y expresamente en cada caso el principio general inspirador de la Ley. Si tenemos en cuenta lo que, a pesar de ello, la doctrina posterior ha venido afirmando sobre la acogida de la fe pública en la Ley de 1861, tendremos que convenir que no fue gratuito el modo en que procedieron sus autores al formularlo y aplicarlo.

Reconocida hoy por todos la amplitud del principio de fe pública, tampoco tiene interés sustantivo la polémica en torno a cuál sea la sede de su proclamación más completa y adecuada. Seguramente tiene razón Lacruz⁴⁰ cuando sostiene que tras la reforma de 1944-46, es el artículo 40 el que lo aplica con mayor amplitud, y que los esfuerzos de Roca Sastre para hacer de la inexactitud registral –cualquiera que sea su causa– la materia contra la que, generalmente y sin más, el 34 protege al tercero, responde al deseo de hacer decir a este precepto más lo que debería decir que lo que literal y efectivamente dice de hecho. Con todo, el dato de que haya sido el artículo 34 el que inicialmente concitó la atención de los autores sobre el efecto de la fe pública; el que, por lo mismo, provocó la enconada polémica⁴¹ que terminó por llevar a su desnaturaleza en 1869 mediante el extraño añadido de las notificaciones; el que de nuevo fue retocado en 1877, cuando en él se

³⁸ SERNA, *op. cit.*, p. 619: «... la confianza que es conveniente que todos presten al Registro...».

³⁹ SERNA, *op. cit.*, p. 615, en cuya nota (a) añade: «... Tampoco encontramos reglas que se refieran a estos casos en la legislación de los demás países, que habrán, sin duda, considerado que, salvados los derechos de un tercero por disposición general, no es necesario descender a más explicaciones...».

⁴⁰ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 169-170.

⁴¹ Informa extensamente sobre ella GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 623-640, en el comentario al artículo 34.

introdujo el requisito de la onerosidad, y posteriormente en 1909⁴²; y el que, finalmente, devuelto a la pureza de su primigenia orientación, con mayor atención y detalle señala, en su redacción actual, los requisitos de aplicación del principio; todos estos datos, decimos, justifican suficientemente que, como ha venido y continúa haciendo la común doctrina, sea al artículo 34 al que se reconozca su condición de exponente más significativo y principal de la protección deparada por el Registro de la Propiedad al tercero que adquiere confiando en lo que en él se publica⁴³.

Mayor interés que esta polémica tiene, a nuestro juicio, lo que a propósito de ella ha venido a decirse sobre el ámbito, no ya del artículo 34, sino del mismo principio de fe pública registral. Admitiendo que la inexactitud registral es una de las ideas-clave del artículo 34, se ha dicho que Roca Sastre la extiende desmesuradamente al admitir como una de sus posibilidades la colisión de títulos incompatibles. De esta forma –se advierte⁴⁴– se trae indebidamente al campo de la fe pública lo que en realidad pertenece como su propia materia al principio de inoponibilidad, y por tanto al ámbito de aplicación del artículo 32. Nosotros no compartimos esta opinión. La preferencia del título inscrito contra el incompatible no inscrito se resuelve por la vía del artículo 32 (principio de inoponibilidad) sólo cuando el inscrito constituye primera inscripción. Por el contrario, cuando el otorgante tenía su derecho inscrito, y de él adquirió el tercero desconociendo la transmisión anterior no inscrita y confiando en la titularidad que, a pesar de ella, el Registro sigue publicando como propia de quien le transmite, es el artículo 34 el que viene en su auxilio manteniéndole en su adquisición y poniéndole a salvo de la anterior no inscrita. Es su confianza en el dato registral previo a su adquisición, el que ahora actúa como determinante y justificador de su especial protección. El comentario de Gómez de la Serna al artículo 34 impide aquí cualquier duda: *la protección de la Ley al adquirente de buena fe se limita a dejar salvos los derechos que creyó adquirir contra los que teniendo otros derechos legítimos dejaron de inscribirlos antes que los suyos y le indujeron por su omisión a error, haciéndole*

⁴² Como cuestión superada, omitimos aquí las sucesivas redacciones del artículo 34 y los problemas suscitados en su interpretación. Una referencia a ellos puede verse en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario...*, cit., pp. 628-640; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 389-400; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 239-249.

⁴³ Lo admiten en cierto modo LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, al decir –p. 171–: «El precepto es, desde luego, importantísimo: una de las claves de la ley. Pero no por proclamar, de modo general el principio... sino porque establece las condiciones de la protección a dicho tercero».

⁴⁴ Así, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 236, y antes, pp. 92-98, esp. 95.

creer que a su adquisición no había precedido otra más antigua y legítima⁴⁵.

Algo similar hay que decir respecto a la opinión que pretende llevar a la órbita del artículo 32 la protección registral del tercero contra las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias cuya causa no conste en el Registro (art. 37 LH). Sostuvo esta idea Núñez Lagos, apoyándola en la circunstancia de ser anteriores los artículos 36 y 37 de la originaria Ley Hipotecaria a la aparición y redacción del 34⁴⁶. El argumento, a nuestro juicio, no es concluyente. Antes de que se diera redacción al artículo 34 se contaba positivamente con el efecto de la fe pública, cuyo juego se consideraba implícita y promiscuamente amparado por el texto del artículo 23, en la hipótesis –normal, una vez puesto en funcionamiento el Registro– de que su dictado protector se aplicara a tercero que inscribe su derecho engarzándolo en otro anterior inscrito, y en cuya realidad y consistencia pudo confiar tomando como base el hecho de su inscripción. Es, una vez más, el fenómeno que llevó a atribuir inicialmente al originario artículo 23 el protagonismo que de inmediato habría de pasar al 34. La norma llamada a enunciar el valor *a se de* de la inscripción *practicada* –de toda inscripción practicada, incluso de la primera– pasa a entenderse, *además*, como norma enunciadora del que obtiene la que se produce en conexión con otra anterior; sin que se repare suficientemente en la diferencia que va –de *ratio* o fundamento y de extensión e intensidad en el efecto– de la simple preferencia o protección del derecho inscrito frente al no inscrito, al mantenimiento *erga omnes* del tercero en su adquisición *secundum tabulas*. La redacción separada del artículo 34 responde a la capta-

⁴⁵ SERNA, *op. cit.*, p. 635. En la más reciente jurisprudencia: STS de 24 de junio de 2004: «En segundo lugar, aun estimando que no nos encontramos ante un supuesto de doble venta a que se refiere el artículo 1473 del Código Civil, sino ante una venta de cosa ajena, esto carecería de transcendencia a los efectos de declarar la nulidad de la sentencia recurrida por razón de que el comprador recurrente [...] es tercero hipotecario de buena fe, por haber adquirido a título oneroso de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitir el dominio e inscribió su título, respecto del cual entre en juego, a su favor, la fe pública registral, al contratar confiado en el contenido del Registro en el momento de su adquisición, sin que le afecte la posible inexactitud de su contenido, cualquiera que sea la causa de la misma, al no haber accedido al Registro el contrato celebrado por el ahora recurrente, quedando así configurado el contenido registral que fue tenido en cuenta por el comprador recurrente, quien no puede sufrir las consecuencias de un actuar negligente de quien no accedió oportunamente al Registro. Nos encontramos en el caso de una adquisición a non dominio», manifestación característica de la fe pública registral en favor del tercero hipotecario cualquiera que fueran los vicios de que pudiera adolecer el título de su transmitente. En este sentido se ha pronunciado con reiteración la jurisprudencia, entre otras, en sentencias de 7 de diciembre de 1987, 20 de mayo de 1988, 17 de octubre de 1989 y 15 de noviembre de 1990».

⁴⁶ NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., p. 581: «Leyendo en serie las andanzas de la redacción de los preceptos referentes a la acción pauliana, resulta claro, puesto que el art. 34 no existía, que los autores de la Ley tuvieron el art. 36 como una aplicación del 23» (cva. del a.).

ción más clara y distinta de esa diferencia, pero no marca el comienzo de la entrada de la fe pública en nuestra Ley Hipotecaria, la cual, como sabemos, en tanto que acogida al sistema germánico de publicidad absoluta y de efecto positivo, fue ya inicialmente concebida bajo su influjo inspirador. En consecuencia, pues, que en nuestro sistema registral, con el artículo 34 o sin él, después de su redacción expresa y separada o antes de ella, la protección del tercero que inscribe contra las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias *cuya causa no conste en el Registro* (actual art. 37), pertenece al campo de la fe pública registral, y no al de la mera inoponibilidad de lo inscribible no inscrito: porque el tercero adquiere confiando en la estabilidad y firmeza del derecho de su otorgante, adquiere en firme y definitivamente, aunque la titularidad de éste no fuera en la realidad definitiva ni estable. Que este fuera el pensamiento de los autores de la Ley lo prueba, entre otros, el siguiente texto de Gómez de la Serna, que, recopilando al final del comentario al artículo 38 –el primero de los que, con el 34, aparecieron en la última hornada de la redacción de la Ley, según advierte Núñez Lagos!– hace formar bloque a este precepto con el artículo 36 –perteneciente al núcleo primitivo de la Ley– para integrar un conjunto normativo de obediencia e inspiración germánica: *En los Estados en que se sigue el sistema absoluto de publicidad, y en que por tanto nunca puede perjudicar a tercero lo que no se haya inscrito en el Registro, no es necesario establecer la regla que contiene el artículo que dejamos comentado, porque el principio establecido en la ley no permite otra cosa. Sucedé en ellos lo que entre nosotros acontecería, si el artículo 38 no se hubiera escrito, pues que resolveríamos del mismo modo que este lo hace los casos en el propuestos sujetándonos en ello a las bases de la Ley, a la declaración de muchos de sus artículos en que se establece que sólo puede perjudicar a tercero lo que se halle inscrito, y especialmente al art. 36, que ordena según queda expuesto, que las acciones rescisorias y resolutorias, a cuya clase pertenecen todas aquellas a que se refiere el que dejamos comentado, no se dan contra tercero que haya inscrito oportunamente su título*⁴⁷.

⁴⁷ SERNA, *op. cit.*, pp. 673-674. La referencia expresa a la confianza puesta en la información registral al tiempo de adquirir, puede verse, e. c., en pp. 647: «La Comisión de Codificación dice en su Exposición de Motivos al tratar de este artículo [se refiere al 36], que las acciones rescisorias y resolutorias, a no violarse el principio adoptado, no podrían darse contra tercero ni en su perjuicio cuando no aparece la causa de ellas en el Registro», 670: «Cuando estas causas consten expresamente en el Registro, está cumplido el objeto de la Ley, que es la publicidad, por cuyo medio advertido el tercero, no puede ser inducido a error»; y 671: «El que ha cometido la omisión de no cuidar que en la escritura que otorga se exprese la cláusula resolutoria a que está sujeto el contrato, y da lugar a que no conste en el Registro, no debe quejarse de la Ley que le ha advertido los peligros a que se exponía y ha procurado defenderlo contra ellos».

Finalmente, en cuanto a la redacción de «la expresión más característica del principio de fe pública en nuestro sistema»⁴⁸, se dice que el artículo 34 se inspira más que en el § 892 del BGB en el artículo 973 del Código Civil suizo, del cual llega a afirmarse, como ya vimos, que está «calcado»⁴⁹.

Basta cotejar nuestro artículo con la norma suiza para comprobar que lo del calco es una desmesurada exageración. Es cierto que la expresión «será mantenido en su adquisición» que hoy figura en su texto, reproduce literalmente la fórmula utilizada por la versión francesa de la norma suiza para indicar el efecto central de la protección preparada al tercero por la fe pública registral⁵⁰. Es cierto, también, que, puestos a buscar inspiración comparada a nuestro precepto, más acertado será ir a buscarla en el sistema suizo, de transmisión causal, que en el alemán, de transmisión abstracta, como es sabido: sólo en el primero podrán producirse inexactitudes registrales contra las cuales necesite ser protegido el tercero paralelas a las que en nuestro sistema se seguirán de la adopción del sistema del título y el modo. Pero todo esto admitido, hay que hacer justicia a nuestro artículo 34 reconociéndole personalidad propia y carácter autóctono⁵¹. Aunque compartiendo con las normas comparadas que se han indicado la misma tarea de formular un principio común a los sistemas atenidos al modelo germánico, en el núcleo de su contenido y en la redacción de su enunciado nuestro precepto –desde 1861 hasta nuestros días– presenta fisonomía peculiar, caracterizada por dos datos de cierta importancia.

El primero: su conexión, a modo de excepción, con la regla de que la inscripción no sana los contratos nulos (art. 33 LH). Desde su originaria redacción, pasando por las de 1869, 1877 y 1909, hasta la que le dio la Ley de 1944, el artículo 34 comenzaba diciendo: *No obstante lo declarado en el artículo anterior...* Es verdad que tal arranque no figura ya en la redacción actual, pero, aun sin él, la conexión entre los artículos 33 y 34 –expresada en su reunión en un único precepto en la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944– resulta objetiva y lógicamente por sí misma en razón del contenido de una y otra norma⁵².

⁴⁸ La expresión, ya lo hemos visto, es de SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 390.

⁴⁹ NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., p. 109.

⁵⁰ «.... il est maintenu dans son acquisition», distinta, por cierto, literalmente a la empleada en la versión alemana: «.... ist in diesem Erwerbe zu schützen».

⁵¹ Lo califica así NÚÑEZ LAGOS en «La evolución...», cit., p. 105: «Tengo al artículo 34 de la Ley de 1861 por completamente autóctono»; quien ya, anteriormente, en «El Registro de la Propiedad Español», cit., p. 243, había dicho que los autores de la Ley de 1861 llegaron a él por un camino sin precedentes legales; y en uno y otro lugar añade a su afirmación el dato de que SERNA, en sus *Comentarios*, no cita ninguno.

⁵² Así, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 251.

El dato es indiciario: En nuestro Derecho, la fe pública registral no descansa en el valor autónomo de la inscripción ya practicada; llana y simplemente: porque no existe en nuestro Derecho un tal valor autónomo de la inscripción. La inscripción no añade ni un ápice de validez al contrato inscrito, ni por tanto asegura a quien inscribe la adquisición del derecho que por medio de tal contrato piensa haber adquirido. Pero aunque nada de esto haga la inscripción en favor de quien siendo parte en dicho contrato inscribe su adquisición, para los terceros esa misma inscripción, en tanto no sea impugnada, reviste una credibilidad y genera una confianza (*fides publica regstral*) que justifica y exige ser jurídicamente protegida.

Y el segundo dato característico: la inmediata puesta en conexión de la apariencia registral creíble⁵³ para el tercero con la posterior anulación o resolución del derecho del titular inscrito transmitente o *causam dans*⁵⁴. Naturalmente, no es que en nuestro Derecho se excluya del ámbito de la fe pública registral y se extraiga de su resultado sanante el caso de la adquisición radical y absolutamente *a non domino*. Con él contaba positivamente la Ley –expresamente, además, en su redacción originaria– en esta concreta sede⁵⁵ y de él volvería a ocuparse, dentro todavía del ámbito de la fe pública en el originario artículo 38.4⁵⁶. Hoy, si no se quiere entrar en la discusión sobre el exacto contenido del artículo 34⁵⁷, se le encuentra expresamente recogido en el artículo 40 *a*) de la Ley Hipotecaria.

⁵³ «... persona que en el Registro aparezca con derecho para ello...», desde la redacción inicial del precepto hasta 1944; «... persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo», en la redacción actual.

⁵⁴ «... aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro», en la redacción del precepto hasta 1944; «aunque después se anule o resuelva el [derecho] del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro», en la redacción actual.

⁵⁵ Cfr. SERNA, *op. cit.*, p. 622, en el comentario al artículo 34: «Se refiere solamente [el artículo que comentamos] al caso en que apareciendo alguno en el Registro con derecho para celebrar un contrato o acto transmita la propiedad o establezca o traspase otro derecho real cualquiera en la cosa inmueble, cuando existe un título anterior no inscrito, o una causa que no aparezca claramente del Registro, y ordena que en este caso no sea perjudicado el tercero por el acto o contrato que no pudo conocer por sus libros. [...] injusto sería que tuviera que experimentar sus consecuencias el que engañado por el silencio del Registro adquiriese la finca que otro había comprado antes al que se la vendió a él, o el que comprase como libre el predio sujeto a una carga o a una condición de que no pudo tener conocimiento por el Registro».

⁵⁶ «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: [...] 4.^a Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita».

⁵⁷ *Vid.*, para ella, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, *cit.*, pp. 539-545; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 169-171; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 236-237.

Lo que esta peculiaridad redaccional viene a poner en primer plano es la incidencia del mecanismo transmisor del título y el modo en la proliferación natural de las apariencias registrales justificadoras de la confianza protegible de los terceros; incidencia, además, ensanchada en nuestro Derecho –mejor habría que decir: no violentamente sofocada– por el sistema del *numerus apertus* o de libertad de conformación de los derechos reales (arts. 2 LH, y 7 y 51.6.^a RH).

Es importante este dato, porque a su vista resalta cuan insuficientemente se expresa para nuestro Derecho el efecto o resultado de la fe pública registral cuando se le indica, sin más, recurriendo a la consagrada expresión de la adquisición *a non domino*. En nuestro sistema de transmisión causal, *numerus apertus* e inscripción no constitutiva, el Registro protege al tercero que adquiere de titular inscrito, no sólo contra el defecto radical y absoluto de titularidad en el transmitente, sino también contra las condiciones y causas que la hacen inestable y la dejan pendiente, y contra las cargas y límites que, igualmente existentes aunque no inscritas, la recorren en sí sin que el tercero adquirente pueda normalmente saberlo.

3. Pasando ya de la redacción del artículo 34 a la indicación de su *ratio* y fundamento, suele decirse actualmente que la fe pública registral, derivada del principio de legitimación y sostenida en él, conecta inmediatamente con la legitimación o facultad dispositiva que del asiento resulta en favor del titular inscrito⁵⁸. Nada hay que objetar, en sustancia, a esta indicación, pero sí algo que perfilar y concretar en torno a ella, teniendo en cuenta, sobre todo, que en la formulación legal de nuestro sistema registral, la expresión detenida y refleja del principio de fe pública se adelantó en el tiempo a la del principio de legitimación, que, indistintamente en sí mismo e inadvertido en su singularidad, apenas es vislumbrado en 1861 dentro del contenido, complejo y confuso, del principio de publicidad.

Yendo, pues, a la raíz del problema, hay que afirmar que a la fe pública se llega en nuestro Derecho, *via recta*, desde que se percibe la seguridad del tráfico inmobiliario como una cuestión de orden

⁵⁸ Cfr. e. c., SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 368-373, concretamente en esta última: «Aunque la fe pública registral deriva de la facultad de disponer concedida al titular inscrito por la presunción legitimadora del Registro...»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 595: «En orden a la disposición de los bienes o derechos inscritos, el principio de legitimación tiene como consecuencia más radical que quien adquiere, en determinadas condiciones, de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir, tenga, respecto del verdadero dueño o titular de un derecho real, una posición inatacable»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 231: «... la clave del artículo 34 LH es la confianza del tercero en la legitimación dispositiva resultante del Registro...» (cva. del a.).

público⁵⁹, y se decide la creación de un Registro de la Propiedad que permita obtenerla a plena satisfacción. Si el Registro tiene que dar «completa seguridad»⁶⁰ al adquirente, tendrá que organizarse concienzudamente: *Por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda*, dejó dicho Luzuriaga⁶¹, dando derecha respuesta a la cuestión que aquí planteamos. El desenvolvimiento técnico del Registro, su ordenación por fincas, la exigencia de titulación auténtica, el control de legalidad, el trámite sucesivo... todos son instrumentos tendentes a la obtención de una publicidad *fiable*, merecedora de la discreta confianza de quien a ella se acoge. He aquí cómo la fe pública registral aparece de la mano de la legitimación registral y sostenida en ella: el Registro es presumiblemente exacto y en él se puede confiar. No había en 1861 precepto alguno que formulara el principio de legitimación como hoy lo hace, principalmente, el artículo 38, pero los autores de la Ley contaban con él⁶², y el mismo artículo 34, al hablar de «actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que *en el Registro aparezca* con derecho para ello» daba indicio suficiente de su presencia y de su influjo inspirador en el texto mismo de la Ley⁶³.

⁵⁹ Vid. LUZURIAGA, en las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de GARCÍA GOYENA, Madrid, 1852, IV, pp. 194-195: «... no es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retrase de contraer con el propietario; ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la Ley se propone evitar, no el daño aislado de una persona privada».

⁶⁰ Cfr. LUZURIAGA, *op. cit.*, pp. 209-210: «Ante todo, es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla»; SERNA, *op. cit.*, p. 575: «... no podía ser de otra manera si no había de anularse en algunas ocasiones el principio dominante en la Ley de dar plena seguridad...»; CÁRDENAS, «Memoria histórica...», *cit.*, pp. 170-171: «... el Registro sería inútil para los fines de su institución, si no era por sí garantía suficiente contra los derechos desconocidos, de la seguridad de los consignados en él, con todas las formalidades requeridas».

⁶¹ LUZURIAGA, *op. cit.*, p. 212.

⁶² Cfr. LUZURIAGA, *op. cit.*, p. 212: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data, surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulta tener este carácter por la última inscripción»; GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 413: «... mientras no aparezca en el Registro que el antiguo dueño ha dejado de serlo, se considerará que lo es»; ídem, p. 579: «... los perjuicios que puedan ocasionarse [por la falta de la inscripción de algún derecho] no deben recaer [...] sobre el que, bajo la garantía de las leyes, adquirió lo que, según Registro, pertenecía al que ya había enajenado».

⁶³ Contra la opinión radicalmente contraria de ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 344, hay aquí que estar de acuerdo con NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», *cit.*, p. 79: «Creo que es mérito de nuestra primitiva Ley Hipotecaria el haber consagrado el principio de legitimación sustantiva en la prístina redacción del artículo 34 al hablar de «persona que en el Registro aparezca con derecho para ello», frase que con ligera variante ha llegado a nuestros días, y que introducida en nuestra Ley, sin conciencia de su alcance técnico, desconocido en su época, significa un avance de nuestro sistema sobre todos los del siglo xix. Ni

El buen orden del tráfico inmobiliario exige seguridad; y la publicidad, el instrumento que la sirve, es el medio para obtenerla. Merece la protección de la Ley quien, para adquirir, se deja guiar por lo que el Registro publica; mucho más cuando en torno a su adquisición los intereses en pugna son el de quien confiando en el Registro se acogió a él y el de quien, despreocupándose de registrar el suyo, hizo engañosa la publicidad. Ésta es, en sustancia, la explicación de por qué se llega en nuestro Derecho a la fe pública registral y cómo se la fundamenta o justifica⁶⁴. Imposible dejar por tratado este punto sin recordar la feliz y certera expresión de esta idea en palabras de Castro y de Núñez Lagos: Nuestra Ley Hipotecaria llegó a la idea misma de la fe pública registral y al modo de sustentarla «por un camino sin precedentes legales, pero con una intuición maravillosa»⁶⁵, pura y simplemente, «con la fórmula práctica y original de la protección del tercero»⁶⁶.

Era importante, en nuestra opinión, recorrer al modo en que lo hemos hecho el camino que en nuestro Derecho llevó a la consagración de la fe pública registral y recordar la forma en que se la fundamentó, porque desde tal recorrido y recuerdo pueden y deben perfilarse y juzgarse algunas afirmaciones que al respecto se encuentran a veces en nuestra doctrina.

don Jerónimo González, ni los autores anteriores, ni los posteriores, vieron esta legitimación sustantiva, como tampoco se dieron cuenta de que en el artículo 20 habían introducido una verdadera legitimación formal para transmitir».

⁶⁴ Basten como muestra los dos siguientes textos de SERRA, *op. cit.*, p. 548: «Se limita [la LH] a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido prever ni evitar, y porque es más justo que ceda en perjuicio del que pudiendo inscribir no lo hizo, dando lugar a error cuyas consecuencias recaen sobre él, tanto por ser el culpado, como porque se supone por presunción legal que el que no usa oportunamente de su derecho de inscribir, renuncia tácitamente a la prelación que más previsor hubiera tenido sobre el adquirente posterior que inscribió antes»; p. 671: «El que ha cometido la omisión de no cuidar que en la escritura que otorga se exprese la cláusula resolutoria a que está sujeto el contrato, y da lugar a que no conste en el Registro, no debe quejarse de la Ley que le ha advertido los peligros a que se exponía, y ha procurado defenderlo contra ellos. Más justo es que sea él quien sufra el perjuicio que el tercero, que fue por su culpa inducido a error».

⁶⁵ NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», cit., p. 243, quien a la frase transcrita en el texto añade para explicar la mente de los autores de la Ley: «*Inter partes*, el problema del título, válido o inválido, no interesa al Registro; queda en el Derecho civil. [...] No obstante, si el título inválido e inscrito, o mejor dicho, si el asiento claudicante que encierra un acto o contrato nulo ha inducido a error a un adquirente posterior, respecto de éste no se hace efectiva la nulidad o resolución del derecho de su causante o transmitente. Para este tercero especial la resolución o la nulidad han dejado de ser *ex tunc*. Queda protegido frente a la acción reivindicatoria. Así lo consagra el artículo 34».

⁶⁶ CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 192. «En la preparación de la ley intervino, de modo decisivo, Gómez de la Serna, que supo superar las exageraciones, que en base del principio de la publicidad defendiera Luzuriaga, y las ideas afrancesadas sobre transmisión de la propiedad mantenidas por García Goyena, con la fórmula práctica y original de la protección del tercero».

Cuando se dice, por ejemplo, que la fe pública registral es una consecuencia del principio de legitimación, forzoso será distinguir. Valga la afirmación cuando se la refiere al orden de la causación *a posteriori*, instrumental e inmediata. En el orden, en cambio, de la causalidad más remota; allí donde el Registro y su organización se consideran más que como una realidad ya conformada y en funcionamiento, como un proyecto a definir y acomodar al fin que con él se pretende; allí, pues, donde la causación remite más a los fines que a los instrumentos necesarios para obtenerlo, la fe pública registral es anterior a la legitimación registral. Es lo que revelaba la expresión de Luzuriaga antes recordada: porque de la inscripción registral se pretende hacer el fundamento de la confianza del tercero y el instrumento de su completa seguridad, ha sido necesario rodearla de cuantas garantías son necesarias para hacerla objetiva y discreta o juiciosamente creíble. La diferencia es muy clara con lo que ocurre en los sistemas latinos de transcripción y mera prioridad: con una finalidad mucho menos ambiciosa, la toma de razón no necesita tales garantías. Es, pues, la fe pública la que lleva a recurrir a los presupuestos que permiten asentar la legitimación registral o presunción de exactitud y que, desde ella, derivan en la protección del tercero mediante el mantenimiento del mismo en su adquisición llevada a cabo en las condiciones exigidas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria⁶⁷.

Tampoco se explican exactamente las cosas, a nuestro juicio, cuando se dice que la adquisición obtenida en aplicación del principio de fe pública registral conecta causalmente con la legitimación dispositiva que del Registro resulta en favor del titular inscrito⁶⁸. La legitimación registral sería así un concreto supuesto de legitimación aparente, necesaria, una y otra, para justificar que el tercero pueda adquirir eficazmente de quien, no siendo dueño en la realidad, como tal aparece inscrito en el Registro de la Propiedad. Ésta es, nos parece, una forma aproximativa de hablar, que, en su aproximación al problema, no llega a situar exactamente la clave de su explicación. Que la llamada legitimación aparente –registral o extraregistral– no es una de entre las formas de verdadera legitimación resulta muy claro en esta materia de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Más bien, pues, que auténtica legitimación registral (aparente) del titular inscrito, lo que en

⁶⁷ Nos remitimos a lo dicho sobre esta materia en *Bases del Derecho de Cosas...*, cit., pp. 626-628.

⁶⁸ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 373: «Aunque la fe pública registral deriva de la facultad de disponer concedida al titular inscrito por la presunción legitimadora del Registro...»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 231: «... la clave del artículo 34 es la *confianza del tercero en la legitimación dispositiva resultante del Registro...*» (cva. del a.).

razón de la inscripción se produce en el caso es un supuesto de apariencia de legitimación; apariencia que, no obstante su oquedad o vacío interior, sirve a la buena fe del tercero que confía en el Registro para que éste pueda adquirir válida y eficazmente *como si* aquélla fuera existente y real⁶⁹. La buena fe del tercero que confía en el Registro, y no la aparente legitimación de quien en él aparece como dueño es lo que, excepcionando el principio rector de la adquisición derivativa, justifica y explica realmente la llamada adquisición registral *a non domino*. Lo da a entender claramente la relación de excepcionalidad que en la arquitectura de la Ley Hipotecaria conecta el artículo 34 con el 33. Aunque el titular inscrito no sea dueño, y aunque el que no es dueño no puede transmitir, la adquisición del tercero, salvada por la buena fe, será mantenida en Derecho⁷⁰.

Hasta tres épocas distintas se han distinguido doctrinalmente entre nosotros en el establecimiento y fundamentación de la fe pública registral⁷¹. Teniendo a la vista el anterior discurso, y limitada nuestra atención al orden de lo legal, nosotros consideramos cosa cierta y comprobada que entre el originario artículo 34 de la Ley Hipotecaria y el actualmente vigente las diferencias son sólo accidentales. Lo que la común doctrina hoy afirma del actual 34 es lo mismo que en 1861 Cárdenas y De la Serna afirmaron de su precedente. Es verdad que la legitimación registral, apenas insinuada en 1861, aparece hoy expresamente prevista y extensamente regulada en la Ley. También es cierto que desde 1869 hasta la reforma de los años cuarenta, al principio de fe pública se le adjuntó en la Ley –sin que el añadido obtuviera vigencia efectiva en la práctica⁷²– el extra-

⁶⁹ Lo admite así GARCÍA GARCÍA, *op. et loc. ant. cit.*, cuando a las palabras antes transcritas añade: «... es decir, en la *apariencia registral* derivada del principio de legitimación registral que produce el asiento y que hace que el legislador tome en consideración esta situación para llegar incluso a la protección de las adquisiciones inmobiliarias *a non domino*» (cva. del a.).

⁷⁰ Importante en esta materia, LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952. Nosotros nos ocupamos de este tema en *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla 1978, pp. 350-356.

⁷¹ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., pp. 111-112: «A) En una primera etapa que comienza con la Ley de 1861, nuestro sistema, consciente o inconscientemente, es un sistema de *toma de razón* [...] B) En una segunda etapa, que no ha tomado concreción legislativa, sino solamente doctrinal a partir de los *Principios hipotecarios* de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, la inscripción es un *acto* jurídico [...] C) Finalmente, una tercera etapa, considera la inscripción, no como acto sino como resultado: como *asiento*. La dimensión acto queda reducida a trámite y peripécia de la dimensión papel».

⁷² La afirmación es general. Se la puede ver, e. c., en ROCA SASTRE, «Transcendencia...», p. 600; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 246, y SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 398-399, quien añade a ella esta interesante y acertada observación: «La práctica jurídica hizo caso omiso de este sistema de notificaciones. Todos los autores reconocieron que el procedimiento no había sido nunca utilizado, hasta el punto de que algunos sostuvieron que había quedado derogado por el desuso. Lo cierto es que, propiamente hablando, no fue un precepto que cayó en desuso,

ño y desnaturalizador expediente de las notificaciones cuya introducción fue tan criticada y lamentada por Cárdenas, como ya sabemos. Pero nada de esto enturbia la nitidez del dato que ahora venimos destacando: entre el artículo 34 de 1861 y el actual hay sustancial identidad de concepción y contenido⁷³. El efecto de la fe pública en su previsión originaria es el mismo que hoy campea en el texto de la Ley. Ni su fundamento es otro en nuestros días que el que lo sustentó en el originario diseño de la arquitectura de la Ley.

Por último, y precisamente porque con ese mismo fundamento se mantiene hoy en la Ley, como en 1861, una fe pública registral tan sólidamente asentada como en Derecho es necesario y suficiente, y tan rica y plena en su resultado protector como la que más en la perspectiva comparada, hay que disentir de quienes sostienen que la nuestra, sin soporte en el valor autónomo del asiento registral⁷⁴, o sin la premisa de la inscripción constitutiva⁷⁵, no pasa de ser una fe pública algo impropia o inconsistente⁷⁶. La autonomía del asiento respecto al derecho publicado es una forma de exceso que ni se justifica en sí misma ni es precisa para dar a la fe pública el fundamento que sólo debe proporcionarle la buena fe del tercero apoyada en la seriedad de la organización del Registro y en las garantías impuestas a la inscripción⁷⁷. Por ello mismo, nada añade

sino que no fue usado, no fue recibido en la vida española, *lo cual demuestra que no respondía a una necesidad real, sino a una elucidación teórica sin transcendencia práctica* (cva. n.).

⁷³ Cfr. EM de 1944: «Objeto de particular estudio ha sido el principio de fe pública registral [...]. Después de ponderar las ventajas e inconvenientes que en orden a la aplicación del predicho principio rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español».

⁷⁴ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., pp. 110-111: «En un sistema de genuina fe pública, los asientos tanto del transmisor como del adquirente, aunque nulos, se conservan en su texto íntegro por la mera presencia registral del tercero adquirente de buena fe. El acceso de éste al Registro petrifica *ipso facto*, en su tenor literal, frente a impugnaciones que procedan del exterior, dos asientos: el del causante y el del causahabiente. En el sistema español, ninguno de estos dos asientos queda petrificado....». Lo refuta ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 531-534.

⁷⁵ CARRETERO, «Retornos al Código Civil», II. RCDI, 1962, p. 95: «La registración por fincas, el riguroso principio de legalidad, el desarrollo del de especialidad, e incluso la introducción total y plena del principio de fe pública registral y el máximo desarrollo que se pretende al principio de legitimación, todo es inútil y hasta contraproducente; todo se viene abajo, si el sistema carece del pie fundamental de sustentación: el principio de publicidad latino o el principio de publicidad germánico vigorizado (principio de inscripción)».

⁷⁶ Vid. NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», cit., pp. 246-247: «Aunque estos últimos años anteriores a la reforma de 1946 se ha generalizado la expresión *fe pública registral* para expresar la inmunidad del tercero, teniendo en cuenta la historia dogmática del concepto fe pública registral, no resulta muy correcta la expresión. El principio de fe pública registral consagrado en el BGB tiene las siguientes diferencias con la situación análoga de la ley española: ...».

⁷⁷ Cfr. EM sobre la Reforma y Adición de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1869: «... Para que esto no sucediera habría sido preciso conceder a la inscripción el efecto de convertir en ciertos o legítimos los actos o contratos que fueran falsos o nulos, y esto se halla fuera de los límites de la justicia y de la conveniencia pública»; EM 1944: «La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario».

a la fe pública la artificiosa manipulación del procedimiento transmisor que, llevando la inscripción al mecanismo de la adquisición derivativa *inter vivos*, e independizando además ésta de su causa en Alemania, no puede llegar a conjurar ese margen de inexactitud registral que se produce en las demás hasta tanto no sea llevada al Registro la adquisición que se produjo fuera del mismo y sin su intervención. Propia y genuina fe pública es, desde luego y sin más, la que protege la confianza generada por la inscripción registral cuando el Registro se organiza y la inscripción se obtiene con el rigor necesario para poder generarla.

4. Después de todo lo dicho, es ya muy fácil determinar cuál es la clave explicadora o, como también podría decirse, la naturaleza jurídica del principio de fe pública registral. La misma expresión literal del artículo 34 de la Ley Hipotecaria –aunque a sus palabras no atribuyamos la intención de resolver la cuestión planteada ni queramos explicar su empleo como una referencia en sentido técnico a su solución–, al referirse al titular registral como la persona que en el Registro *aparece* con facultades para transmitir⁷⁸, apunta certeramente –adelantándose a los tiempos y con intuición maravillosa, vimos que decía Núñez Lagos⁷⁹– hacia la doctrina de la protección de la apariencia jurídica. Así, efectivamente, se explica en Alemania la fe pública registral⁸⁰, y así también, con razón, la interpreta y entiende nuestra mejor doctrina⁸¹.

Efectivamente, atendiendo a sus presupuestos y efecto, hay plena identidad entre los que se cumplen en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y los que se asignan al juego de la protección de la apariencia⁸². En cuanto a los presupuestos, yendo a lo sustancial y *grosso modo*, tanto en uno como en otra se exige, en primer lugar, la producción, a modo de *species facti*, de una situación objetiva de apariencia jurídica, apariencia de titularidad y de expedita y plena facultad de disposición en el caso de la fe pública, que, además, resulta conformado en ella artificial y técnicamente por el Registro

⁷⁸ La expresión «que en el Registro *aparezca*» figura invariable en el texto del artículo 34 desde 1861 hasta nuestros días.

⁷⁹ NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., p. 88, y «El Registro...», cit., p. 243, respectivamente.

⁸⁰ Por todos, STAUDINGER-GURSKY, § 892 Rz 5.3: «Nur der Inhalt des Grundbuches wird nach § 892 Abs 1 S 1 als richtig fingiert; die Eintragung im Grunbuch bildet damit die unerlässliche objektive Rechtsscheinbasis».

⁸¹ Cfr., e.c., NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., p. 110; COSSÍO, *Instituciones...*, cit., p. 201; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *op. cit.*, pp. 280 y 281; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 370 y 372; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 169; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, pp. 13-14; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, cit., p. 605; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 230-231.

⁸² Nos remitimos, en cuanto a los presupuestos y efectos de la protección de la apariencia, a lo dicho en *La representación aparente...*, cit., pp. 441 ss.

de la Propiedad en tanto que instrumento jurídico público de cognoscibilidad legal de las situaciones jurídicas inmobiliarias; y, en segundo lugar, la actuación de un «tercero», alguien ajeno a la producción de aquella apariencia, que, dándola por cierta y creyéndola expresión de la realidad, haya actuado dejándose guiar por ella. Y, en cuanto al efecto: el resultado de esa equiparación inmediata y definitiva de la apariencia con la realidad que en la teoría de la apariencia se produce en favor del tercero, es la que se cumple en la fe pública cuando a tal tercero se le mantiene en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el derecho de su transmitente por causas que no constaban en el Registro. La fe pública registral, en su concreto supuesto, como más generalmente la protección de la apariencia jurídica, es entonces el cauce por el que discurre el gran principio de la seguridad dinámica o seguridad del tráfico: aquella que exige que ninguna adquisición se pueda ver frustrada por efecto de causa alguna que no pudo conocer el adquirente de buena fe⁸³.

A nuestro modo de ver, esta forma de subsunción de la fe pública registral en la teoría de la protección de la apariencia es completamente natural y llana. Con razón se ha dicho en nuestra doctrina que han sido los principios de legitimación y fe pública los que han abierto el camino hacia la generalización de la protección de la apariencia jurídica⁸⁴. A pesar de ello, la tesis aquí propuesta necesita hoy día ser reafirmada y, todavía, en algún aspecto, defendida y razonada.

Reafirmada, porque en nuestra más reciente doctrina se la ha venido en negar. Se piensa que reconducir la publicidad registral a la apariencia jurídica es una equivocada forma de rebajarla. La publicidad –se ha dicho⁸⁵– es mucho más que mera y grosera apariencia: es la «verdad oficial» –mientras no se demuestre lo contrario– acerca de los derechos reales inmobiliarios. Habiéndonos ocupado ya de esta nueva forma de ver y explicar el valor de la publicidad, no vamos a repetirnos volviendo a entrar de nuevo en su refutación⁸⁶. Baste insistir en que el calificativo «oficial» que se añade a la «verdad» de la publicidad regis-

⁸³ Cfr. EHRENBURG, «Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit», *Iherings Jahr*, 1904, pp. 280: «... der ein Recht erst erwerben will, er hat das größte Interesse daran, daß der beabsichtigte Erwerb, und zwar so, wie er beabsichtigt war, gelingt und nicht, ganz oder teilweise, vereitelt wird durch Umstände, die ihm, dem Erwerber, unbekannt sind, z. B. dadurch, daß der Veräußerer der Sache gar nicht zur Veräußerung befugt war, oder daß die Sache mit einem Pfandrecht belastet war: dies ist augenscheinlich ein dringendes Erfordernis der Verkehrssicherheit».

⁸⁴ Cfr. BÉRGAMO LLABRÉS, «La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español», I.C. Notarial, Valencia, 1946, p. 247.

⁸⁵ Vid. PAU PEDRÓN, «Efectos de las inscripción en la constitución de los derechos reales», *RCDI*, 1994, pp., esp., 2210-2211; también, AMORÓS, en el Prólogo a CORRAL GIJÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madrid, 1996, p. XVII.

⁸⁶ Vid. para ello, nuestro trabajo «La inscripción en el Registro de la Propiedad...», cit., pp. 238-256.

tral, está indicando por sí mismo que tal verdad no es la auténtica y única verdad: la que de la publicidad podría afirmarse por su adecuación a la realidad. Si no siéndolo y a pesar de no serlo, como tal se la trata en favor del tercero que en ella confía, llámese como se la llame, es porque se la considera fuente condigna de la confianza del tercero en idénticos términos a como con la apariencia jurídica lo hace la teoría que con tal nombre se denomina⁸⁷.

Pero también, defendida y razonada, decíamos, porque llevada la fe pública registral a la teoría de la protección de la apariencia, y de esta forma conectada con las exigencias de la seguridad del tráfico, adquiriría un carácter principal que parecería entrar en contradicción con el carácter excepcional que el artículo 34 parece asumir respecto a la regla general contenida en el 33⁸⁸. La cuestión así concretamente planteada no es sino la derivación al campo de la fe pública registral del problema que respecto del principio general de protección de la apariencia se plantea por su oposición a la regla básica y elemental del *nemo plus juris in alium tranferre potest quam ipse habet*. También de este punto nos ocupamos hace ya algún tiempo al defender la categoría de principio general alcanzada en nuestros días por la protección de la apariencia. Remitiéndonos a lo dicho entonces⁸⁹, y contando con su refrendo en alguna jurisprudencia posterior⁹⁰, podemos repetir hoy que la generalidad de la regla *nemo plus juris...* no impide a la protección de la apariencia actuar con alcance de verdadero y propio principio general siempre que, distinguiendo campos, se asigne a una y otra su propio ámbito de actuación. Una vez operada dicha asignación, la relación entre la regla *nemo plus juris...* y la protección de la apariencia no será la de principio y excepción sino la de la alternancia de principios distintos llamados a actuar uno y otro cada cual en su

⁸⁷ Una muestra de ello, en el Preámbulo del RD 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales y por que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales: «La inscripción en un Registro público reviste a lo inscrito del carácter de verdad oficial, de manera que el Estado protege al tercero que confía en la apariencia tabular».

⁸⁸ Excepción, además, «reducida» –dicen GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 492– al introducirse en él, por obra de la reforma de 1877, el requisito de la onerosidad.

⁸⁹ *Vid. La representación aparente...*, cit., pp. 435-440.

⁹⁰ *Vid.*, e.c., Sentencias de 20 noviembre 1990: «... normas generales de la contratación, regidas por unos principios generales de necesaria aplicación, entre los que destacan el de la buena fe y el de la seguridad del tráfico jurídico [...] el segundo principio citado [...] supone en la esfera negocial, que quien de buena fe realiza un negocio jurídico, de la naturaleza que sea, fundado en la confianza razonable que objetivamente suscita una situación aparente, debe ser protegido, aunque de ello resulte un sacrificio para el interés o para el derecho de otros»; y 17 abril 1998 (en materia de representación aparente): «En definitiva, los principios de seguridad jurídica y de protección de terceros de buena fe imponen que no se haya de perjudicar a dichos terceros por limitaciones o supresiones del poder de representación que no hayan podido conocer ni razonablemente prever».

campo propio. La regla *nemo plus juris...* actúa, no sólo como exigencia lógica elemental sino como auténtico principio jurídico exigido por la seguridad estática o seguridad de los derechos en la relación *inter partes* e incluso frente a los terceros que no reúnan los requisitos de protegibilidad exigidos por la teoría de la apariencia. Es en este campo donde la seguridad de los derechos impone su propia ley: que nadie pueda ser privado de su derecho sin su propia intervención y por obra de otro⁹¹. Es al aparecer en escena el tercero protegible cuando se pone en juego la teoría de la protección de la apariencia jurídica, que, al entrar en acción –así agudamente se ha distinguido⁹²– no viene a excepcionar el principio *nemo plus juris...*, sino a sustituirlo marcando un ámbito donde este nuevo criterio está llamado a operar con carácter tan general como el que se atribuye al principio de la seguridad del tráfico. Si en el antiguo Derecho bastó con privar de eficacia externa al negocio sobre el patrimonio ajeno y someter la adquisición derivativa al rigor del principio *nemo plus juris...*, en el moderno se ha hecho necesario deslindar campos y adjuntar a éste el de la protección de la apariencia cuando está en juego el interés de un tercero que de buena fe se ha dejado guiar por dicha apariencia objetivamente creíble. Es así cómo lo que en la Ley Hipotecaria se empezó expresando como una medida excepcional, viene en la realidad bien explicada de las cosas a constituir un verdadero principio, tan amplio y general como el de la llamada protección del tráfico jurídico, en el cual termina por englobarse.

2. INDAGACIÓN MÁS EN PARTICULAR SOBRE ALGUNOS EXTREMOS

a) Añadidos y limitaciones en la línea protectora de la confianza puesta en el Registro, al concretarse en él una forma artificial y técnica de apariencia protegible; algunos supuestos

Siendo legalmente cierto que la fe pública registral no descansa autónomamente en el valor de la inscripción (arts. 31, 33, 34, 40 y 211-220, amén de los 198-210 LH), sino en su fiabilidad objetiva, consiguiente a la rigurosa organización del Registro y a las cautelas

⁹¹ Cfr. EHRENBERG, *op. cit.*, p. 279: «Zur Rechtssicherheit gehört nämlich vor alle, daß der Berechtigte einen gesicherten Rechtsbestand hat, d. h. daß ein Verlust und eine Beeinträchtigung seines Rechts nicht ohne seinen Willen eintreten kann».

⁹² Cfr. D'AMELIO, «Apparenza del diritto», *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1976, p. 715.

y garantías exigidas para la registración; y, ellas supuestas y como en su raíz, en la decisión del legislador de hacer del Registro de la Propiedad el necesario instrumento del tráfico inmobiliario de buena fe, es claro que su fundamento o razón de ser no puede ser otro que la protección de la discreta confianza de quien para adquirir o admitir garantía inmobiliaria actúa dejándose guiar por lo que el Registro publica⁹³. Lo así dicho respecto a la fe pública registral no es, obviamente, sino una aplicación a la publicidad del Registro de lo que en general debe decirse respecto a la protección de la apariencia jurídica. Instituto éste nacido para la protección de la seguridad jurídica o del tráfico, tiende a proteger la confianza puesta de buena fe por el tercero en lo que al exterior se manifiesta y objetivamente aparece como expresión de la realidad⁹⁴. Ocurre, no obstante, que precisamente en la aplicación del principio general a su hipótesis particularizada y concretada en la apariencia registral, con lo que ésta implica de concreción y desarrollo instrumentalmente circunstanciado al tener que contar con la pergeñación detallada del mecanismo artificial de producción de la apariencia, se hacen necesarias algunas precisiones, añadidos o limitaciones en torno a la confianza desencadenante de la medida legal protectora producida al amparo de la fe pública registral. Ni puede extrañar que así sea: la derivación de las aguas de la protección de la apariencia, desde su discurrir natural hasta el cauce artificial y complejo del funcionamiento y juego del Registro, impone particularizaciones en tema de confianza, que, sin negar sustancialmente el valor y significado de ésta respecto al desencadenamiento del efecto protector de la fe pública, vienen a veces a relativizarlo o a exigirle alguna forma de complemento, de manera tal que respeto de dicho efecto no baste con decir siempre, simplemente y sin más, que su producción es obra de la pura y sola confianza en lo que el Registro publica, o que, sin tal confianza efectivamente producida no pueda llegar nunca a producirse. Las dos cosas podrán ocurrir: que sin la previa consulta que permite al tercero hacer descansar su confianza en el Registro, se vea tal tercero favore-

⁹³ Cfr., en la exposición general, por todos, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., p. 529: «El principio de fe pública del Registro es adoptado por todo ordenamiento jurídico inmobiliario que quiera *proteger decisivamente* las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes que se hayan producido *confiados* en el contenido del Registro» (cva. del a.); más específicamente, VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción y la posesión en la dinámica de la fe pública», *RDP*, 1974, p. 948: «En la inscripción no reside ni la fuerza motriz ni la energía dinámica de la fe pública. La inscripción a favor del transferente no concede a éste poder dispositivo alguno: sólo es un dato material, una apariencia legítimadora suficiente para servir de apoyo a la buena fe del adquirente... Si la fuerza motriz no reside en el Registro, ha de residir en otro elemento de la adquisición del tercero; es decir, en la buena fe de éste».

⁹⁴ Nos remitimos en ello a lo dicho al respecto en *La representación aparente....*, cit., pp. 290-301.

cido por la fe pública, y que, tras haber consultado el Registro y haber puesto en él su confianza, la adquisición del tercero no pueda acogerse al efecto sanante de la fe pública registral. El problema, como fácilmente puede advertirse, reviste cierto interés, al menos desde el punto de vista teórico, en tanto que vendría a poner en crisis el encaje de la protección registral en la figura más amplia de la protección de la apariencia jurídica⁹⁵, o a relativizar el decisivo valor que en ella debe asignarse a la protección de la confianza puesta de buena fe en la situación aparente. Veamos, por tanto, algunos de estos casos, y tratemos de concluir, a su vista, en orden a la fundamentación de la fe pública registral y a su explicación desde la doctrina de la protección de la apariencia.

Positiva confianza en el Registro, y negación, no obstante, del efecto de la fe pública registral se produce en los casos que nuestra doctrina viene reuniendo como «excepciones» a la misma. Entendiendo que en los supuestos de suspensión de la fe pública (arts. 28 y 207 LH) la inscripción registral no llega a constituir apariencia fiable sino tras el decurso de los dos años exigidos por la Ley, entresacaremos aquí otros dos: el de la doble inmatriculación⁹⁶ y el de las llamadas hipotecas tácitas (arts. 1875, II y 1923, 1 y 2 CC; y 194 y 196 LH). En el primero de ellos se ve muy claramente lo que antes decíamos: la artificialidad de su instrumento configurador permite la multiplicación de hecho de apariencias cuya protección resulta obviamente incompatible. La particularidad de la hipótesis impone excepcionar en ella lo que en la pura representación ideal de la protección de la apariencia no llegaría a plantearse como eventualidad excepcionable; pero sin que por ello se ponga en crisis ni el fundamento de su resultado protector cuando puede producirse, ni su imposibilidad excepcional cuando a ese mismo fundamento puedan acogerse simultáneamente dos diferentes terceros cuya específica e idéntica protección, por imposible, tiene que resultar impedida y neutralizada la una por la otra. Al amparo de la protección de la confianza, y segregada por el instrumento

⁹⁵ Puede verse ello en la obra de HAGER, Johannes, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München, 1990. La noción de la responsabilidad por la producción de confianza protegible (*Vertrauenschaftung*), como causa y medida de la protección del tráfico (cfr. CANARIS, *Die Vertrauenschutz in deutschen Privatrecht*, München, 1971) queda sustituida por la de la «honrada adquisición» (*Redlicher Erwerb*): lo que importa no es que el adquirente pueda confiar en la titularidad y legitimación dispositiva del *tradens*, sino que adquiera de quien, de acuerdo con el ordenamiento, puede coadyuvar a su adquisición. En concreto, y para la adquisición registral *a non domino*, cfr. *op. cit.*, p. 461: «Auch bei Verfügungen über Liegenschaften schützt das Gesetz nicht das Vertrauen in den Grundbuchstand; privilegiert wird der Erwerber, dessen Partner ihm zur Eintragung ins Grundbuch verhelfen kann».

⁹⁶ A él se refiere HAGER, *op. cit.*, pp. 433-435, como uno de los supuestos en los que la idea de la protección de la confianza no sirve para explicar los efectos de la publicidad al servicio de la protección del tráfico.

configurador de la apariencia, tiene aquí que producirse el caso de su excepción. Distinto es el supuesto de las hipotecas tácitas. También en ellas habría confianza del tercero en lo que el Registro publica, y también en ellas dicha confianza tendrá que verse defraudada en lo referente a la sujeción de la finca a una carga real no inscrita. Naturalmente, este dato no desmiente que el fundamento de la fe pública registral, cuando actúa normalmente, es la protección de la confianza puesta por el tercero en lo que el Registro publica; lo que viene a indicar es que el legislador, al considerar preferente el interés del «Estado, de las provincias y los pueblos» y el de «los aseguradores» al de los del tercero en aquellas hipótesis, está excepcionado en detrimento de éste el efecto protector de la fe pública en cuanto a la existencia y preferencia de aquellas cargas que, sin necesidad de inscripción, terminan por perjudicar al tercero.

Positivo desenlace provocado por la confianza en lo que el Registro publica, y carencia, no obstante, del efecto sanante de la fe pública registral se produce cuando el tercero, procediendo a adquirir de quien la inscripción señala como dueño, deja transcurrir el tiempo permitiendo que, antes de inscribir su adquisición, registre otro algún hecho o causa que la impida. Entraría aquí no sólo el caso de la doble venta otorgada por titular ya inscrito, sino el de la consignación de cualquier hecho o derecho anotable, a cuyas resultas habrá de estar el que adquirió cuando de ellos todavía no daba noticia alguna el Registro⁹⁷. Naturalmente, es cierto que en estos casos la inicial y sola confianza en el Registro resulta legalmente desprotegida, aunque no por ello se exceptione el principio de fe pública registral que, basándose en tal confianza y sustentado en ella, sigue exigiendo al tercero la inscripción de su adquisición para –entonces, no antes– ponérsela totalmente a salvo de cualquier obstáculo o amenaza que pudiera impedirla o menoscabar su eficacia. El favorecimiento de la inscripción y el fomento del Registro explica que en el desarrollo del régimen de la publicidad registral el efecto sanante de la fe pública, aunque desencadenado por la confianza que el tercero puso en el Registro, requiera de él culminar su proceso adquisitivo llevando al mismo su adquisición y haciéndola acogerse en él a su amparo. He aquí cómo la pura idea de la protección de la apariencia jurídica, cuando se concreta y perfila en la de la apariencia resultante del Registro de la Propiedad, y en el régimen de éste tiene que concertarse con el del favorecimiento de la inscripción y el fomento del Registro, termina por tener que exigir del tercero protegible algo

⁹⁷ Con el criterio antes indicado se ocupa HAGER, *op. cit.*, de los supuestos de modificación sobrevenida del Registro entre *Einigung* y *Eintragung* (pp. 423-432), destacando entre ellos (pp. 427-428) el de la práctica de una anotación después de la producción del acuerdo adquisitivo y antes de su inscripción.

más que la mera e inicial confianza en la apariencia registral. Aunque sea tal confianza la razón determinante de su protección, no llegará a verse efectivamente protegido si, además de haber confiado en el Registro para decidirse a adquirir, no lleva al mismo Registro su propia adquisición.

Más llamativos o extremosos pueden ser los dos casos siguientes: el de quien sin haberse preocupado de consultar el Registro –basada, por tanto, extraregistralmente su confianza en la titularidad de su causante– adquiere de titular inscrito en condiciones que harían necesario el juego de la fe pública registral para sanar su adquisición; y el de quien, habiendo confiado positivamente en la información que le suministra el Registro, por ser errónea o falsa su certificación, se ve frustrado en su adquisición. La solución a estos dos casos es tenida como cierta. En el primero de ellos, el tercero que sin previa consulta al Registro adquiere onerosamente de titular inscrito e inscribe su adquisición, queda materialmente cubierto por la letra del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Le cubre, de hecho, la fe pública registral aunque no haya sido el Registro quien le haya llevado a confiar en la titularidad de su transmitente. ¿Porque no es la confianza en el Registro el fundamento inmediato de la disposición legal protectora⁹⁸? No; simplemente porque

⁹⁸ Así, de acuerdo con su particular construcción, lo interpreta HAGER, *op. cit.*, p. 421: «Mit der objektiven Verlässlichkeit des Grundbuchs als Fundament des redlichen Erwerbs ist die Richtung ebenso angegedeutet wie mit dem Hinweis auf den Schutz des Verkehrs. Er reflektiert nicht konkretes Vertrauen des Käufers in eine von ihm erst zu ermittelnde Grundbuchposition und eine darauf aufbauende Investition. Er bedarf nur der auch ansonsten unabdingbaren dinglichen Einigung verbunden mit der Fähigkeit des Veräußerers, seinem Partner zur Eintragung ins Grundbuch zu verhelfen. Da nach § 39 Abs. 1 GBO die Eintragung nur vollzogen werden soll, wenn der durch Betroffene im Grundbuch ausgewiesen ist, gewährleistet das Grundbuchamt den ordnungsgemäßen Ablauf der Eigentumsumschreibung, ohne daß es konkreten Vertrauens bedürfte». En la doctrina alemana, para la innecesidad de la concreta y efectiva consulta y confianza en el Registro, aunque interpretando la protección registral como una aplicación de la más amplia protección de la apariencia jurídica, STAUDINGER-GURSKY, § 892 Rz. 6.4: «Die §§ 892, 893 bilden damit einen Anwendungsfall des (von WESTERMANN so genannten) „reinen Rechtsscheinprinzips“ (WESTERMANN JuS 1963, 1, 5; WIEGAND JuS 1975, 205, 207 f; CANARIS, Vertrauenshaftung 471). Diese Ausgestaltung wird durch die besondere Qualität des Vertrauenstatbestandes ermöglicht [...]. Darüber hinaus verzichtet die gesetzliche Regelung des Gutgläubenschutzes im Liegenschaftsrecht auf jede Kausalität zwischen dem unrichtigen Grundbucheintrag und dem rechtsgeschäftlichen Verhalten des von der Regelung begünstigten Dritten: Sie verlangt nicht einmal, daß der Dritte vom unrichtigen Grundbuchinhalt überhaupt Kenntnis erlangt hatte (Mot III 212), und erst recht natürlich nicht, daß sein rechtsgeschäftliches Handeln durch diese Kenntnis mitmotiviert wurde (vgl WIEGAND JuS 1975, 205, 209). Die §§ 892, 893 schützen also nicht ein reales und nachgewiesenes, sondern nur ein **potentialles Vertrauen** auf den Grundbuchinhalt; die Kausalität des Rechtsscheinstatbestandes für das rechtsgeschäftliche Handeln des Dritten wird, wenn dieser die wahre Rechtslage nicht kannte, vom Gesetz einfach unterstellt, gleichsam unwiderleglich vermutet (LUTTER 123 f). Der Vertrauensschutzgedanke ist hier damit stark formalisiert und objektiviert (vgl LUTTER aaO; WIEGAND aaO). Oder mit Worten von BOEHMER, „Nicht das subjektive Vertrauen, sondern die objektive Verlässlichkeit der amtlichen Varlautbarung ist die Grundlage der publica fides“ (Einführung 232 f)». En la nuestra, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 186: «No es necesario, entendemos, pese a la redacción del art. 34-2.^o, que el tercero

—como indica Roca Sastre— frente al proceder ordinario de la consulta normalmente efectuada por el tercero al Registro, su omisión viene a constituir una excepción sin relevancia⁹⁹. La concreción de la apariencia jurídica en apariencia registral, con el consiguiente desarrollo de su desenvolvimiento y efectos, ha hecho posible la verificación residual de una hipótesis en la que el efecto protector de la confianza en la apariencia registral llega a alcanzar colateralmente al tercero que adquiere e inscribe su adquisición en el Registro, aunque no haya sido precisamente en él donde haya podido fundar su confianza en la realidad del derecho de su causante¹⁰⁰.

Algo más problemático nos parece el segundo caso. Nos referimos al del tercero que positivamente confía en el Registro accediendo a su información mediante la forma más cuidadosa y segura de su consulta: la certificación registral. Para el tercero, se ha dicho¹⁰¹, la certificación es el Registro; pero si tal certificación es inexacta o errónea, y por más que el tercero se haya apresurado en inscribir su adquisición¹⁰², se verá frustrado en su confianza, por tener que estar a la situación inscrita y no a la que como tal él pudo conocer por medio de la certificación registral. A pesar, pues, de que *la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro* (art. 225 LH), *cuando las certificaciones no fueren conformes con los asientos de su referencia, se estará a lo que de éstos resulte*, no quedando al tercero sino el derecho a ser indemnizado con cargo al Registrador (art. 226 LH)¹⁰³.

crea precisamente en la exactitud del Registro (lo que no sería posible —dicen, confundiendo la mera inoponibilidad ex art. 32 con la fe pública del 34—, a falta de asiento antecedente, en los de inmatriculación): basta que ignore la inexactitud y, a la vez, esté convencido de que quien le transmite es titular. Es más: ni siquiera es preciso que consulte el folio. El contenido del Registro vale materialmente como exacto para el adquirente de buena fe, con independencia de si lo ha consultado antes de concluir el negocio y se ha servido de sus datos o no. Sin duda el legislador partió de la consideración de que usualmente el adquirente habría consultado el Registro, pero no exigió esta consulta».

⁹⁹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 660, refutando el párrafo de LACRUZ-SANCHO transscrito en la nota anterior: «En esto último estimamos, lógicamente, que LACRUZ está en lo cierto, pero no lo está, en cambio, al negar que la buena fe no exige que el tercero *confíe* en el Registro, pues es hecho estadísticamente comprobado, que casi nunca el adquirente deja de consultar, por sí o por otro, el contenido del Registro, sin que la excepción merezca relevancia alguna» (cva. del a.).

¹⁰⁰ *Amplius* sobre ello, *infra*, II, 2.a) 6.

¹⁰¹ Cfr., siguiendo a MORELL, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 319: «La certificación es el mismo Registro»; posteriormente, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. «La certificación es el único medio oficial de hacer constar fuera del Registro el contenido del mismo. Las certificaciones son el mismo Registro».

¹⁰² Lo que no será imposible si el error o la inexactitud consiste en la omisión de una carga limitadora del dominio inscrito pero no impeditiva de la facultad dispositiva del titular que lo transmite.

¹⁰³ Los actuales artículos 225 y 226 LH pertenecen, en sustancia, a la primitiva concepción de la Ley Hipotecaria en cuyo texto de 1861 aparecían, con redacción casi idéntica, en los artículos 283 y 284.

La solución legal es tan inequívocamente cierta que su admisión se produce sin asomo de duda o de protesta alguna tanto en nuestra doctrina¹⁰⁴ como en la jurisprudencia¹⁰⁵. Y, seguramente, es la más acertada. Coincide con la establecida para el tratamiento de la certificación en Francia y en Italia, sin fe pública registral¹⁰⁶, y en Suiza, con ella¹⁰⁷. Pero abiertamente hay que admitir que no es la que se seguiría en abstracto de la pura lógica de la protección de la confianza puesta en la apariencia, ni que su adopción se imponga siempre y necesariamente, como con una especie de necesidad ontológica, en el tratamiento de la publicidad y de la apariencia registral. Baste como comprobación de esta última afirmación un doble dato: el primero, que en Francia, es verdad que excepcionalmente y sólo en ciertas condiciones, la certificación registral disconforme con el Registro actúa como soporte de la confianza del tercero con valor superior al de éste cuando se trata de proteger al adquirente contra la existencia de cargas efectivamente inscritas pero omitidas en la certificación (art. 2198 Code)¹⁰⁸; y el segundo, que en nuestro Derecho de la publicidad

¹⁰⁴ Cfr., e.c., CAMPUZANO, *Elementos de Derecho Hipotecario*, II.2.^a ed. Madrid, 1931, p. 376; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 325; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 275; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 415; CHICO ORTIZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1989, p.1958.

¹⁰⁵ Cfr. STS 27 de junio de 2000: «El motivo tiene que ser desestimado, porque si bien es cierto que en la certificación de cargas expedida por el Registro de la Propiedad se hace constar “caducada” con referencia a la opción, pero en los libros del Registro no consta la mentada declaración de caducidad, ni figuró en ningún momento, y tal expresión de la certificación no produce ante los compradores protección registral alguna, ni menos aún les otorga la protección de terceros de buena fe, habida cuenta que en los casos de discrepancia en las certificaciones con los asientos registrales se estará a lo que de ellos resulte –art. 226 LH–».

¹⁰⁶ Vid., en Francia, por todos, TROPLONG, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la Transcription en matière hypothécaire*, 2.^a ed. París, 1864, p. 414: «Le conservateur peut commettre deux sortes de négligences: ou bien il ne copie pas sur ses registres un acte à lui remis pour être transcrit [...] ou bien il oublie de donner connaissance à un requérant d'une transcription dûment opérée sur ses registres. [...]. Dans le second cas, l'omission d'une transcription dans un état délivré à un tiers nuit à celui qui a requis cet état; c'est envers ce tiers que le conservateur est responsable. Quant au droit transcrit, cette omission ne lui porte pas préjudice [...]», en Italia, FERRI, Luigi, *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*. (Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sesto. Bologna-Roma 1960), p. 350: «Il rilascio della copia o del certificato non costituisce un'ulteriore forma di pubblicità, eppertanto non sarebbe neppure logicamente configurabile un conflitto fra quanto risulta dai registri da un lato e le copie o i certificati dall'altro [...] Se poi non sono conformi ai registri, allora vengono a costituire un atto illegittimo del conservatore che, se pregiudizievole per i terzi, è idoneo a far sorgere la responsabilità di quest'ultimo».

¹⁰⁷ DESCENEAUX, *op. cit.*, pp. 147: «Les extraits du registre foncier sont des titres publics au sens de l'art. 9 CC, qui font preuve de leur contenu mais n'ont pas d'autre portée», y 620: «C'est au grand livre et aux documents de nature à le compléter qu'un tiers peut se fier, non aux *extraits* qui lui sont délivrés» (cva. del a.).

¹⁰⁸ Dice así el precepto del *Code*: «Lorsque le conservateur, délivrant un certificat au nouveau titulaire d'un droit visé à l'article 2181, omet une inscription de privilège ou d'hypothèque, le droit demeure, dans les mains du nouveau titulaire, affranchi du privilège ou de l'hypothèque non révélé, pourvu que la délivrance du certificat ait été requise par l'intéressé en conséquence de la publication de son titre. Sans préjudice de son recours

mercantil, el soporte de la confianza protegible de los terceros respecto de los actos sometidos a inscripción, más que esta misma inscripción propia e inmediatamente, lo constituye la publicación de éstos en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (art. 21, 1 y 3 CCO¹⁰⁹).

¿Cuáles son entonces las razones que recomiendan la solución que tan claramente impone la Ley y tan sin titubeo ni censura admite nuestra doctrina?

La principal –a ella prácticamente se reduce su argumentación doctrinal– es la condición de la certificación en tanto que documento público, copia de otro del que existe matriz o protocolo, al que, como tal, resulta aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1220 del Código Civil: *si resultare alguna variante entre la matriz y la copia, se estará al contenido de la primera*. El argumento, a nuestro juicio, dista mucho de ser plenamente convincente. El artículo 1220 se refiere, obviamente, al valor estrictamente probatorio de las copias, pero no niega en absoluto el carácter de documento público que a éstas corresponde (art. 221 RN y, específicamente para las certificaciones registrales, art. 317, 4 LEC), ni impide, por tanto, su valor *documental* que, en tanto que

éventuel contre le conservateur, le créancier bénéficiaire de l'inscription omise ne perd le droit de se prévaloir du rang que cette inscription lui confère tant que le prix n'a été payé par l'acquéreur ou que l'intervention dans l'ordre ouvert entre les autres créanciers est autorisée». Sobre esta medida, cfr. en nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El sistema registral francés», *RCDI*, 1963, pp. 768: «[...] y además, en algún caso, la certificación registral está investida de una cierta fe pública definitiva» (remitiendo en nota al precepto transcrito), y 778-779: «Normalmente, en caso de discordancia de una certificación con el Registro prevalece lo que en éste figura. Pero hay un caso sorprendente en el que la certificación adquiere, en interés del tráfico inmobiliario, un valor substantivo destacado hasta el punto de que, en tal supuesto, la certificación prevalece frente al Registro. Esto sucede cuando la certificación omite una o varias cargas *inscritas* (hipotecas, privilegios), si el nuevo poseedor hubiera solicitado la certificación lo más pronto en el mismo momento de publicar en el Registro su adquisición. En tal supuesto, el inmueble pasa al adquirente libre de cargas (art. 2198, C. c.)» (cva. del a.). Sobre la misma norma, en la doctrina francesa: TROPLONG, *op. cit.*, p. 415: «Il est vrai que le législateur a rendu une décision différent, lorsque le conservateur omet une inscription dans le certificat délivré, après transcription, à un tiers acquéreur: le tiers acquéreur n'a rien à redouter de l'inscription omise, et le créancier dont l'hypothèque était bien et dûment publiée est déchu du droit de suite sur l'immeuble, sauf son recours sur le prix. Mais cette disposition est tout exceptionnelle et ne doit pas tirer à conséquence pour le cas qui nous occupe»; también, posteriormente, MAZEAUD-MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil III*. 2.^a ed. París, 1963, p. 563; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 2.^a ed. París, 1987, p. 493; MALAURIE-AYNÉS, *Cours de Droit Civil*, IX, *Les sûretés. La publicité foncière*, 9.^a ed. 1998, p. 239.

¹⁰⁹ En la redacción que dio a este precepto la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades: «1. Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción. [...] 3. En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable. Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado».

título de legitimación (art. 225 LH) y en cuanto a terceros de buena fe (arts. 1218 y 1219 CC), debe ser pleno en el tráfico¹¹⁰. Nótese que, llevadas las cosas al extremo, el criterio aplicado por el artículo 1220 del Código Civil, referido a la inscripción errónea llevaría a consecuencias frontalmente opuestas a la protección legal del tercero tal como expresamente la impone la Ley Hipotecaria (arts. 40, i. f. y 220) en aplicación del principio de fe pública registral. Al fin y al cabo, tampoco la inscripción tiene valor probatorio absoluto (arts. 1, III y 38 LH), por más que los terceros deban quedar siempre a salvo de las consecuencias que arrastraría la comprobación de su inexactitud. En pura teoría, de la certificación, en cuanto traslado fehaciente del contenido del Registro, podría decirse lo mismo que de la propia inscripción registral: no siendo título de adquisición ni título probatorio del derecho inscrito¹¹¹, está siempre sujeta a impugnación, y, prosperando ésta, a tener que ceder ante la realidad de la situación publicable; pero, en cuanto título de legitimación, podría fundamentar en favor del tercero protegido por la teoría de la apariencia –no, obviamente, *inter partes* (art. 33 LH) ni para la seguridad y efectividad del derecho del titular ya inscrito (arts. 41 LH y 444, 2.^º 1 LEC)– una confianza jurídicamente protegible en atención a la seguridad del tráfico.

De todas formas, no es ése, como hemos visto, el tratamiento que el artículo 226 de la Ley Hipotecaria da a la certificación registral inexacta o errónea. A pesar de la confianza que legítimamente ponga en ella el tercero, la inscripción prevalece contra la certificación, y al tercero decepcionado en su confianza no quedará sino el derecho a ser indemnizado por el Registrador. A veces se ha apun-

¹¹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, en el comentario al artículo 1220, p. 343: «El art. 1220 sienta un principio obvio, ínsito en el concepto mismo de copia [...]. Pero esto no puede hacer olvidar que las copias autorizadas son también “escrituras públicas” (art. 221 RN), son “instrumentos públicos” (art. 144 RN), y por tanto “hacen fe” (L 43/85, art. 1.^º)»; y, antes, en el comentario al 1218, p. 335: «Esta utilidad [de los documentos públicos] por los terceros pone de relieve que el documento público no produce solamente efectos probatorios [...] se trata, pues, de efectos típicamente documentales [...]. Esta eficacia sintética del instrumento público en la esfera del tráfico es “plena” [...]», y en el comentario al 1219, p. 340: «Si los documentos fuesen siempre meros medios de prueba, la apreciación e interpretación conjuntas de los diversos documentos resolverían todos los problemas de esa colisión documental, pero los verdaderos documentos, los documentos dispositivos, hacen prueba, como dice el art. 1218 I del “hecho que motiva su otorgamiento”, “aun contra tercero” y por tanto también en “beneficio” de tercero; y en consecuencia, el tercero puede considerar real y válidamente celebrado entre las partes el negocio contenido en una escritura pública, y tomarlo como base de sus propias actuaciones; y su confianza debe ser mantenida aunque del conjunto de los elementos probatorios –empezando por el contradocumento– quede en entredicho aquél negocio contenido en la escritura primordial».

¹¹¹ Aunque refiriéndose al Registro Civil, para el propio y específico valor de la inscripción registral como título de legitimación, *vid.* CASTRO, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1952, pp. 77-78 y 571.

tado como justificación de esta forma de resolver el problema la diferencia que media entre confiar en el Registro y confiar en la certificación registral. Sólo puede decirse que confía en el Registro quien pone directamente su confianza en los asientos registrales; son éstos, exclusivamente, los que quedan comprendidos bajo la fe del Registro (art. 240 LH). Quien confía en la certificación, por el contrario, pone su confianza no en el Registro sino en un documento distinto al mismo, aun cuando revelador de su contenido; la certificación, por ello, distinta al Registro y emitida bajo la fe del Registrador, no resulta amparada por la fe del Registro¹¹². Quien confía en ella no puede ser protegido como quien confía en el Registro.

Tampoco, a nuestro modo de ver, esta forma de argumentar resulta convincente. La Exposición de Motivos de 1861 explicaba el valor de la certificación, en tanto que título de legitimación, trayendo a ella la virtud y el valor del contenido registral que en ella se refleja¹¹³. Y es lógico que así sea si efectivamente para el tercero «la certificación es el Registro». Ahora bien, admitido este enfoque del problema, la lógica determinante del sentido de su solución no puede ser otra sino que la protección que merece el tercero que pone su confianza en la certificación debe ser idéntica a la que la ley dispensa al que confía inmediatamente en la inscripción. Ni sería forzado decir que quien para atenerse al Registro solicita la certificación de lo que en él se contiene y publica, actúa con el máximo de la diligencia personal y de la confianza en el Registro y en la organización registral que deben adornar al tercero protegido por la fe pública registral. Porque confía en el Registro y porque prefiere una información técnica y fehaciente sobre su contenido a la que él podría obtener de la exhibición y lectura de sus asientos, solicita del encargado de su llevanza la certificación: ¿qué más se le puede pedir, y cómo se podría negar la fiabilidad de la base sobre

¹¹² Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 275: «*Las certificaciones*. Son traslados, bajo la fe del Registrador, del contenido del Registro». En la doctrina suiza, DESCHEAUX, *op. cit.*, p. 620: «C'est au grand livre [...] qu'un tiers peut se fier, non aux extraits qui lui sont délivrés».

¹¹³ EM, p. 324: «La publicidad puede darse, o por medio de la exhibición de los registros en la parte necesaria a las personas que tengan interés en consultarlos, o por certificación de los registradores, únicos documentos con los que puede acreditarse en perjuicio de tercero, la libertad o gravamen de los inmuebles o de los derechos reales. Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros sólo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes». La misma idea, nos parece, en nuestra actual doctrina, en AMORÓS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, VII, 2.^º, Madrid, 1978, p. 310: «Sirven [las certificaciones] para justificar fehacientemente el contenido del Registro frente a cualquiera (particulares, funcionarios, jueces y tribunales) y a todos los efectos que pueda producir la inscripción (arts. 32, 34, 38, 41, 131, 201 LH, etc.)».

la que ha fundamentado su confianza, por más que posteriormente se compruebe que la certificación no es exacta?

Mayor apoyo puede encontrar la solución legal en un argumento diferente: El error de la certificación puede impedir al tercero que en ella confió llegar a consumar el proceso que la Ley exige para hacer saltar el efecto sanante de la fe pública registral: la inscripción de su propia adquisición. Naturalmente, no siempre ocurrirá ello. Se producirá la imposibilidad indicada –por las exigencias del trámite sucesivo– cuando la inexactitud o el error de la certificación consista en indicar como titular del derecho transmitido a alguien que no sea el que como tal figure efectivamente en el Registro, o en omitir alguna prohibición de disponer o limitación dispositiva durante cuya vigencia el Registro deba cerrarse a toda transmisión del derecho inscrito. El obstáculo a la inscripción no se producirá, en cambio, cuando la inexactitud consistiera en la omisión de alguna carga o limitación –o en la errónea indicación de encontrarse éstas caducadas¹¹⁴– que no impidiera transmitir al titular inscrito. En este caso nada impediría que, en abstracto y en atención a su desconocimiento inculpable, tales cargas o limitaciones, no debieran perjudicar al tercero que pudo llegar a inscribir su derecho. De todos modos, hay que reconocer que el hecho de que a veces el error en la certificación pueda llevar a adquisiciones no inscribibles es motivo de innegable peso para recomendar como criterio general de solución al problema aquí tratado el que efectivamente y como tal se impone en el artículo 226 de la Ley Hipotecaria.

Y aún puede quedar otro argumento en favor de la solución legal. La protección registral al tercero se explica y justifica con mucha frecuencia como una merecida forma de dar preferencia al tercero que precavida y diligentemente se atiene al Registro cuando su interés entra en colisión con el de otro que descuidadamente prescindió de él. Un tal presupuesto no se cumple, obviamente, en el caso de la certificación errónea. La protección de la confianza que ésta genera habría de exigir el sacrificio del derecho que su titular oportuna y diligentemente entregó al amparo del Registro. El argumento, sin duda, tiene su peso, y aunque su ponderación más a fondo nos remite al tratamiento del punto que a continuación de éste nos proponemos abordar, baste ahora con indicar que, si como inmediatamente hemos de comprobar, la Ley Hipotecaria brinda su protección al tercero también frente a errores registrales

¹¹⁴ Es el caso de la STS, ya vista, de 27 de junio de 2000. En ella se indicaba indebidamente y erróneamente como «caducada» la inscripción de un contrato de opción de compra cuyos efectos, a pesar de tal indicación, tendrán que padecer los recurrentes.

–no, ciertamente, de la certificación sino de la inscripción registral– no debidos a la desidia o descuido del titular inscrito, ya se ve que tampoco este último argumento decide necesariamente y por sí mismo en la cuestión planteada.

¿Qué queda, pues, en ellas tras todo lo dicho? Lo primero, la certeza legal de que, en la forma que indica el artículo 226 de la Ley Hipotecaria, el error de la certificación perjudica al tercero que en ella confió. Lo segundo, la percepción de que dicho tercero, por hipótesis, pudo confiar en una apariencia objetiva y fiable, protegible como tal en abstracto desde los postulados generales de la doctrina de la protección de la apariencia jurídica. Tercero: que tal quiebra en la línea de la protección de la confianza en la apariencia jurídica, aunque no siempre ni necesariamente venga impuesta por las razones antes examinadas, resulta suficientemente justificada en el conjunto del régimen de la protección registral al tercero adquirente. La materialización de la apariencia en el Registro de la Propiedad, más concretamente, en sus libros (art. 240 LH), lleva a negar la condición de apariencia por sí misma protegible (aunque en abstracto pudiera serlo) a la certificación registral, además de por la fuerza sucesoria de las razones ya vistas, para evitar el absurdo de que el complejo mecanismo del Registro de la Propiedad pueda segregar y proteger una apariencia contraria al mismo Registro. Y cuarto: que el hecho de que ello ocurra no da fundamento a la negación de que la fe pública registral, cuando legalmente procede su juego, se explica y justifica como una forma de protección al tercero que confía en la apariencia jurídica resultante del Registro de la Propiedad.

b) ¿Necesita compensarse la buena fe del tercero con la negligencia del *dominus* cuyo derecho va a ser sacrificado?

En esta selección de cuestiones generales, previa al desenvolvimiento del régimen positivo del principio de fe pública registral, nos queda por plantear y tratar de dar respuesta a una última pregunta: ¿Necesita la protección de la confianza del tercero, a modo de contrapeso que la sustente y justifique, la culpabilidad de quien, por efecto de aquella protección va a verse privado de su derecho? Dicho en términos más amplios: ¿exige el principio de fe pública que la producción de la apariencia registral protegible sea imputable a quien vendrá a padecer los efectos de su protección? En el tratamiento de esta cuestión no se trata ya de comprobar si la protección dispensada por la Ley al tercero que confía en lo que el Registro publica es, o no, subsumible en la teoría de la protección

de la apariencia jurídica, ya que en ésta, dicha cuestión dista mucho de ser pacífica¹¹⁵, sino, más bien, de comprobar cuál es sobre ella el criterio legal, para, desde él –interpretada la fe pública como uno de los más significativos supuestos de protección de la apariencia, en lo que sí hay acuerdo general– elevarnos al plano más general y sostener en él legalmente criterios más sólidos y contrastados acerca de los presupuestos en que opera la teoría de la apariencia.

En nuestra opinión, el examen de los supuestos positivamente consagrados de protección de la apariencia jurídica permite establecer como criterio general que, siendo la filosofía de ésta la protección del tráfico, concretada y encarnada en las expectativas del tercero de buena fe, y no, en cambio, la penalización o sanción de quien causó la apariencia, no es requisito absolutamente necesario en la protección de la confianza que ésta suscita, que su causación se haya producido culpablemente o que de algún modo resulte imputable a quien tendrá que padecer los efectos de su protección. Es evidente que todo será más fácil si ese dato de imputabilidad se produce efectivamente¹¹⁶; y tampoco es dudoso que, en ocasiones,

¹¹⁵ A la situación de duda de la doctrina en este punto se atiene EIZAGUIRRE, *Derecho Mercantil*, 3.^a ed., Madrid, 2001, p. 243. Nosotros mantuvimos y tratamos de razonar la respuesta negativa a la necesidad de que, en todo caso, la apariencia fuera imputable al afectado negativamente por su protección, en *La representación aparente...*, cit., pp. 191-219 y 459-465. Disconforme con nuestro criterio se manifestó PAZ-ARES, «Naturaleza jurídica de la letra de cambio», en *Derecho cambiario, Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dir. Aurelio Menéndez y Menéndez, Madrid, 1986, pp. 174-180, para quien, p. 175, la doctrina de la apariencia se basa «en la conexión del principio de publicidad y el principio de imputación». Posteriormente, BUSTOS PUECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica*, 1999, negando el carácter de principio general a la protección de la apariencia (pp. 106-110), se ha manifestado contrario a la necesidad de su imputabilidad (pp., esp., 69-70). Radicalmente contrario, e igualmente negando a la protección de la apariencia carácter general, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, 1990, p. 208, nota 4, ha exigido el dolo como condición general para la protección de la buena fe: «[...] la buena fe que se protege con un principio general normativo es la opuesta al dolo en el particular ámbito de los contratos (*maquinatio insidiosa consulta adhibita [sic]*), art. 1269) [...]»; «No sucede así –añade– cuando se presenta una realidad aparente, distinta por ello de la realidad verdadera, sin que se haya empleado dolo. Así, por ejemplo, titular aparente en las llamadas adquisiciones *a non domino*. Para que en estos supuestos se proteja la apariencia es *imprescindible* la presencia de un precepto específico y expreso que ampare la buena fe de los terceros» (cva. del a.).

¹¹⁶ Aparece este pensamiento, aplicado concretamente a la protección de la adquisición registral *a non domino*, en GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 495, a propósito del temor a la inscripción de títulos falsos que pudieran provocar la confianza protegible de terceros: «Nosotros, que quizás no estamos conformes con el espíritu de la LH que hace depender de la inscripción del dominio el mismo dominio, comprendemos, sin embargo, su sistema: el que no inscribe comete una omisión que la Ley castiga con ensañamiento; pero, en fin, no ha inscrito y culpa tiene: lo que no podemos comprender es que, cumpliéndose los preceptos legales para asegurar el dominio, quede, sin embargo, tan inseguro como si no se cumpliesen [...]». En la jurisprudencia reciente y para un caso de apariencia de representación, *vid.* STS de 26 de mayo de 94: «[...] tratándose de un negocio jurídico inmobiliario, no tenían con lógica racional que sospechar de una situación anómala en el estado civil de mandante y mandatario (marido y mujer), máxime cuando pudo muy bien no sólo anotarlo preventivamente en el Registro de la Propiedad al momento de la demanda de separación,

dicho dato viene claramente exigido por la Ley. Lo que, ello admitido y supuesto, venimos a decir es que, aun sin la producción de ese dato, la *ratio* de la protección de la apariencia sigue clamando, de suyo, por la protección del tercero que en tal apariencia confía, y que, guiada por dicha *ratio*, la Ley puede dispensar su protección al tercero sin supeditación a criterio alguno de imputabilidad de la apariencia. La cuestión es, desde luego, polémica, y la ponderación de su solución es materia que queda a la libre decisión del legislador, según patentizan los paralelos comparados del artículo 464 de nuestro Código Civil. Contra el criterio histórico –respetado en nuestro Derecho y en el Derecho alemán¹¹⁷– que exigía la salida voluntaria de la cosa mueble de manos de su dueño para admitir la adquisición mobiliaria *a non domino* a favor del tercero de buena fe, el artículo 1153 del Código Civil italiano ha prescindido de ella¹¹⁸: basta haber adquirido de no propietario para que la posesión de buena fe convierta en dueño al adquirente¹¹⁹. Interesa tenerlo en cuenta, porque a su vista se hace patente –una vez más– que incluso en los grandes «lugares comunes» de nuestros Derechos romano-germánicos los diferentes ordenamientos pueden introducir datos diferenciadores que impidan trasladar de uno a otro, sin más, los elementos que sirven al fundamento y a la explicación de su solución.

¿Aporta alguna luz a la solución de este problema en nuestro Derecho el principio de fe pública registral? Sería simplificar mucho las cosas responder diciendo que así como el principio de inoponibilidad –exponente, como sabemos, del efecto protector de la inscripción en los sistemas registrales latinos– se apoya en la culpa del titular que no inscribe para sacrificar el derecho de éste al entrar en conflicto con el del adquirente que inscribe, el principio

sino interesar judicialmente la recuperación de poder notarial (art. 1733 CC), para evitar un uso como el que se hizo amañadamente del mismo. Pues bien, ante esta situación es evidente que el tercero civil de buena fe está protegido por la Ley, con base a la seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario, sin que pueda sufrir perjuicio por la negligencia del mandante (SS 5 diciembre 1958; 20 marzo 1964; 3 julio 1976; 11 enero 1979), ya que los terceros compradores se atuvieron a las circunstancias racionales del caso: posesión de poderes, declaración de su vigencia, y falta de constancia en el Registro de la Propiedad de esa revocación de poderes producida *ope legis* por la sentencia de separación conyugal, y, con ello, el único responsable de esa apariencia representativa es el recurrente [...].».

¹¹⁷ BGB § 935 (1): «Der Erwerb des Eigentums auf Grung der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war».

¹¹⁸ Sobre ello, ampliamente, MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, 3.^a ed., Milán, 1975, pp. 77-89.

¹¹⁹ «Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non è proprietario –dice el precepto italiano–, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idóneo al trasferimento della proprietà [...].»

de fe pública –característico de los sistemas germánicos– por el contrario, se inspira en la idea de la protección de la confianza en la previa inscripción para proteger a quien adquiere ateniéndose a ella, sin necesidad de atender complementariamente a la razón por la cual el derecho no inscrito dejó de ser publicado¹²⁰. Las cosas, siendo sustancialmente así, no son tan simples en los dos grandes modelos. Algo de buena fe –extraregistral, obviamente, y consistente en la creencia de la titularidad del transmitente– se exige también para la protección registral del tercero en el sistema latino, y no sólo en nuestro Derecho, donde la jurisprudencia se ha manifestado siempre decidida y contundente en la exigencia de tal requisito¹²¹, sino también –teniendo que corregir el rumbo de la doctrina y cada vez con mayor convicción e insistencia– en la misma jurisprudencia francesa¹²². A su vez, la protección de la confianza en lo que el Registro publica no excluye que en el presupuesto ordinario de su aplicación haya de contarse con algún elemento de descuido o desidia por parte de quien, al no inscribir su propio derecho, provocó la inexactitud registral contra la cual se protege al tercero¹²³. Siendo ello así, resulta muy claro que la sola indicación de las diferentes filosofías de los principios de inoponibilidad registral y de fe pública no es dato bastante para argumentar que en la aplicación de este último pueda, sin más, prescindirse de todo ingrediente de imputabilidad de la apariencia registral al titular sacrificado por consecuencia o efecto de la protección del tercero. Ni siquiera es bastante, a nuestro juicio, amalgamar inconcreta y confusamente ambos elementos de responsabilidad y confianza en el juego de uno y otro principio¹²⁴, o superponer y señala-

¹²⁰ Cfr., e. c., LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 196.

¹²¹ Para la exigencia de la buena fe en la protección registral conforme al artículo 32 de la Ley Hipotecaria, nos remitimos a lo dicho en *El principio de inoponibilidad..., cit.*, III, 3, b.

¹²² Cfr. al respecto, MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 586-592; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *op. cit.*, pp. 536-537; TENDLER, *La publicité foncière française face à l'harmonisation européenne*. La semaine Juridique, 1991, núm. 51-52, doctrine, p. 399; Aynés, *Sûretés. Publicité foncière*, MALAURIE-AYNÉS, *Droit Civil*, IX, 9.^a ed., 1998, p. 245: «Après avoir exigé un véritable concert frauduleux entre le second acquéreur et l'alinéateur, la jurisprudence aujourd'hui se contente de la simple mauvaise foi du tiers, c'est-à-dire de la connaissance qu'il a, en fait, du droit concurrent antérieurement acquis et non publié par un autre».

¹²³ Cfr. HAGER, *op. cit.*, p. 437, nota 102: «So die ganz h. M.; vgl. etwa Westermann/Eickmann, § 101 I 1; Westermann, JuS 1963, 6; Lutter, AcP 164, 154; Bürck, AcP 171, 341; Wiegand, JuS 1975, 207; Hoche, NJW 1952, 1289; a. A. Meyer, *Publizität* S. 95, der darauf besteht, der Rechtsschein müsse vom Berechtigten veranlaßt sein, die Veranlassung aber darin sieht, daß der Eigentümer sein Recht nicht habe im Grundbuch verlautbaren lassen».

¹²⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos..., cit.*, p. 450: «Desde el punto de vista del verdadero titular, hay en los preceptos aludidos [se refiere a los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria] una sanción por el incumplimiento de la carga de practicar la inscripción registral. [...]. Desde el punto de vista de los terceros, por las mismas razones indicadas y

lar simplemente la contraria preponderancia de aquellos en cada uno de ellos¹²⁵. El problema merece ser tratado con mayor atención y detalle. ¿Qué hay, concreta y efectivamente, en nuestra Ley Hipotecaria acerca de los requisitos de aplicación del principio de fe pública registral? ¿Necesita la protección del tercero que confía en lo que el Registro publica el contrapeso de la actuación negligente que permite imputar la inexactitud registral al titular que por efecto de ella tendrá que sufrir la pérdida de su propio derecho?

Los textos fundacionales de nuestro Derecho Hipotecario llevan a primera vista a dar por resuelta la cuestión que acabamos de proponer. Todo hace pensar en ellos que la protección registral del tercero tiene lugar en el ambiente de una situación cuya producción es imputable al dueño o titular que la padece; no propiamente en términos de rigorosa culpa –al no ser entre nosotros obligatoria la inscripción, a diferencia de lo que ocurre en Francia¹²⁶– sino en los más relajados de una simple imprevisión, descuido o negligencia que, supuesto el régimen de la publicidad, llevaría incluso a entender que el titular que no inscribe, al no inscribir su derecho, está renunciado, *eo ipso*, al mismo en su eventual colisión con otro que llegue a inscribirse¹²⁷. Generalmente hablando –aunque, obviamente no siempre–, la protección registral del tercero adquirente se

además por la especial protección que estos terceros merecen, al protegerse en ellos el desenvolvimiento del tráfico jurídico, se puede hablar de una fe pública registral». En la doctrina italiana, y para ese mixtificado asomo de fe pública que aparece en el artículo 2652 del *Codice*, *Vid. FERRI, op. cit.*, p. 254: «Il fatto che colui che agisce in nullità resti disarmato contro il subacquirente di buona fede, deve considerarsi come una sanzione per la sua quinquennale inerzia [...]; mentre, d'altro canto, l'affidamento del terzo subacquirente è reso, da questa prolungata inerzia, più meritevole di premio».

¹²⁵ AMORÓS, *Comentarios...*, cit., p. 287: «Pero quien ha dejado de inscribir, por descuido, negligencia o por negarse voluntariamente a solicitar la inscripción, no puede gozar de la protección que a través del Registro se dispensa [...]. Más que proteger a quien confía en el contenido del Registro, y a la legitimación derivada de la apariencia registral, se sanciona a quien no ha inscrito. [...]. Todo ello con independencia de que la falta de inscripción crea una apariencia negativa de no existencia de lo no inscrito. Entonces, la posible confianza en esa apariencia negativa, la creencia de ahí resultante en que no existe el derecho no inscrito, pueden justificar que el tercero adquiera desconociendo la situación no publicada. También por esta vía de proteger la confianza en la apariencia puede llegar a la misma solución. Pero, de estos dos argumentos, parece más relevante el primero como fundamento de la inoponibilidad. Al menos, para la concepción de los legisladores y comentaristas del siglo pasado».

¹²⁶ No puede decirse para nuestro Derecho lo que para el francés dice LEVIS, M., *L'opposabilité du droit réel*, París, 1989, p. 185: «[...] l'inopposabilité de l'acte non transcrit est la sanction de l'observation du devoir de transcrire (ou de publier) [...]». Para nuestro Derecho decía GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 245: «Para que la inscripción fuera obligatoria, debería ir acompañada de una sanción, o en el orden civil o en el penal; y esta sanción no existe, porque ni imitando el rigor de nuestro anterior Derecho se establece la nulidad de los documentos registrables que no se registren, ni se introduce ninguna otra medida coercitiva, como pudiera ser una multa al que no inscriba».

¹²⁷ Cfr. EM 1861, p. 249: «El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia su derecho en concurrencia con un tercero».

imagina pensando en la doble venta, y en ella la preferencia del comprador que inscribe sobre el anterior que omitió la inscripción se justifica atendiendo a que el primero actuó diligentemente ateniéndose al Registro y creyendo en su exactitud, mientras que fue el segundo quien, por no haberse tomado la molestia de inscribir, provocó aquella situación registral engañosa. Justificado está, pues, que sea a él a quien le perjudique. Con diferencia de matices pero con absoluta sintonía de fondo, así se razona la protección registral, tanto en Luzuriaga, quien habla a veces de culpa en quien no inscribe¹²⁸ y califica de diligente a quien lo hace¹²⁹, como en la Exposición de Motivos de 1861, que considera la no inscripción como una omisión culpable¹³⁰ o negligente¹³¹, cuando no es debida a mala fe¹³²; en los comentarios de Gómez de la Serna, para quien el inscribir¹³³ y el confiar en lo previamente inscrito¹³⁴ son actos de positiva previsión y diligencia que justifican el sacrificio de quien por su falta¹³⁵ o negligencia¹³⁶ no inscribió; y en los

¹²⁸ LUZURIAGA, *op. cit.*, p. 227: «[...] si el obligado omite la cancelación, suya será la culpa [...]».

¹²⁹ Idem, p. 225: «La segunda parte del artículo 1858 tiene por objeto evitar toda sorpresa o fraude por parte del que, teniendo un derecho posterior, se quisiera adelantar a otro que lo hubiese adquirido primero; de este modo no podrán cometerse abusos contra el hombre diligente».

¹³⁰ EM, p. 333: «De seguro que cuando todos vean que esta prescripción es una verdad, que no queda como hasta aquí en amenaza la ineficacia de los títulos no registrados, que los Tribunales aplican con todo rigor la ley, serán más diligentes en apartar de sí las perjudiciales consecuencias que una omisión culpable puede ocasionarles».

¹³¹ EM, p. 248: «En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente».

¹³² EM, p. 251: «Si no está inscrita la condición resolutoria, será porque no se haya expresado en el contrato, tal vez para burlar la ley; pero, sea la omisión efecto de descuido o de mala fe, sólo debe perjudicar a los negligentes y a los maliciosos, no al tercero que compra en la seguridad de que no existe semejante condición resolutoria».

¹³³ SERNA, *op. cit.*, p. 246: «No menos eficaces que este medio [para fomentar la inscripción] son otros indirectos también, pero tan útiles casi como los directos [...] porque hacen tan precaria y triste la condición de las personas que no inscriben los títulos, contratos y actos registrables, que para salir de ella todas las que sean medianamente previsoras y diligentes, no dejarán de inscribir». Idem, p. 579: «Otras veces lo hemos dicho: los perjuicios que puedan ocasionarse no deben recaer en este caso sobre el que bajo las garantías de las leyes adquirió lo que, según el Registro pertenecía al que ya había enajenado, sino sobre el que pudiendo inscribir y dar esta señal de alarma a cuanto acudieran al Registro, y hacerlos aparecer en su día como adquirentes de mala fe, dejó de hacerlo, y dio lugar al segundo contrato».

¹³⁴ SERNA, *op. cit.*, p. 622: «Sólo podrá ser inducido a error el que no emplee la diligencia y actividad necesarias para enterarse de lo que hay en el Registro».

¹³⁵ SERNA, *op. cit.*, p. 671: «El que ha cometido la omisión de no cuidar que en la escritura que otorga se exprese la cláusula resolutoria a que está sujeto el contrato, y da lugar a que no conste en el Registro, no debe quejarse de la Ley que le ha advertido los peligros a que se exponía, y ha procurado defenderle contra ellos. Más justo es que sea él quien sufra el perjuicio que el tercero, que fue por su falta inducido a error».

¹³⁶ SERNA, *op. cit.*, p. 635: «En una palabra, lo que establece la Ley es que aquello que por no estar inscrito no es conocido por el adquirente, no le perjudique, o lo que es lo mismo, que la negligencia de uno no dañe a otro».

escritos de Cárdenas, donde se sienta con carácter de principio básico en la materia que la morosidad o indolencia de quien no inscribe no debe perjudicar al tercero cuidadoso que inscribe¹³⁷.

Por más que la contundencia y constancia de los anteriores testimonios pudieran sugerir lo contrario, podría resultar prematuro –en nuestra opinión– pretender deducir de ellos conclusiones definitivas y absolutas. Un planteamiento a fondo y completo de la cuestión que venimos tratando no debería cerrarse a la posibilidad de que el instrumento planeado para proteger la seguridad del tráfico inmobiliario tenga que llegar, por la propia lógica de su finalidad, a proteger la confianza en las apariencias registrales más allá de lo previsto o expresamente reconocido por quienes, teniendo que actuar abriendo camino y en contra de lo que pediría la inercia de los hábitos mentales muy arraigados, lo crearon y configuraron su modo de ser y actuar. Ciertamente, la discordancia del Registro con la realidad, que constituye la situación publicada en situación aparente, será ordinariamente debida al titular que, por no inscribir su derecho, tendrá que padecer la pérdida del mismo en beneficio del tercero que actuó diligentemente sin conocer su existencia. En tal hipótesis, la imputabilidad de la apariencia al sujeto que la provoca allanará notablemente el camino que lleva a la justificación y defensa de su protección. Es el argumento que, tan repetida como explicablemente, hemos visto en la Exposición de Motivos de la Ley y en la doctrina de sus autores y comentaristas. Pero cabe preguntarse: ¿son completamente descartables las apariencias registrales no imputables al titular del derecho cuyo sacrificio exigiría en mecanismo de su protección? Y, no siéndoles imputables, ¿serán también protegibles a costa de su derecho? Y es aquí donde las explicaciones de la Exposición de Motivos y de Cárdenas, sin aportar elementos de directa, expresa y abierta respuesta, al menos sugieren o apuntan la posibilidad de indagar el problema e iluminan el sentido de su solución. ¿No resulta incompleta o ficticia la explicación que da la Exposición de Motivos a la protección registral del tercero cuando la inexactitud del Registro se debe a los errores deslizados en la actuación del Registrador al proceder materialmente a inscribir? En manos del titular puso la Ley el recurso para impedirlos (originario art. 252, hoy 258.3 LH) exigiendo al Registrad

¹³⁷ CÁRDENAS, «Memoria histórica...», cit., p. 171: «Si una sentencia judicial fundada únicamente en este documento no registrado, privara de su derecho al que lo adquiera después bajo la fe del Registro, inscribiéndolo con oportunidad, resultaría que un título no inscrito por morosidad o indolencia, perjudicaría al tercero cuidadoso que inscribiera el suyo, para favorecer al indolente».

dor la minuta de la inscripción para su control y corrección si fuera necesaria¹³⁸. Y cuando Cárdenas, defendiendo el mantenimiento del artículo 34 en su originaria pureza y censurando su desnaturalización mediante el añadido de las notificaciones, tras argumentar que el riesgo de inscripciones de títulos falsos tiene mucho de imaginario y que «es remotísimo el peligro de que el propietario cuidadoso sea despojado en beneficio del adquirente posterior de buena fe», termina sentenciando que «el Registro no cumple su objeto» si no se cumple en él la condición de que, en todo caso, la adquisición de buena fe inscrita por el tercero quede a salvo contra títulos no inscritos¹³⁹, ¿no está indicando que la apariencia registral necesita ser protegida en favor del tercero de buena fe aun sin el normal presupuesto de que su producción sea imputable al titular que finalmente tendrá que padecerla? Preguntas que, a partir de los textos recordados y en la reflexión sobre nuestro sistema hipotecario, apenas se ha planteado a fondo la doctrina, aunque tampoco haya faltado el caso de que, sin mayor profundización o detenimiento, se haya llegado a afirmar que el enfrentamiento del tercero que de buena fe adquiere confiando en el Registro con el que, también de buena fe y diligentemente, lo tiene inscrito a su favor, es cuestión que, al quedar registralmente en tablas, debe ser resuelta por el Derecho Civil¹⁴⁰.

Nosotros, sin poder compartir esta última afirmación, creemos, por el contrario, que la Ley Hipotecaria, desde su originaria inspiración de 1861 y con mayor claridad aún en su redacción actual, proporciona base bastante para poder sostener, como certeza legal, que la protección de la confianza prestada a la apariencia que el Registro produce, no necesita ser contrapesada con la imputabilidad.

¹³⁸ *Vid.*, E.M., p. 312: «Pero de todos modos, las rectificaciones de concepto no pueden retrotraerse a la fecha de la inscripción rectificada; por pequeña que sea la equivocación, los interesados tienen en el Proyecto medios suficientes para evitar el error, reclamándolo oportunamente: el que ignorante de ella acude al Registro y contrata con la seguridad de que no hay inscripción o anotación que pueda perjudicar a la adquisición de un derecho real, no debe experimentar daño por la omisión del que no cuidó oportunamente de que la inscripción fuera rectificada. Éste es el único que debe sufrir las consecuencias de su conducta, como se declara en el Proyecto».

¹³⁹ He aquí el texto de CÁRDENAS, «Memoria histórica...», cit., p. 171: «De cualquier modo que esto fuese, es lo cierto que semejantes fraudes tienen mucho de imaginarios, que los notarios no otorgan escrituras de venta de inmuebles al primer desconocido que llega a pedírselas, sin pruebas fehacientes de su dominio, que es remotísimo el peligro de que el propietario cuidadoso sea despojado en beneficio del adquirente posterior de buena fe para que un título no inscrito no prevalezca sobre el inscrito, y por último que sin esta condición no cumple su objeto el Registro».

¹⁴⁰ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (ed. 1968) p. 212, negando la protección registral al tercero en la hipótesis de la falsedad del asiento: «[...] y finalmente, que entre el tercero de buena fe, y el titular registral perjudicado, asimismo de buena fe y diligente, la cuestión debe resolverse conforme al Derecho civil».

dad de la inexactitud registral al dueño o titular perjudicado por ella. Bastará para comprobarlo atender a las razones siguientes:

La primera y –aunque bien fundada– de menos peso, en cuanto que no se apoya directamente en una concreta disposición de la Ley sino que, más bien, combate el argumento que en ella, según hemos visto, quisiera buscarse en sentido contrario: la insuficiencia e inadecuación de la argumentación del requisito de la imputabilidad en la posibilidad de exigir del Registrador la minuta de la inscripción solicitada. Con razón advertía Morell, lo insuficiente y ficticio de este argumento. Insuficiente, porque la minuta es anterior al asiento a practicar en el Registro, y el error puede producirse en la práctica de éste; fuera ya, por tanto, del control legalmente previsto al poner en manos del solicitante esta cautela. Pero, además y sobre todo, ficticio: porque el titular que inscribe cumple con la diligencia que le es exigible con el solo hecho de solicitar conforme a Derecho la inscripción de su adquisición (art. 6 LH). De acuerdo con ello, la protección del tercero en su confianza cuando la inscripción es errónea tiene que responder a razón diferente a la de la imputabilidad de la inexactitud registral al titular inscrito. Es, simplemente, que en el conflicto que se produce entre el interés del titular del derecho erróneamente inscrito y el del tercero que confía en la inscripción errónea, la Ley Hipotecaria, como Ley de terceros que es, prefiere al tercero que con completa buena fe adquirió bajo la garantía del Registro¹⁴¹.

La segunda razón –ésta incontrovertible por su evidencia legal– consiste en el sometimiento al juego de la fe pública registral, puramente y sin más, del asiento motivado por un título falso. Sabido es que el temor a que la protección registral del tercero adquirente pudiera llevar al expolio del dueño que diligentemente inscribió su derecho, sin la más mínima culpa de éste y por obra exclusiva del falsificador¹⁴², fue lo que provocó la apasionada y tan aireada

¹⁴¹ Cfr. MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, II, 2.^a ed., Madrid, 1917, p. 591: «Barrachina estima que en estos casos A. debe culparse a sí mismo, por no haber exigido, como tenía derecho a hacerlo, con arreglo al artículo 252 de la Ley, la minuta del asiento principal. No lo vemos así; la minuta es anterior al asiento, la minuta puede estar bien, y el asiento equivocarse después, ni hay culpa alguna en no exigir minuta. Más práctico sería leer la inscripción después de hecha, o pedir de ella certificación literal. Pero, lo repetimos, no es esa la razón; es sólo que existe un conflicto de derechos, y la Ley Hipotecaria, ley de terceros, prefiere el derecho del tercero, el del que, con completa buena fe adquirió bajo la garantía del Registro».

¹⁴² Recuérdense, además de la detallada noticia de esa polémica en la obra de SERNA, *op. cit.*, pp. 623-640, las palabras ya citadas de GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 495: «Nosotros, que quizás no estamos conformes con el espíritu de la Ley Hipotecaria [...], comprendemos, sin embargo, su sistema: el que no inscribe comete una omisión que la Ley castiga con ensañamiento; pero en fin, no ha inscrito y culpa tiene: lo que no podemos comprender, es que, cumpliéndose los preceptos legales para asegurar el dominio, quede sin embargo tan inseguro como si no se cumpliesen, y que pueda

polémica legalmente zanjada en la reforma de 1869 mediante la adición del requisito de las notificaciones como condición necesaria para que el tercero quedara definitivamente protegido en su adquisición¹⁴³. Sabido es también que tales notificaciones apenas se usaron y que terminaron por ser suprimidas en la Ley de Reforma de 1944. A partir de entonces, recuperada por el artículo 34 su originaria pureza, la falsedad del título inscrito es una de las hipótesis de inexactitud registral comprendidas en el artículo 40 [art. 40 d)], cuya rectificación no perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso y de buena fe durante la vigencia del asiento que se declara inexacto [art. 40, i. f)]. He aquí el argumento que reviste de certeza legal a la afirmación de que la protección registral que al tercero adquirente dispensa el principio de fe pública no exige como condición absoluta la imputabilidad de la inexactitud registral al dueño o titular que la padece. Con ocasión de la Ley de Reforma de 1944, Pelayo Hore trató de reverdecer, tan inútil como anacrónicamente, la vieja cuestión ya felizmente superada¹⁴⁴. Inmediata y contundentemente le rebatió Sanz Fernández¹⁴⁵: además de que el riesgo advertido es de producción prácticamente imposible¹⁴⁶, en la remotísima hipótesis de que efectivamente se produjera, la misma razón de ser del principio de fe pública sigue exigiendo la protección del tercero adquirente¹⁴⁷, con el consi-

darse el caso en que la augusta majestad de una sentencia, sancione como acto válido y legal el robo organizado».

¹⁴³ Cfr. EM sobre la Reforma y Adición de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861: «Mas todo esto [el régimen establecido en el originario artículo 34] ofrece un inconveniente para el crédito territorial, porque los terceros quedan expuestos a perder su derecho si es falso o nulo el título del hipotecante y reclaman los bienes otros que con anterioridad al mismo hayan inscrito su título; peligro que no puede evitarse ni aun con el examen de todos los títulos inscritos referentes a los mismos bienes si su contenido no revela la falsedad o nulidad. En la nueva Ley proyectada se procura remediar este inconveniente, estableciéndose en el mismo artículo 34 que los interesados en una inscripción puedan solicitar que ésta se notifique a los que en los veinte años anteriores hubieren poseído los bienes a que la misma se refiera, a fin de que en el término de treinta días ejerciten las acciones que tuvieran para invalidar dicha inscripción, no pudiendo verificarlo después de aquel término».

¹⁴⁴ PELAYO HORE, «La reforma hipotecaria», *RDP*, 1945, pp. 149 ss.

¹⁴⁵ «Un aspecto de la fe pública registral», *RDP*, 1945, pp. 225-230. En el mismo sentido, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 640-645.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, p. 226: «Todos estos supuestos, la realidad jurídica española demuestra que son de carácter absolutamente excepcional, y casi hay que hacer un esfuerzo de imaginación para idearlos y después discurrir sobre ellos, sin ánimo de resolver una cuestión práctica que no se da nunca. Mas, aunque sea rarísimo, puede darse algún caso, y entonces se pregunta: ¿cómo es posible que el dueño que vivía tranquilo pueda ser despojado de su derecho por un delito cometido por otra persona? [...]».

¹⁴⁷ *Op. cit.*, p. 230: «El fundamento se halla en el mismo que sirve de soporte a la fe pública registral y a la institución del Registro: la necesidad de mantener a todo trance la seguridad del tráfico jurídico, ya que la legislación hipotecaria se halla claramente situada en la esfera del más puro dinamismo jurídico, como lo muestra la simple lectura del Preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, iniciador de la legislación, y la Exposición de Motivos de la Ley de 1861».

guiente sacrificio del derecho del titular verdadero, quien, naturalmente, deberá ser resarcido por el falsificador y por quienes culpable o negligentemente permitieron que el título falsificado consiguiera acceder al Registro¹⁴⁸.

La tercera razón –igualmente incontrovertible por legalmente cierta– consiste en la extensión del juego protector de la fe pública registral a la confianza puesta en asientos nulos o erróneos [art. 40 c) LH]. El asiento registral es, obviamente, obra exclusiva del Registrador, y será a éste, y no al titular del derecho irregular o erróneamente inscrito, a quien resulte imputable la producción de este supuesto de apariencia registral. Que la confianza del tercero en tal apariencia es protegible está fuera de toda duda gracias al inequívoco dictado de los artículos 31 y 40, *i. f.* de la Ley Hipotecaria. Que la misma Ley considera imputable al Registrador su causación resulta también evidente a la luz de su artículo 300: será el Registrador quien tenga que indemnizar al que, por el error o negligencia de éste tenga que padecer la pérdida de algún derecho real o de la acción para reclamarlo. La norma, como puede advertirse, es distinta a la anteriormente vista en el artículo 226 para el caso de la certificación registral inexacta. De la inexactitud de la certificación responde el Registrador frente al tercero que, al no coincidir ésta con el Registro, y al no poder alegar haber confiado en el Registro sino en la certificación, quedará excluido del juego de la fe pública registral; del error o nulidad del asiento responde el Registrador frente al titular inscrito que, por efecto de la protección del tercero, tendrá que padecer la pérdida de su derecho.

En definitiva, pues, que en nuestro sistema registral la imputabilidad de la inexactitud registral al titular sacrificado por efecto de la fe pública no es condición necesaria para el funcionamiento de este principio. Igual ocurre, además, en los sistemas suizo y alemán, donde –como, por otra parte, sucede en el nuestro– ni hay norma alguna que imponga tal condición, ni en su tratamiento doctrinal se la entiende necesaria como presupuesto necesario, aunque no explícito, de su régimen positivo¹⁴⁹. Es más: en la doctrina ale-

¹⁴⁸ *Op. et loc. ant. cit.*, «Si, a pesar de todo, el delito ha sido consumado, para reparar el perjuicio económico sufrido por el titular están la responsabilidad civil del delincuente y la rígida responsabilidad que las leyes imponen al Notario y al Registrador».

¹⁴⁹ En nuestra doctrina, ROCA SASTRE, «El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma», *RCDI*, 1965, p. 810: «En estos sistemas [los de fe pública] no se habla de sanción a la negligencia en inscribir la adquisición, sino de proteger la confianza del tercer adquirente en el contenido del Registro, y la protección de la fe pública registral opera a todo evento jurídico [...]»; también, refiriéndose a los diferentes fundamentos por los que el legislador puede decidir la protección de la buena fe, MIQUEL, J. M.^a., «Buena fe (Dcho. Civil)», *EJB*, I, ed. Civitas, 1995, p. 839:

mano la apariencia registral se señala como uno de los supuestos en que el principio de protección de la apariencia (*Rechtsscheinprinzip*) se particulariza y ensancha como *reine Rechtsscheinprinzip* para proteger la apariencia pura: esto es, la apariencia en cuya protección no hay que hacer cuestión alguna de imputación al sujeto o titular que la padece¹⁵⁰. Lo mismo, como hemos visto, puede hacerse en nuestro Derecho.

Siendo todo lo anterior así, podemos ya concluir definitivamente en este punto. La protección de la apariencia jurídica que opera en nuestro Derecho a través del principio registral de fe pública, no exige siempre y como requisito absolutamente necesario la imputabilidad de que aquí venimos tratando. Ciertamente ésta se producirá en la mayoría de los casos; justamente, en los que Luzuriaga, Cárdenas, Gómez de la Serna y la Exposición de Motivos de 1861 se representaban mentalmente como el más frecuente: el de la inexactitud registral producida por efecto de la no inscripción de un derecho realmente existente fuera del Registro. Ese mismo caso, posible también en los sistemas germánicos de inscripción constitutiva en el margen permitido por el que en Suiza llaman el «principio relativo de la inscripción» o, lo que es lo mismo, en el ámbito de las adquisiciones ajenas al tráfico negocio *inter vivos*, permite afirmar que, también en tales sistemas, la protección de la adquisición registral *a non domino*, no siempre supeditada al requisito de la imputabilidad, puede a veces producirse por ella. Es más, tanto para estas variantes germánicas como para la nuestra podrá decirse que, seguramente, la consideración de estas apariencias registrales imputables a quienes por omitir la inscripción van a tener que padecerlas, pueden muy bien haber actuado a modo de punta de lanza en la introducción, así más fácilmente asumible, de la adquisición registral *a non domino* en el conjunto del ordenamiento. Pero es el caso que el mecanismo ideado para el logro de dicha adquisición, en tanto que instrumento al servicio de la seguridad del tráfico, va a exigir, en razón de su propia lógica y finalidad, que la protección de la confianza puesta en el Registro de la Propiedad no quede limitada solamente al caso más probable de que la información por éste proporcionada no sea exacta por culpa o descuido imputable al titular que pudiendo y debiendo haber inscrito, dejó de hacerlo. Como vimos afirmado en Cárdenas, si el Registro no asegura a todo trance al terce-

«[...] en el artículo 34 LH es indiferente la conducta del verdadero propietario y el origen de la inexactitud registral».

¹⁵⁰ Cfr. CANARIS, *op. cit.*, p. 471, y antes, WESTERMANN, «Die Grundlagen des Gutaufglaubensschutzes», *JuS.*, 1966, pp. 1 ss.

ro de buena fe, deja de cumplir su finalidad aseguradora del tráfico. He aquí cómo y por qué también la apariencia registral inimputable al titular que *in natura* e inmediatamente la padece, tiene que terminar siendo también protegida. Así acabamos de verlo positivamente establecido para nuestro Derecho por la Ley Hipotecaria. Es prueba legal suficiente para sostener que la apariencia registral protegible no exige su imputabilidad al dueño sacrificado por efecto de su protección, y, procediendo por elevación, para argumentar que en la doctrina general de la protección de la apariencia jurídica no puede exigirse el requisito de la imputabilidad como elemento necesario, por esencial, para la protección del tercero que en ella confía.

II. EL SUJETO PROTEGIDO POR LA FE PÚBLICA REGISTRAL Y LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA SU PROTECCIÓN

Sin apartarnos sustancialmente del modo y orden empleado por la doctrina en la exposición de los requisitos necesarios para la aplicación del principio de fe pública registral, nosotros –siguiendo nuestro inicial planteamiento¹⁵¹– vamos a intentar el desarrollo de esta materia reconduciéndolo a la última clave de su comprensión: la teoría de la protección de la apariencia jurídica. El intento está, a nuestro juicio, sobradamente justificado si se admite que el Registro de la Propiedad no es sino la más elaborada forma de apariencia jurídica artificial o provocada¹⁵², si el más peculiar efecto de la protección registral se entiende, efectivamente, como una de las más importantes manifestaciones de la protección de la apariencia, y si, finalmente, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria se reconoce como la norma que con mayor atención y detalle señala los requisitos necesarios para la entrada en juego de tal protección. Precisamente porque así son las cosas, nuestro modo de proceder en esta materia tendrá que coincidir sustancialmente con el que habitualmente se sigue por la doctrina que, sobre la pauta del artículo 34, desarrolla y comenta las condiciones de aplicación del principio de fe pública registral.

¹⁵¹ Cfr. «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», *cit.*, pp. 29-30.

¹⁵² Para la distinción entre apariencia jurídica natural y artificial o provocada, cfr. WELLSPACHER, M., *Das Vertrauens auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht*, Viena, 1096, pp. 22 ss. y 58 ss.

1. EL TERCERO, EN TANTO QUE SUJETO AJENO AL ACTO CREADOR DE LA SITUACIÓN INMOBILIARIA QUE EL REGISTRO PUBLICA

«El *tercero* que de buena fe adquiera a título oneroso...», comienza diciendo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria al circunscribir y expresar el efecto protector del principio de fe pública registral. He ahí indicado el sujeto a quien dicho efecto favorece, y comenzada de inmediato la secuencia de los requisitos necesarios para su protección. De momento nos interesa atender sólo al primer punto: el principio de fe pública se establece por la Ley en favor del *tercero*. Es lógico que así sea, si la fe pública consiste en una particular aplicación de la protección de la apariencia¹⁵³, y si esta protección se dirige, como a su genuino y normal beneficiario, al *tercero*¹⁵⁴. Y por ello mismo se entiende, también, que, siendo el principio de fe pública el principal exponente de la virtud protectora de la publicidad registral, con razón, aunque también con algunas reservas en los últimos tiempos, la Ley Hipotecaria haya podido ser caracterizada como «ley de terceros»¹⁵⁵. Al afirmarlo así,

¹⁵³ Cfr., por todos, Cossío, *Instituciones...*, cit., p. 219: «El problema estriba únicamente, en determinar cuándo y en qué medida, los terceros pueden ser afectados por un negocio jurídico en el que no han sido partes. Este problema se resuelve de distinta manera en el campo civil que en el hipotecario [...]. En el hipotecario, estos principios materiales, son concebidos formalmente, es decir, sustituidos por su apariencia; pudiéramos parodiártolos de la siguiente manera: “nadie puede dar lo que *no parece* que tiene”, y “quien *parece* ser el primero, tiene mejor derecho”. La apariencia del derecho sustituye al derecho mismo, y la aparente falta de derecho, puede destruir el derecho» (cvas. del a.). Contra esta concepción y en este específico punto, *vid.* AMORÓS, *La teoría de la publicidad registral y su evolución*. Discurso leído el día 30 de noviembre de 1998 en su recepción como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998, p. 108: «[...] aún entonces [cuando entra en juego la fe pública registral] ni siquiera de una manera plena y automática [la protección del titular registral y de la titularidad inscrita se justifica mediante el principio de la protección de la apariencia] porque, según la doctrina más moderna, la protección del tercero registral se produce no tanto por su confianza en la apariencia (situación subjetiva: deber de conocer lo que el Registro publica), cuanto por la declaración legal que consagra la protección cuando concurren los requisitos establecidos (situación objetiva, al margen de la conducta o diligencia del tercero protegido, aunque la protección resulte condicionada por la buena fe)». Sobre esta minoritaria y reciente doctrina que se aparta de la explicación de la protección registral del tercero indicada en el texto, nos hemos pronunciado en *La inscripción en el Registro de la Propiedad...*, cit., pp. 240-256, lugar al que, por evitar repeticiones, aquí de nuevo nos remitimos.

¹⁵⁴ Contrario en este punto a la común opinión, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización...*, cit., p. 67: «Conviene no engañarse. Algunos sectores creen que la apariencia es doctrina de defensa de terceros. Esta afirmación es, sin embargo, inexacta por incompleta». Dejamos expuesta nuestra opinión sobre la esencialidad de la presencia del tercero en la teoría de la protección de la apariencia, y sus contadas excepciones, en *La representación aparente...*, cit., pp. 443-454. Posteriormente, sobre el mismo punto, BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pp. 21-34.

¹⁵⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 452: «Desde el momento mismo de la promulgación de la Ley de 1861 –incluso antes, porque lo decía su Exposición de Motivos–, se ha insistido una y otra vez en que la Ley Hipotecaria es una “ley de terceros” y el tercero es el personaje principal de toda esta historia». Las reservas frente a esta denominación

naturalmente, nos estamos pronunciando contra quienes en nuestra doctrina han tachado al tercero de mero ente de la mitología jurídica¹⁵⁶, o le han negado acomodo en nuestro sistema por considerarlo lastre arrastrado a nuestro Derecho por efecto del influjo inicialmente ejercido en el mismo por el sistema de transcripción¹⁵⁷. Convenimos, en cambio, con la Exposición de Motivos de 1861 cuando, excluidas las partes, señala al tercero como sujeto beneficiario del efecto protector de la publicidad cifrado en el principio de fe pública¹⁵⁸, con Serna cuando detecta como principio que domina la Ley el limitar su efecto protector al tercero, dejando a los otorgantes dentro de las condiciones del Derecho antiguo¹⁵⁹, y con la de la Ley de Reforma de 1944 cuando sostiene que la presencia del tercero se impone en nuestra Ley Hipotecaria con necesidad reclamada por la naturaleza de las cosas¹⁶⁰; esto es, concretamos nosotros: por así exigirlo la teoría de la protección de la apariencia jurídica de la que la fe pública registral, repetimos, no es sino una concreta y muy señalada aplicación.

Pues bien, admitido y sentado que la fe pública registral reclama al tercero como su necesario sujeto, ¿quién es tal tercero?; ¿cómo se podría perfilar su concepto? Nosotros pensamos que, si

nación arrancan del desarrollo del principio llamado de legitimación en nuestro sistema registral. A ello se refiere la Exposición de Motivos de 1944: «El principio de legitimación [...] 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*» (cva. de la EM).

¹⁵⁶ Así, URIARTE BERASÁTEGUI, *Inexistencia del tercero hipotecario*, RCDI, 1931, p. 561.

¹⁵⁷ Cossío, «Proyecto de Bases en que podría inspirarse una reforma de la actual legislación inmobiliaria», *Anales de la Universidad Hispalense*, Sevilla, 1945, p. 143: «asimismo hemos abandonado la técnica perniciosa del “tercero”, reminiscencia del sistema francés de transcripción, que no puede subsistir en un régimen que consagra los principios del germánico [...]. El criterio contrario puede verse en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., p. 625: «El tercer adquirente es elemento importante, como que es constitucional en todo sistema hipotecario que adopte con amplitud el principio de fe pública registral, de cual aquél es su destinatario o sujeto protegido. Pero esta importancia deriva precisamente de esta protección. Así se entiende en el Derecho alemán y en los de Suiza y Australia, aunque en ellos el personaje no haya ocasionado tanto comentario como aquí, por destacar más su protección que el sujeto».

¹⁵⁸ *Vid.*, e. c., p. 333: «[...] atendiendo al principio del Proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro».

¹⁵⁹ SERNA, *op. cit.*, p. 622, en la glosa al artículo 34: «4. *En cuanto a tercero.*—Consiguiente es siempre la Ley al principio que la domina; el de salvar de todo perjuicio al tercero, dejando a los otorgantes, dentro de las condiciones del Derecho antiguo».

¹⁶⁰ «Se trata —dice la Exposición de Motivos— de una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas, que el legislador no puede preterir»; o, en la expresión de LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit. (ed. 1968) p. 221. «Se trata de una exigencia del todo congruente con la naturaleza de la tutela libraria: incluso de algo que viene dado por el concepto y finalidad del Registro».

tan esencial como hemos indicado es para el juego de la fe pública la figura del tercero, la captación de su imagen y el enunciado de su concepto no puede ser tan difícil como a veces se propone. Hay que ponerse en guardia contra expresiones como las que le califican de sorprendente fantasma¹⁶¹ o le hacen consistir en la fórmula mágica que abre y cierra la cueva de los tesoros hipotecarios¹⁶². Las cosas, por fuerza, tienen que ser más sencillas, y cuando no se las ve en la sencillez de su elementalidad es porque en ella se implican cuestiones que la sobrepasan y exceden. Ocurre así cuando, como con mucha frecuencia acaece, se intenta proponer una noción complexiva del tercero hipotecario; esto es, una noción en la que su condición de tercero, casi relegada a un segundo plano, se la viene a hacer consistir en el conjunto de las notas o requisitos que han de adornarla para hacerla merecedora de la protección registral¹⁶³. No es éste, a nuestro juicio, el mejor modo de proceder¹⁶⁴. Sin duda, el tercero protegido por la fe pública registral necesita reunir los requisitos que para ello le exige la Ley; pero en el momento de dar el primer paso en la identificación del sujeto de la fe pública en tanto que tercero, lo que interesa es identificar a

¹⁶¹ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «Don Jerónimo», en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, Madrid, 1948, p. 8: «En los escritos hipotecarios iba y venía como una lanzadera el fantasma del tercero, que con pasmo de jueces y letRADOS estrangulaba las acciones reales del viejo Derecho civil».

¹⁶² GONZÁLEZ MARTÍNEZ, en la recensión a ANA MARÍA LE PELLEY, «La noción de tercero en la Ley Hipotecaria española», *RCDI*, 1932, p. 75: «La palabra tercero, *terminus technicus* que abre y cierra la cueva de los tesoros hipotecarios, responde a una serie de principios de tal modo entrelazados que resultan infructuosos los intentos dirigidos a obtener una definición sencilla, una fórmula que, como el “ábrete, sésamo”, resuelva instantáneamente las dificultades».

¹⁶³ Algo de esto puede verse en la exposición de motivos de la Ley de Reforma de 1944: «A los efectos de la *fides publica*, no se entenderá por tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral, por vía onerosa». Lo mismo en JIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, I, Madrid, 1941, p. 165: «Por ello, puede definirse al tercero hipotecario diciendo que es *quién sin intervenir en un acto o contrato, tiene en relación con la cosa que ha sido objeto del mismo, un derecho adquirido de buena fe, por título oneroso y amparado por una inscripción*» (cva. del a.); ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 601: «De momento avanzamos que la noción de *tercero* según la Ley Hipotecaria [...] es el siguiente: “Es el tercer adquirente por negocio jurídico, del dominio de inmuebles o derechos reales limitados sobre los mismos, que en función del Registro inexacto es mantenido en su adquisición por la fe pública registral, siempre que concurran las demás circunstancias exigidas por la ley para tal protección”»; DE LA RICA Y ARENAL, R. *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*, Madrid, 1945, p. 30: «... la reforma precisa mejor el concepto, sin definirlo, en el artículo 34, calificando de tercero al causahabiente por vía onerosa y con buena fe de un titular registral».

¹⁶⁴ Convenimos en este punto con ROCA SASTRE, cuando, aun proponiendo una noción complexiva del tercero hipotecario, denuncia como uno de los «confusionismos que se producen sobre el concepto de tercero en la Ley Hipotecaria» –*op. cit.*, pp. 624– el confundir «el concepto de tercero con el de su protección registral, producto todo de no distinguir entre el tercero *en sí mismo considerado* [...] y las otras circunstancias que el art. 34.1 de la Ley Hipotecaria exige para poder obtener la protección de la fe pública registral. Pero lo correcto –añade– es no abandonar esta distinción, pues cabe que uno tenga la consideración de tercero pero le falte reunir dichas circunstancias» (cvas. del a.).

dicho tercero, sin más; el mismo tercero al que, como eventual sujeto de la fe pública, habrán de exigirse, en momento lógicamente posterior, los requisitos que la Ley le impone para llegar a serlo efectivamente en el caso concreto.

Así circunscrito el problema, y aplazada, por tanto, una problemática que en este momento es prematura, resulta muy fácil decir que el concepto, sin más, de tercero, en el sentido que aquí interesa¹⁶⁵, transciende el terreno de lo específicamente hipotecario y nos traslada al campo del puro Derecho Civil. Civilmente hablando, tercero, sin más, es quien no es parte, ni originaria ni sobrevidamente (art. 1257 CC)¹⁶⁶ o –afinando algo más– quien, además de no ser formalmente parte, tampoco viene a identificarse material o realmente con quien efectivamente lo es¹⁶⁷. Siendo ello así, el sujeto de la fe pública registral tendrá que ser, en cuanto tercero, un tercero civil: alguien que, antes de resultar especificado en su peculiar condición de tercero registral o hipotecario, vendrá a compartir con el genérico tercero civil la nota negativa que esencial-

¹⁶⁵ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 586, en el comentario al originario artículo 27: «*1. Para los efectos de esta Ley.*—La palabra *tercero* no tiene siempre en el derecho la misma significación. No es de esta obra detenernos en las diferentes acepciones que se le dan; nos limitaremos a ligeras indicaciones: *tercero en discordia* se llama en nuestro derecho al árbitro, al amigable componedor y al perito [...]. *Tercero o tercer opositor* se llama en el juicio ejecutivo al que se opone a la ejecución [...]. Basta esto a justificar la definición de la palabra *tercero*, para los efectos de la Ley hipotecaria» (cvas. del a.).

¹⁶⁶ La equivalencia entre tercero y no parte en la Ley Hipotecaria puede verse, e.c., en el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos de 1861 (p. 237): «No corresponde a la Comisión apreciar este principio (el de la transmisión consensual establecido en el *Code*) cuando se limita a los mismos contrayentes; no toca a la Ley de Hipotecas, al menos bajo el punto de vista del Proyecto, entrar en su examen; lo que de lleno cae bajo su dominio es descharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque [...] produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de los que no ha podido tener conocimiento».

¹⁶⁷ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 680 ss., involucrando este punto en el tratamiento del requisito de la buena fe: «Hemos dicho que la buena o mala fe es *totalmente irrelevante* cuando la contraposición del papel de adquirente y de transmitente resulta ser *aparente o ficticia* hasta el punto de que por la identidad personal o de intereses llegue a *disiparse la figura del tercer adquirente*» (cvas. del a.); LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 223: «Tampoco tiene la condición de *tercero* el adquirente cuya personalidad se identifica material o formalmente con la de su transmitente inmediato. La Lh nada dice sobre este asunto, pero el propio término *tercero* da a entender con suficiente claridad que ha de haber una separación absoluta entre la personalidad del protegido y la de su *auctor*. En otro caso, fallan las razones para la actuación de los arts. 32, 34, etc., los cuales están dirigidos a la protección del tráfico, y, por tanto, operan cuando un adquirente se contrapone al titular real y no cuando uno y otro son, en realidad, la misma persona»; AMORÓS, *Comentarios..., cit.*, p. 294: «De la misma manera, tampoco debe reputarse tercero al adquirente cuya personalidad se identifica, material o formalmente, con la del transmitente...». En la doctrina extranjera, DESCHEAUX, *op. cit.*, p. 634: «Il n'y a pas acquisition par un tiers lorsqu'une *pluralité de personnes* traite avec elle-même comme aliéateur et acquéreur; ainsi lorsque les intéressés changent la forme de la société sous laquelle ils exploitent une entreprise, bien qu'il y ait alors en principe succession à titre particulier. L'art. 973 ne s'applique pas non plus lorsqu'une communauté transfère un immeuble à un de ses membres ou constitue en sa faveur un droit réel sur cet immeuble».

mente le deslinda y define: la de no ser parte¹⁶⁸. En su traslación al Derecho, el vocablo «tercero», gramaticalmente adjetivo, se ha sustantivado. No indica ya una situación ordinal determinada¹⁶⁹, sino al sujeto de una particular posición: la de quien ha sido ajeno a la constitución de una situación jurídica cuyos efectos podrían llegar a afectarle¹⁷⁰.

Ahora bien, este concepto, elemental, neto y sencillo en sí mismo, puede efectivamente convertirse en algo más dificultoso y complejo en su traslación al Derecho Hipotecario. La razón es clara: los terceros registrales o «internos» –siguiendo la terminología empleada por Núñez Lagos¹⁷¹– pueden variar y diversificarse, no en cuanto abstractamente terceros sino en cuanto sujetos de situaciones concretas distintas en las que la protección registral se precipita en resultados y efectos igualmente distintos¹⁷². Es éste, como se sabe, el problema crucial que viene enfrentando en nues-

¹⁶⁸ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 179-180: «Se suele denominar “tercero hipotecario” al que reúne los requisitos exigidos por la Lh., y es, por ello, protegido por el Registro. Pero dentro de ese concepto amplio, la condición de *tercero* es autónoma y distinta de las otras: necesaria, aunque no suficiente, para la protección registral [...]. El requisito para *ser tercero*, para quien se acoge a la protección del Registro, significa que ha adquirido unos bienes o derechos que reclama otro sujeto con el cual él *no ha contratado*»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 601: «La determinación del tercero hipotecario según nuestro Derecho inmobiliario registral requiere indispnsablemente la previa determinación del concepto de *tercero* según el Derecho civil puro o general, puesto que el tercero hipotecario no es más que ese tercero civil, si bien adornado de los requisitos o características especiales que para su protección impone el principio de fe pública del Registro»; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, *cit.*, p. 418-419: «El concepto de tercero es, en efecto, privativo del Derecho civil. Debe tenerse siempre presente que la Ley Hipotecaria no actúa con conceptos distintos, no crea por sí los conceptos jurídicos, sino que los recibe formados del Derecho civil; por consiguiente, no existe un concepto de tercero en Derecho hipotecario; el concepto será el mismo del tercero civil, sin ninguna alteración sustancial [...]. Este concepto puramente civil del tercero es perfectamente aplicable en Derecho hipotecario. Únicamente debe hacerse la salvedad de que el acto o contrato con referencia al cual se hace la determinación del tercero, ha de ser productor de efectos reales, ha de ser un acto traslativo de dominio o constitutivo de derechos reales sobre inmuebles. El que no es parte en algún acto o contrato de esta naturaleza, *es tercero*» (cva. del a.); DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.* p. 452: «Se le distingue así [al llamado tercero hipotecario como beneficiario de la fe pública registral] como el “tercero protegido” o el “tercero hipotecario”, que vendría a ser una categoría restringida dentro del concepto genérico de tercero, al que a veces se llama “tercero civil”».

¹⁶⁹ Es esta una de las razones por las que CAMPUZANO, *Elementos....*, I, p. 392, se manifiesta contrario al empleo del término *tercero* para designar al destinatario de la protección registral: «...el empleo de la palabra tercero para designar el protegido hipotecario –dice– es notoriamente inadecuado, puesto que no es ésta la acepción vulgar de aquella palabra, que significa un adjetivo numeral ordinal y supone la existencia de un primero y un segundo, después del cual viene [...]».

¹⁷⁰ Cfr. Mengoni, L., *Gli acquisti «a non domino»*. 3.^a ed., Milano, 1975, p. 113: «In senso generale e assoluto, terzo è ocluí, che non è parte di un negozio giuridico, ne del rapporto da esso costituito».

¹⁷¹ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», *cit.*, pp. 582 ss.

¹⁷² Es esta la razón por la que la antigua doctrina –cfr., e. c., GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 425– criticaba la definición legal del tercero en el originario artículo 27 de la Ley Hipotecaria, «no caben todas las clases de terceros en el estrecho marco de la definición que da el art. 27».

tra doctrina a los partidarios de las concepciones opuestas –monista y dualista– del tercero hipotecario. Nosotros, que ya hemos tomado partido en dicha polémica¹⁷³, entendemos que, contra la pretensión monista de reducir al tercero registral en la figura complexivamente descrita en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria deben distinguirse dos terceros distintos: el protegido por la fe pública registral, o tercero del artículo 34, y el amparado por el principio de inoponibilidad, consecuencia o traducción del valor sólo publicador de la inscripción registral en nuestro sistema, o tercero del artículo 32, cuando la inscripción que le protege contra el titular no inscrito, por ser –normalmente– primera inscripción, no viene engarzada en otra anterior. No es cuestión de volver ahora sobre los argumentos que sustentan la distinción entre estas dos formas de diferentes terceros registrales o internos; basta tenerla a la vista para desde ella poder concluir que en nuestro Derecho no es posible identificar al tercero hipotecario con el tercero del artículo 34 si por tercero hipotecario se entiende, sin más, al tercero registral; esto es: al tercero especificado, sólo y siempre, por su traslación al Derecho Inmobiliario como beneficiario –el único– de la protección Registral¹⁷⁴.

Lo anterior supuesto, nuestro interés se limita ahora a determinar cómo se particulariza la noción de tercero ofrecida por el Derecho Civil cuando específicamente se la aplica en lo registral al

¹⁷³ *Vid.*, principalmente, nuestro trabajo «El principio de inoponibilidad...», *ADC*, 2004, cit.

¹⁷⁴ La terminología en este punto no es fija ni uniforme: mientras VILLARES PICÓ, «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero», *RCDI*, 1949, p. 291, incluye bajo la denominación «tercero hipotecario» al tercero del artículo 32, aunque lo considere distinto al del 34 («el concepto de tercero hipotecario es más amplio que el tercero que resulta del artículo 34 de la Ley [...]»), AMORÓS, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 295, llama «tercero civil que inscribe» al tercero protegido por el artículo 32 LH y 606 CC («[...] podemos llegar a la conclusión de que el tercero contemplado por el artículo 606 no es siempre ni necesariamente un tercero registral, sino que le basta con ser un mero tercero civil que inscribe»). Por lo demás, en cuanto al fondo y en contra de lo que aquí sostengamos, la sinonimia entre tercero registral y tercero hipotecario, o la reducción del tercero registralmente protegido al del artículo 34, puede verse, e. c., en ROCA SASTRE, «El problema de la relación...», cit., p. 824: «Para acabar de perfilar mejor la cuestión base de este estudio no queremos dejar de tratar que el tercero hipotecario, único existente en nuestro sistema, y, por tanto, incluso el que indica el artículo 32 de la Ley Hipotecaria vigente, debe reunir todos, absolutamente todos, los requisitos o circunstancias exigidas por el artículo 34.1 de la misma, pues el tercero hipotecario, a pesar de sostener algunos que son varios, recibe en este aspecto el mismo e idéntico tratamiento en punto a las condiciones complementarias que ha de reunir para ser tal y recibir, en consecuencia, la protección de la fe pública del Registro. Ningún tercero en nuestro sistema puede ser protegido con sólo inscribir el acto adquisitivo»; PAU PEDRÓN, *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1535: «De la aplicación del art. 606 no resulta pues, como se desprende de su literalidad, una simple “inoponibilidad” en contra del tercero civil, sino una auténtica “adquisición a non domino” a favor del tercero hipotecario».

principio de fe pública¹⁷⁵ y sin que todavía sea el momento de entrar a detallar los requisitos que ulteriormente se exigen a dicho tercero para que, supuesta su condición de tal, pueda contar con la protección del Registro. Así delimitado el problema, su solución no es difícil. Vale, *grosso modo*, para la definición del tercero amparado por la fe pública registral la fórmula que para circunscribir hipotecariamente al tercero acuñó el originario artículo 27 de la Ley Hipotecaria: «Para los efectos de esta Ley, se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito»¹⁷⁶. Por contrato inscrito debe entenderse, obviamente, no el que el tercero celebra e inscribe, obteniendo de su inscripción las ventajas propias del principio de inoponibilidad, sino el contrato fundamental de la situación inscrita a cuyo amparo va a contratar y adquirir el tercero. Si la vieja y abandonada definición del artículo 27 resultó problemática fue precisamente porque, concebida desde el principio de fe pública registral, en su tenor no cabía el tercero del principio neto de inoponibilidad: el del originario artículo 23 de la Ley. Pero, razonada y argumentada la existencia y legitimidad de este tercero en nuestro sistema hipotecario a pesar de la estrechez de aquella definición¹⁷⁷, nada impide dar a la misma por buena en su aplicación al tercero de la fe pública registral. Aunque *grosso modo*, como antes dijimos: porque en ella la noción de «parte», en tanto que contrapuesta a la de tercero, se

¹⁷⁵ Esto es –cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 600–: al tercero «en relación con el título ya inscrito en favor del transferente».

¹⁷⁶ Al afirmarlo así, tenemos que dissentir de GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., «El principio de inoponibilidad (art. 606)», en *Centenario de la Ley de Bases del Código civil (Ciclo de Conferencias)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1989, pp. 101-116, para quien en la etapa preparatoria de la Ley Hipotecaria «el tercero del artículo 34 de la LH actual es un *nasciturus*, nada hay sobre él» (p. 106) y cuando posteriormente nace «el art. 23 de la LH de 1861 no se piensa en el Registro de la Propiedad, sino en el de hipotecas» (p. 108). Terminantemente en contra de esta apreciación, *vid.* CÁRDENAS, «Memoria histórica...», *RGLJ*, 1871, *cit.*, p. 170-171, acerca del artículo 34: «Su objeto era asegurar al tercero que contrata con el que ya tiene su derecho inscrito en el Registro contra el peligro de ser perjudicado si este derecho llegara a resolverse en virtud del título no inscrito en el tiempo en que contrató, o de causas que no resultaran del mismo Registro». Ese tercero es, sin duda, el mismo al que en términos generales apuntaba el artículo 27; como lo era igualmente el del artículo 31, precepto en el cual, decía GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 615, «se limita la Ley a aplicar especialmente al caso de que trata [...] la regla general que domina en la Ley, es decir, que el tercero no puede ser perjudicado por los actos o contratos a que la inscripción nula se refiere, por no haber tenido parte en ellos». Con razón, pues, refiriéndose al originario artículo 27 podrá afirmar DE LA RICA, *Comentarios...*, *cit.*, p. 30: «La reforma suprime esta definición [...], pero mantiene el concepto [...], sin definirlo, en el artículo 34, calificando de tercero al causahabiente por vía onerosa y con buena fe de un titular registral». La misma idea puede verse en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario...*, *cit.*, p. 616. En la doctrina extranjera, para una descripción del tercero de la fe pública registral muy próxima a la vieja fórmula del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, *vid.* DESCHEAUX, *op. cit.*, p. 633: «Le tiers protégé est celui qui se fie à l'inscription indue de son auteur et qui n'a donc pas été mêlé comme partie aux circonstances qui ont conduit à cette inscription».

¹⁷⁷ Nos remitimos en esta materia a lo que dejamos dicho en «El principio de inoponibilidad...», *cit.*, pp. esp., 431-448.

sustituye, innecesaria e incorrectamente, por la de intervintente: «... aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito». El comentario de Gómez de la Serna explica con claridad la razón de dicha sustitución: se trata de evitar que quienes –como el Notario y los testigos instrumentales– aunque no en condición de parte, hayan intervenido en el contrato adquisitivo ajeno, puedan pretender ignorarlo y acogerse en tal forma a la protección del Registro¹⁷⁸. Aparte otros matices¹⁷⁹, resulta muy claro que al procederse de este modo se está entrando ya en esa visión complexiva del tercero que lleva a negar la condición de tal a quien no actúe de buena fe. Pero bien miradas, las cosas no son así¹⁸⁰. Tercero es, sin más, quien no es parte; registralmente hablando y desde el punto de vista del principio de fe pública: quien no es parte en el contrato

¹⁷⁸ SERNA, *op. cit.*, pp. 587-598, esp., p. 587: «Si la intención de los que formularon la Ley hubiera sido la de que el escribano y el testigo debían ser considerados como terceros, no hubieran dejado de poner después de la última palabra que ahora tiene el artículo estas otras: *como parte*. Aún más: la redacción del artículo debería ser en tal caso: *para los efectos de esta Ley, se considera como tercero el que no haya sido parte en el acto o contrato inscrito*. A querer decir esto, no se hubiera redactado el artículo de una manera que se prestara a una interpretación que tanto distaría del espíritu del legislador. Ni es de presumir que la redacción del artículo, tal como está, sea efecto de descuido o negligencia [...]». Y qué razón habría para considerar como a terceros al escribano y los testigos? Nos parece que ninguna. No tiene buena fe el que habiendo presenciado el acto o contrato en virtud del cual uno se ha desprendido del dominio de la cosa, y sabiendo, por lo tanto, y de ciencia propia, que corresponde al que delante de él la adquirió, la compra, o por cualquier otra clase de contrato la obtiene del antiguo dueño con pleno conocimiento de que no lo es, y aprovechándose del descuido que tal vez tenga el primer adquirente en hacer la inscripción, se apresura a llevar la suya al Registro para que con arreglo al artículo 17 no pueda ya inscribirse aquella en que él intervino como escribano o como testigo. Favorecer esta adquisición tan de mala fe en perjuicio del que adquirió la misma cosa con buena fe, no sería moral ni justo [...].».

¹⁷⁹ Como fácilmente puede comprobarse, en la hipótesis propuesta por GÓMEZ DE LA SERNA se está pensando en un tercero que no es ya el que describe el artículo 27: el que no interviene en el contrato *inscrito*. Justo el contrato en el que intervienen el notario y los testigos es el que, a pesar de no estar inscrito, debe poder oponérseles porque, sin inscripción, para ellos es perfectamente conocido. Así se ve, algo más adelante, en el propio comentario de SERNA, «no puede decir el que ha presenciado un acto o contrato para corroborarlo con su testimonio, o para autorizarlo con la fe pública de que es depositario, que no tenía conocimiento de él porque no estaba en el Registro» (cva. n.).

¹⁸⁰ Cfr. GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pp. 420-421, polemizando, en la línea de Moscoso, contra la explicación de SERNA al artículo 27: «En ninguna parte de la Ley Hipotecaria, ni en su espíritu ni en su letra se mencionan otras personas a quienes puedan aplicarse las disposiciones, además de los contratantes o partes de los actos inscribibles y los terceros: esa clase híbrida que se inventa por los que interpretan de otro modo el art. 27, y que llamaremos *intervinientes*, especie de trastos que, lanzados del cielo y no admitidos en el infierno, vagan por las regiones intermedias: son desconocidos completamente. Si existieran, alguna alusión, alguna disposición referente a ellos habría. ¿No las hay?: luego ha de considerárseles comprendidos entre los otorgantes o entre los terceros. ¿Cabe considerarlos otorgantes? No; pues ha de estimárselos terceros»; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, cit., p. 424: «Tampoco tienen sentido las afirmaciones corrientes de que los adquirentes a título gratuito o de mala fe no son terceros, así como las intíllimes disquisiciones sobre si son o no terceros las personas que intervienen, en concepto diferente de parte, en un acto o contrato: Notarios, testigos, representantes, etc. Esta intervención puede tener resonancia a los efectos de la buena fe exclusivamente, esto es, para determinar la existencia de uno de los requisitos de protección registral; pero plantear si aquellas personas son o no terceros es totalmente absurdo».

(anterior) inscrito. Y porque el tercero puede serlo de buena o de mala fe, resulta evidente que la buena o la mala fe es circunstancia o accidente que le cualifica y distingue ya como tercero, pero no nota que esencialmente le constituya como tal.

Se nos dirá: pase que la nota de la buena fe sea dato ajeno a la esencia identificadora del tercero, pero la pura condición de tercero no es bastante para atraer sobre sí el efecto protector del principio de fe pública. Indudablemente, así es: el *penitus extraneus*, tercero sin ninguna duda, nada tiene que esperar del Registro de la Propiedad; sólo quien está en una determinada relación con la finca o el derecho objeto del contrato inscrito podrá resultar enfrentado con otros eventuales sujetos –causantes o causahabientes respecto a tal contrato– en pugna que pueda y deba ser resuelta de acuerdo con el principio de fe pública¹⁸¹. Lo que ocurre es que este dato relacional –al igual que antes, el de la buena fe– nos saca de la pura condición de tercero exigida por la Ley al beneficiario de la fe pública registral y nos remite a los requisitos en éste necesarios –concretamente ahora, el de adquirir– para lucrar su resultado protector.

En definitiva y concluyendo: que la referencia al tercero con la que arranca el artículo 34 para señalar al sujeto de la fe pública registral, aunque a veces tachada de inadecuada¹⁸², está bien hecha en la Ley. Tan bien hecha que su sustitución por la de «adquirente», sin más, a veces propuesta en la doctrina¹⁸³, dejaría sin solución

¹⁸¹ NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., pp. 587-588: «El tercero es un sujeto determinado y definido por la relación jurídica determinante. Esta relación jurídica y el concepto de tercero están en la misma relatividad del sol y sombra. Por eso el tercero varía de posición al variar la relación jurídica determinante, de igual forma que la sombra cambia de posición topográfica al variar el movimiento aparente del sol. El concepto de tercero es único; pero su posición se define con respecto a una situación jurídica variable. Para saber quién es tercero hay que responder: ¿dónde está la situación jurídica determinante? El tercero no puede ser producido en sí mismo, sino desde fuera de sí mismo [...]»; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, cit., p. 418: «Para fijar de una manera precisa la noción de tercero a los efectos de la Ley Hipotecaria es necesario separar las ideas de concepto de tercero y situación jurídica del tercero. La primera, concepto de tercero, es propia del Derecho Civil y extraña al Derecho Hipotecario. La segunda es la que se debe tomar en consideración en este último»; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 452: «Puesto que toda relación o negocio jurídico supone la existencia de dos partes, tercero es el que resulta extraño a tal relación o a tal negocio. Sin embargo, ha de tratarse de persona que entre en colisión o en conflicto con el negocio, con la situación negocial o con los derechos derivados de ella, porque a su vez deriva derechos contra una de las partes o los ostenta o los ejerce. [...] El tercero a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es cualquier persona extraña a una relación jurídica, como podría hacer suponer el concepto puramente civil de tercero, sino un adquirente, y un adquirente del dominio de un inmueble o de un derecho real limitativo del dominio (*v. gr.*, de una hipoteca)». En esta misma línea, la definición del tercero hipotecario propuesta por ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 601, en la que, aparte las concretas «circunstancias» exigidas al mismo por la Ley, se incluye como elemento definitorio de su noción el de ser adquirente de derecho real en función del Registro inexacto.

¹⁸² Así, CAPUZANO, *Elementos...*, I, cit., p. 392.

¹⁸³ Cossío, «Proyecto de Bases...», cit., p. 143; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 424. En la misma línea, CANO TELLO, *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 271-272.

adecuada y precisa los casos en que la adquisición se produce por quien, formalmente ajeno al transmitente, viene en la realidad a identificarse con él¹⁸⁴. Es verdad que en estos casos fallaría el requisito de la buena fe; pero tan verdad como eso es que lo que en tales casos falla, y más radicalmente que la buena fe, es la condición misma de tercero. Tercero tiene que ser el sujeto de la fe pública; tercero, eso sí, respecto al contrato inscrito, del cual deriva algún derecho confiando en la exactitud de su inscripción. Pero estas determinaciones o especificaciones nos adentran ya, repetimos, en la indicación de los requisitos que deben adornar al tercero en su condición de sujeto necesario de la fe pública.

2. SU CONFIANZA EN LA EXACTITUD DE LA INFORMACIÓN QUE EL REGISTRO LE PROPORCIONA, O EL REQUISITO DE LA BUENA FE

Muchas y muy variadas son las cuestiones suscitadas por el requisito de la buena fe hipotecaria, y también para su tratamiento puede ser esclarecedora la conexión de su estudio con el que se dedica a la buena fe en la teoría de la protección de la apariencia jurídica. Así vamos a proceder en el desarrollo de este punto, distinguiendo en él un primer acápite dedicado a la buena fe como indispensable requisito de protección registral, y pasando después separadamente al estudio de algunas cuestiones más particulares en torno a las cuales –con distinta amplitud e interés– la doctrina se viene pronunciando con dispares criterios.

a) Indicaciones generales sobre la buena fe exigida en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria

«Y de igual modo que la contratación sobre muebles gira alrededor de la posesión con buena fe, la protección hipotecaria –decía D. Jerónimo González¹⁸⁵– se desenvuelve sobre la inscripción y la buena fe». Las palabras necesarias para formular la comparación han sido bastante para dejar perfectamente colocado al toro en suerte. Como la posesión, en sí misma considerada, es apariencia jurídica¹⁸⁶ que sólo puede aprovechar a quien la cree manifesta-

¹⁸⁴ Cfr. testimonios recogidos *supra*, nota 167.

¹⁸⁵ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de buena fe», *Estudios...*, I, cit., p. 400.

¹⁸⁶ Cfr. en nuestra doctrina, JORDANO BAREA, «Una reelección sobre la posesión», *ADC*, 1985, pp. 1035 ss.

ción de la realidad, así también la inscripción registral sólo podrá favorecer a quien confía en su exactitud. Esta afirmación, en lo que tiene de sucinta formulación de una intuición elemental, basta por sí sola para persuadir a todo espíritu abierto a la *prudentia juris* acerca de la necesidad de la buena fe como requisito inexcusable para que el tercero pueda acogerse al principio de fe pública registral. En su fundamentación más profunda está, sin duda, el carácter ético del Derecho; y en su centro o meollo, la naturaleza o finalidad de la publicidad registral y de la inscripción que la materializa y concreta. Porque la inscripción no suplanta a la realidad sino que tiende a publicarla, y porque el Ordenamiento no puede amparar a quien a sabiendas atropella el derecho ajeno, los beneficios que de la fe pública registral puedan seguirse habrán de limitarse necesariamente a quien en ella confía creyéndola fiel reflejo de la realidad. Las palabras de Gómez de la Serna¹⁸⁷ asignando al Registro la finalidad exclusiva de «proteger la contratación de buena fe», permiten sostener que interpretan fielmente nuestro sistema quienes, como De la Rica, entienden que el tercero registralmente protegido nunca puede ser un pícaro o un truhán¹⁸⁸; y quienes, en igual sentido pero en tono distinto, niegan toda justificación a la protección del tercero conocedor de la inexactitud registral¹⁸⁹ y llegan a calificarla, si se produjera, de desmoralizadora y contraproducente¹⁹⁰. La razón es muy clara y se impone a cualquiera: el que por sí mismo conoce la realidad no tiene necesidad de ser

¹⁸⁷ SERNA, *op. cit.*, p. 88: «Los motivos de la ley demuestran también de un modo que no da lugar a dudas –dice– que se hizo exclusivamente para proteger la contratación de buena fe».

¹⁸⁸ DE LA RICA Y ARENAL, «Meditaciones hipotecarias. La buena fe y la publicidad del Registro», *RCDI*, 1949, p. 541: «Mas era evidente que el sistema de Registro moderno no podía ser, para el fraude, un burladero [...]. El titular registral no necesita ser un espíritu seráfico; pero ello no quiere decir que deba concederse la protección del sistema a pícaros y truhanes cuando intenten trucos de prestidigitación documental para beneficiarse, como honestos diablos, de la fe del Registro».

¹⁸⁹ Cfr., el mismo DE LA RICA, *Comentarios...*, cit., p. 93: «Es plausible que se haya otorgado rango legislativo a este requisito de la buena fe, porque la protección excepcional del sistema inmobiliario no debe concederse, por carencia de base moral, cuando el que intenta beneficiarse de ella conoce de antemano la inexactitud o deficiencia del Registro y no sólo no ha sido inducido a error por sus declaraciones, sino que ha tratado con mala fe de defendere en la ventajosa trinchera del titular inscrito». En la doctrina francesa, LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, París, 1989, p. 197: «... le bénéfice exorbitant de la publicité foncière [...] n'a pas été accordé à d'autres qu'à ceux qui en ont besoin, c'est-a-dire aux tiers de bonne foi».

¹⁹⁰ Así, e. c., GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, I, cit., p. 108: «Si las leyes hipotecarias se proponen como fin especial la seguridad y rapidez de las transacciones sobre inmuebles, no pueden olvidar que la inscripción es un medio de expropiación y un arma de dos filos que sacrifica el titular actual al futuro adquirente. Esta norma, aceptable cuando el protegido ha confiado en las declaraciones del Registro, resultaría desmoralizadora y contraproducente si se aplicase a las adquisiciones de mala fe».

registralmente informado acerca de ella, ni, en consecuencia, de ser protegido en la confianza puesta en dicha información¹⁹¹.

Prácticamente y para el Derecho hoy vigente, supuesta la exigencia expresa de la buena fe en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ninguna de las anteriores indicaciones sería precisa para afirmar y sostener cierta e indiscutiblemente su necesidad como indispensable requisito para la aplicación del principio de fe pública registral. Sí se hacen necesarias, en cambio, para poder justificar y explicar debidamente su exigencia bajo el imperio de la Ley que expresamente la proclama, y, lo que es más importante, para poder entender justificada y vigente tal exigencia incluso cuando en el originario artículo 34 no se la declaraba expresamente. Porque esto último a veces se ha negado, calificando el requisito de la buena fe como añadido ético extraño a los principios conformadores del sistema e incrustado en él por obra de la jurisprudencia¹⁹², o como «hongo» adventicio y extrañamente adherido a la figura del tercero hipotecario¹⁹³, bueno será que nos detengamos un momento en la comprobación de que, efectivamente, en la inspiración de la Ley Hipotecaria de 1861, al igual que en la actual pero sin formulación expresa en el artículo que principalmente lo enunciaba y aplicaba, la buena fe del tercero era requisito imprescindible del principio de fe pública registral, y presupuesto sin el cual dicho principio quedaría carente de fundamento en justicia y explicación en Derecho. Procedamos en este punto sucinta y separadamente, atendiendo a los aspectos que en él pueden distinguirse y comenzando a apuntar las consecuencias que de ellos derivan.

1. Para justificar y razonar la exigencia de la buena fe en la admisión y funcionamiento del principio de fe pública registral, nada hay en rigor que añadir a lo antes dicho. Tal exigencia brota

¹⁹¹ LEVIS, *op. ant. cit.*, pp. 196-197: «Celui qui sait n'a pas besoin d'être informé, n'a pas besoin d'être protégé [...]».

¹⁹² CAMPUZANO, *op. cit.*, pp. 389-391: «Atendiendo a que la buena fe debe imperar en las relaciones de derecho, como principio moral, del que la regla jurídica no debe apartarse, o, mejor dicho, teniendo en cuenta que la Ley jamás deberá extender su protección a aquellos actos o contratos en que exista mala fe, el Tribunal Supremo ha prescindido de la letra de la norma escrita, estableciendo una teoría de bases éticas más amplias, pero de construcción jurídica más endeble [...]. Hemos afirmado, sin embargo, que esto no encaja en los moldes del texto legal, y así resulta si con alguna detención se medita sobre el contenido de los artículos 17, 23, 27, 34, 36, 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, y sobre el de los 606 y 1473 del Código Civil, que parece no admiten más formas e instrumentos de publicidad que el Registro, y tan distante parece que se hallaba la idea de la buena fe del pensamiento de los redactores de la ley cuando hablaban del tercero, que la terminología empleada por el párrafo tres del artículo 37 llega hasta a otorgar esa denominación al que ha sido cómplice en el fraude».

¹⁹³ NÚÑEZ LAGOS, «Don Jerónimo», en los *Estudios...* de éste, II, cit. p. 10: «La protección del tercero en el artículo 34 se convertía en el principio de fe pública. Mas al tercero, por extraña simbiosis, le salió el hongo de la buena fe. Aunque faltaba el texto de la ley, se invocaba la Exposición de Motivos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo...»

inmediatamente y sin más del límite impuesto por la Moral al Derecho (arts. 1.3; 7; 1255... CC); no en el sentido de que el Derecho, confundido con la Moral, deba sancionar jurídicamente todo imperativo moral, pero sí en el de que nunca la norma jurídica podrá entrar en colisión con las percepciones morales más elementales e inmediatas del hombre medio¹⁹⁴. A una de estas percepciones pertenece la que capta que no puede lícitamente acogerse a la protección del Registro quien conoce su inexactitud¹⁹⁵; mucho menos cuando el efecto de tal acogida no puede obtenerse sino a costa del sacrificio del derecho ajeno. Con razón se ha dicho que la excepcional protección del Registro no puede concederse, por falta de base moral, a quien conoce que la situación por él publicada no se corresponde con la realidad de las cosas¹⁹⁶; o, al revés: que la mala fe remueve el obstáculo que a la reclamación del verdadero dueño opondría el principio de publicidad¹⁹⁷. La exigencia de la buena fe aparece así como el instrumento por medio del cual el Derecho niega su amparo a quien se comporta deshonestamente¹⁹⁸.

¹⁹⁴ No vemos razón suficiente para dejar de llamar a la buena fe por su nombre y pasar a denominarla «desconocimiento de otros títulos no inscritos», como tratando de la buena fe en el contexto del artículo 32 propone GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, II, p. 187. En su opinión, llamarla «buena fe» implica introducir «prejuicios» en su tratamiento, ya que «la terminología «buena fe» tiene una carga psicológica de cuestión de moralidad o immoralidad que no deja ver el bosque de problemas que se plantean a este propósito en el campo jurídico...». Muy al contrario, DE LA RICA, «Meditaciones hipotecarias. La buena fe y la publicidad del Registro», cit., pp. 538-543, sostiene que si la Moral hubiera de mendigar en vano ante la puerta cerrada a ella del Registro, «habríamos deshumanizado el Derecho inmobiliario (p. 540), y que «cuálquiera que sea el concepto que se tenga del Derecho y aun de la Moral, y aunque se niegue la existencia de patrones universales y permanentes, sin límites de espacio ni de tiempo, a los que deban ajustarse las normas éticas y los preceptos jurídicos, resulta inconcebible un Derecho sin raigambre moral o una Moral que no pretenda infiltrarse en el campo jurídico».

¹⁹⁵ Cfr., en nuestra reciente jurisprudencia, STS de 24 de junio de 2003: «La resolución recurrida aplica acertadamente el ordenamiento jurídico, porque la carencia manifiesta de buena fe [...] excluye la aplicabilidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que no se discute por la parte recurrente, y hace inoperante la protección derivada de la publicidad registral [...], pues, como dice la Sentencia de 5 de octubre de 1993, es absurdo que el que conoce la inexactitud del Registro traiga a colación a su favor la protección registral que se otorga al que confía en lo que se publica». En la doctrina, DE LA RICA, «Meditaciones hipotecarias...», cit., p. 541: «Mas era evidente que el sistema de Registro moderno no podía ser, para el fraude, un “burladero”, según la vieja frase de Hernández Ariza, puesta de nuevo en circulación por el ágil ingenio de González Palomino».

¹⁹⁶ DE LA RICA, *Comentarios...*, cit., p. 93: «[...] la protección excepcional del sistema inmobiliario no debe concederse, por carencia de base moral, cuando el que intenta beneficiarse de ella conoce de antemano la inexactitud o deficiencia del Registro [...]. En la doctrina suiza: DESCHEAUX, *op. cit.*, p. 615: «Si le législateur a sacrifié ici les principes râpeles, c'est pour faire droit aux exigences de la sécurité des transactions, dès le moment où elles se déroulent loyalment».

¹⁹⁷ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Principio de buena fe», *Estudios...*, I, cit., p. 405: «La falta de buena fe levanta el obstáculo que a la persecución o desenvolvimiento del mismo [el derecho real violado] oponía la invocación del principio de publicidad por el tercero que hubiera inscrito su título».

¹⁹⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 601: «2.º Ha de adquirir los derechos de buena fe.— Es uno de tantos supuestos en que el Derecho tiene en cuenta la buena fe, para evitar que tenga amparo legal quien se comporta deshonestamente».

En la consagración legal comparada del principio de fe pública, el § 892 del BGB¹⁹⁹ y el artículo 974 del Código Civil suizo²⁰⁰ son la manifestación principal de cuanto venimos diciendo. En ambos la mala fe es obstáculo impeditivo de la protección registral del adquirente conocedor de la inexactitud del Registro. A su vista hay que convenir con Don Jerónimo González cuando, rebatiendo a Oliver –lo mismo valdría posteriormente contra Campuzano²⁰¹ y contra Carretero²⁰²– sostiene que la exigencia de la buena fe en el principio de fe pública registral no viene a constituir una concesión a la doctrina romana y canónica en contra del «sistema moderno que funda todo el régimen de la transmisión de la propiedad inmueble sobre el valor sustantivo de la inscripción», sino que, por el contrario, responde «al modernísimo concepto de la publicidad en que se halla inspirado el Derecho Civil del siglo XX y a las necesidades del comercio de buena fe»²⁰³. Para tal «modernísimo concepto de la publicidad» –¡que en nuestro Derecho arranca de la misma Ley Hipotecaria de 1861!– el Registro de la Propiedad y la información de él resultante no es sino la instancia publicadora de los derechos reales, que, lejos de alcanzar valor absoluto en sí mismo, se limita a revestir la condición de una apariencia jurídica –artificial, técnica y privilegiada, pero sólo apariencia– suscitadora

¹⁹⁹ Cfr., en su comentario, STAUDINGER-GURSKY, *cit.*, Rz 114: «Dieses subjektive Regulativ wurde dabei jedoch –genauso wie das Erfordernis des guten Glaubens in § 932– negativ formuliert und damit zum Ausschlußgrund gemacht. Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens scheidet aus, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs dem Erwerber im entscheidenden Zeitpunkt bekannt ist».

²⁰⁰ En nuestra doctrina, SERRANO SERRANO, «El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo», *AUV*, *cit.*, núm. 16, pp. 61-62: «El legislador suizo [...] decide, aun a riesgo de dañar el comercio inmobiliario, que los terceros de mala fe no serán protegidos por la fe pública del Registro».

²⁰¹ CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 391, criticando, en texto anteriormente citado y transscrito, la exigencia de la buena fe en el principio de fe pública, que él entiende como espuriaamente introducida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: «Hemos afirmado, sin embargo, que esto no encajaba en los moldes del texto legal, y así resulta si con alguna detención se medita sobre el contenido de los artículos 17, 23, 27, 34, 36, 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, y sobre el de los 606 y 1473 del Código Civil, que parece no admiten más formas e instrumentos de publicidad que el Registro, y tan distante parece que se hallaba la idea de buena fe del pensamiento de los redactores de la Ley cuando hablaban del tercero, que la terminología empleada por el párrafo tres del artículo 37 llega hasta otorgar esa denominación al que ha sido cómplice en un fraude».

²⁰² CARRETERO, «Retornos...», *cit.*, p. 128: «Una cosa es la explicación filosófica de la protección registral en su aspecto fundamental y otra distinta la aplicación concreta de la protección misma, aplicación en la que juegan otros factores secundarios [...]. Por ello, cuando se trata de fundamentar los efectos protectores de la inscripción en el caso de la doble enajenación, en todos los sistemas cabe hacer referencia a la confianza en la apariencia, a la buena fe en las transacciones, etc.; pero en ningún sistema es la buena fe requisito de la protección; en los germánicos por el juego de la inscripción constitutiva y en los latinos, porque hay una constante opinión general de que el único dolo excluyente de la protección es el fraudulento».

²⁰³ J. GONZÁLEZ, «Principio de buena fe», *Estudios....*, I, *cit.*, p. 400.

de la confianza protegible de quien a ella se acoge creyéndola reflejo o manifestación de la realidad²⁰⁴.

2. Precisamente por la inmediatez de su percepción como ineludible exigencia de moralidad, el requisito de la buena fe tuvo que hacerse presente en nuestra Ley Hipotecaria de 1861. Ya de antiguo, la Ley *Quotiens* lo había exigido para dar preferencia al posterior comprador frente al anterior no materialmente posesionado de la cosa adquirida²⁰⁵. Más allá del específico supuesto de la doble venta, nuestra originaria Ley Hipotecaria lo va a introducir como requisito traído necesariamente de la mano del principio de fe pública registral que en ella va a acogerse «por un camino sin precedentes pero con intuición maravillosa»²⁰⁶ mediante «la fórmula práctica y original de la protección del tercero»²⁰⁷: el beneficiario de tal principio va a ser, justamente, el tercero que *confía* en la verdad del dato inscrito que servirá de soporte a su propia adquisición. La buena fe, ingrediente esencial del principio de fe pública como se comprobará después en su más analítica formulación alemana y suiza, se exigió ya en la temprana consagración española de dicho principio en nuestra innovadora Ley de 1861.

¿Se nos tachará de apriorista al sostener por la vía indicada la vigencia del requisito de la buena fe en nuestra Ley Hipotecaria de 1861? ¿Podrá, incluso, calificarse de temerario dicho apriorismo, toda vez que tal requisito resulta absolutamente silenciado en el originario artículo 34 y en sus sucesivas reformas de 1869 y 1909, saliendo a la superficie del texto legal sólo a partir de la Ley de Reforma de 1944? Y, aunque sea cierto que el silencio legal fue diligentemente suplido por la jurisprudencia, ¿no se nos dirá que justamente esta introducción jurisprudencial de la buena fe es la prueba más clara de que la misma quedó originariamente al mar-

²⁰⁴ J. GONZÁLEZ, *op. et loc. ant. cit.*, «La investidura –y el Registro de la Propiedad que de ella deriva– es tan sólo la armazón exterior, la forma notificadora del derecho real, y tiene a su favor únicamente la apariencia jurídica, porque es el tipo normal del derecho, la forma con que regularmente entra en la vida. Y de igual modo que la contratación sobre muebles gira alrededor de la posesión con buena fe, la protección hipotecaria se desenvuelve sobre la inscripción y la buena fe».

²⁰⁵ Cfr. al respecto, POTHIER, *Oeuvres de Pothier*, III, 1847, Reimp. Schmidt, Periodicals GMBH, 1993, III, p. 132: «De là il suit que si le propriétaire d'une chose, après l'avoir vendue à un premier acheteur sans le lui livrer, avait la mauvaise foi de la vendre et livrer à un second, ce serait à ce second acheteur que la propriété serait transférée: L. Quotiens, 5. Cod. de Rei vindic. Le premier n'aurait qu'une action personnelle contre le vendeur pour ses dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat; et il ne pourrait la répeler contre le second acheteur qui l'aurait achetée de bone foi, *inscius prioris venditionis*. Para la acogida de este criterio y su inserción en nuestro moderno Derecho Civil e Hipotecario, *vid. CÁRDENAS*, «Vicios y defectos de la legislación hipotecaria», *El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración*, t. XII, Madrid, 1852, pp. 38-39.

²⁰⁶ NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *cit.*, p. 243.

²⁰⁷ CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 192.

gen de la previsión y concepción legal del artículo 34 de la Ley, resultando, por consiguiente, elemento ajeno al mecanismo protector del tercero inicialmente concebido y adoptado en nuestro sistema registral²⁰⁸? Nosotros pensamos que no hay apriorismo en la afirmación de la exigencia legal de la buena fe cuando la Ley se propone introducir e instaurar en su sistema el principio de fe pública registral; pero es que, aparte este planteamiento, la comprobación de la originaria vigencia del requisito de la buena fe en nuestra Ley Hipotecaria es perfectamente hacedera con sólo atender al conjunto de toda ella antes de llegar a conclusiones precipitadas y gratuitas en su apresurada interpretación.

Como dato comprobable en sí mismo con la sola lectura del originario artículo 34, hay que reconocer que en dicho precepto se omite toda referencia a la buena fe; ahora bien, deducir, sin más, de ese dato que la Ley de 1861 no la exija para la protección del tercero²⁰⁹ es, a nuestro juicio, una deducción que, olvidando la legitimidad de la interpretación integradora, resulta una deducción precipitada. Es cierto también que tuvo que ser la jurisprudencia quien, ante el silencio legal, hubo de hacerse fuerte en la exigencia de la buena fe; pero que ello ocurra no significa que la génesis de esa misma exigencia en nuestro sistema registral sea propiamente jurisprudencial. Cuando la jurisprudencia exige la buena fe del tercero como condición de protegibilidad registral no está autónomamente anticipando en nuestro Derecho la necesidad de un requisito que sólo a partir de 1944 alcanzará en él naturaleza y carácter legal²¹⁰, ni está mudando el sentido del originario artículo 34 de la

²⁰⁸ Cfr. CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 389: «El Tribunal Supremo, enlazando el concepto de tercero con la idea de la buena fe [...] ha restringido notablemente el concepto de tercero [...]. Atendiendo a que la buena fe debe imperar en las relaciones de derecho, como principio moral [...] el Tribunal Supremo ha prescindido de la letra de la norma escrita, estableciendo una teoría de bases éticas más amplias, pero de construcción jurídica endeble»; GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, I, Madrid, 1941, p. 165: «Como sería injusto que gozara de la protección del Registro el que inscribió con mala fe [...] el Tribunal Supremo ha declarado que no puede alegar su calidad de tercero hipotecario «aquel que tiene perfecto conocimiento de las condiciones con que hubo de verificarse la adquisición, aun cuando éstas no consten en el Registro» [...]»; CARRETERO, «Retornos..., II, cit., p. 125: «La jurisprudencia sobre el requisito añadido de la buena fe y la posterior identificación de ambos terceros son esos paños calientes que, a través de un continuo círculo vicioso, terminan por privar a la inscripción de sus más inmediatos efectos, iniciando su paulatino des prestigio».

²⁰⁹ Parece suponerlo así NÚÑEZ LAGOS, cuando recurre a su ya repetida expresión —«Don Jerónimo», cit. p. 10—: «al tercero, por extraña simbiosis, le salió el hongo de la buena fe». Sin más, lo afirma ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., p. 38: «[...] la eficacia de la publicidad que resulta del tenor literal de la Ley [se refiere a la de 1861] es excesivamente radical, disponiéndose que no se invaliden respecto de terceros los títulos inscritos otorgados por personas que en el registro aparezcan con poderes de disposición, en virtud de título no inscrito (art. 34, sin exigirse título oneroso ni buena fe)».

²¹⁰ Así parecería deducirse de las palabras de GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de buena fe», cit., p. 400, cuando dice que, en la introducción del requisito de la buena fe, la

Ley Hipotecaria²¹¹, ni siquiera desarrollando lo que en él estaría comprendido sólo virtual o germinalmente²¹²; mucho menos está violentando el sistema incrustando en él un elemento contrario a su inspiración²¹³. Cuando la jurisprudencia exige buena fe al tercero protegido por el artículo 34 está simplemente llevando a cabo una labor de interpretación integradora –no de integración– del precepto que aplica; interpretación que, objetivamente y como tal, no hace sino explicitar lo que en el mismo se encuentra realmente contenido aunque no debidamente explicitado.

Y no debe extrañarnos que así sea. Sería completamente anacrónico esperar del originario artículo 34 el detallismo de su redacción actual si se tiene en cuenta que en 1861 el principio de fe pública registral ni siquiera se contradistinguía expresa y reflejamente respecto del de publicidad en cuyo contenido se le incluía de forma confusa e indistinta. Sin reparar en mayores matices ni distingos, lo que a los autores de la Ley interesaba conseguir, y lo que al artículo 34 tocaba establecer era que la confianza puesta por el tercero adquirente en la titularidad de su causante tal como ésta resultaba de lo publicado en el Registro, no podía resultar defraudada al no ser cierta o completa la información suministrada por la publicidad del Registro a dicho tercero. Pero es justamente ahí, en esa referencia a la confianza del tercero, donde el requisito de la buena fe resulta positivamente establecido, de forma implícita pero real y consciente, en la Ley Hipotecaria de 1861, como en ella misma puede comprobarse y en los comentarios de Gómez de la Serna, su más autorizado intérprete.

En el conjunto de la Ley Hipotecaria, hemos dicho; y es que al referirmos a ella nuestra atención no debe limitarse a su cuerpo dispositivo, sino extenderse, obviamente, a su Exposición de Motivos. Y a la vista de ésta, la constatación se impone. Fue Don Jerónimo González quien, tras reproducir algunos de sus textos, mejor la formuló: «Puede decirse que, sobre todo en la primera parte de esta armoniosa obertura de la Ley, la adquisición de buena fe tiene la

jurisprudencia se ha «desbordado e invadido campos que la Ley Hipotecaria quería dejar cerrados y al abrigo de toda disputa».

²¹¹ Lo contrario, literalmente, en SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 400: «La Ley de 1944 dio al artículo 34 una nueva redacción, en la cual se modificaba tan profundamente el precepto, que, con razón se ha dicho, imprimió un cambio de orientación en nuestro sistema. Las modificaciones más importantes fueron las siguientes: [...] e) Se dio entrada a la buena fe como requisito de protección del Registro».

²¹² Parece entenderlo así ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, *cit.*, p. 573: «La fe pública del Registro no había conseguido pleno predicamento, pues esto no se logró hasta el Código Civil alemán de 1896, mas nuestra Ley Hipotecaria alcanzaba un grado evolutivo que fatalmente habría de conducir a él a través de sus posteriores reformas, hasta llegar a la última de 1944-46».

²¹³ Opinión ya vista de CAMPUZANO, *op. cit.*, pp. 389-391.

importancia de un *leitmotiv* o tema principal –de *ritornello* habla De la Rica²¹⁴– que acompaña, refuerza, matiza o dirige todos los razonamientos»²¹⁵. ¿Es posible pensar que un elemento tan destacado y recurrente en la Exposición de Motivos pueda haber quedado ausente en el texto normativo de la Ley? No lo es, claramente, por más que con frecuencia así se haya sostenido. El silencio del artículo 34 de la Ley ha pesado tanto en la impresión de los autores que en el común de la doctrina ha llegado a asentarse la idea de que, no obstante lo dicho y tantas veces repetido en la Exposición de Motivos, nuestra Ley Hipotecaria no dio positiva y efectiva aco-gida al requisito de la buena fe hasta que éste quedó incrustado en el texto del precepto por obra de la Ley reformadora de 1944. ¿Qué podían significar entonces las tan frecuentes y reiteradas referencias que a tal requisito se hacían en la Exposición de Motivos? Prácticamente, nada; ya lo vimos. Parecidas a ellas podían encontrarse otras prodigadas en los tratadistas franceses e italianos que comentan el sistema de transcripción, en el que, como es sabido, al tercero latino no se exige el requisito de la buena fe. No pasarían en uno y otro caso de ser tales referencias meros indicadores de una abstracta filosofía desde la que se explicaría el mecanismo de la publicidad en su finalidad remota, más que en las exigencias necesarias para la concreta aplicación de sus resultados protectores²¹⁶.

Para nuestro sistema no puede valer esta explicación. La Ley, por sí misma, y su comentario por Gómez de la Serna obligan a atribuir al requisito de la buena fe el significado que tan abierta y repetidamente se le atribuye en el Exposición de Motivos.

En la Ley Hipotecaria de 1861 el requisito de la buena fe aparece, implícito aunque positivamente, en el texto del artículo 27, cuando, desde la perspectiva del artículo 34, se describe al tercero como «aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito». Conocida es la exégesis de este precepto y su explicación por Gómez de la Serna²¹⁷. A diferencia de lo que después hará el Cód-

²¹⁴ DE LA RICA, «Meditaciones hipotecarias. La buena fe...», *cit.*, p. 540.

²¹⁵ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de buena fe», *cit.*, p. 398.

²¹⁶ CARRETERO, «Retornos...», II, *cit.*, p. 128: «Las frases de la Exposición de Motivos y de GÓMEZ DE LA SERNA no deben impresionarnos, porque otras muy semejantes se encuentran prodigadas en los tratadistas franceses e italianos cuando tratan de encontrar el fundamento y justificación de la prevalencia del primer transcribiente, sin que esas frases enturbien lo más mínimo las afirmaciones expresas, claras e indiscutidas de que el tercero latino no requiere la buena fe en el sentido de desconocimiento de la anterior transmisión. [...] Una cosa es la explicación filosófica de la protección registral en su aspecto fundamental y otra distinta la aplicación concreta de la protección misma, aplicación en la que juegan otros factores secundarios; pero no menos determinantes de la norma legal en definitiva adoptada».

²¹⁷ Cfr. SERNA, *op. cit.*, p. 587. De tal explicación y exégesis, y de la intención del legislador de excluir en la delimitación del concepto de tercero al tercero conocedor o de mala fe, nos hemos ocupado ya en «El principio de inoponibilidad...», *cit.*, p. 446.

go Civil (art. 1257), la Ley Hipotecaria no define al tercero mediante la negación de su condición de parte. Si así lo hiciera, el notario autorizante del contrato inscrito y los testigos instrumentales, en tanto que no partes, entrarían a formar parte del círculo de los terceros a los que habría de extenderse el efecto protector de la publicidad. Pero es muy claro –dirá De la Serna– que «no tiene buena fe el que habiendo presenciado el acto o contrato» pretendiera acogerse a tal efecto. «Favorecer esta adquisición tan de mala fe en perjuicio de quien adquirió la cosa con buena fe, no sería moral ni justo». Por esa razón, en lugar de definir al tercero como quien no ha sido parte en el contrato inscrito, el artículo 27 lo describió como quien no ha intervenido en el mismo: «Si la intención de los que formularon la Ley hubiera sido la de que el escribano y el testigo deban ser considerados como terceros, no hubieran dejado de poner después de la última palabra que ahora tiene el artículo estas otras, *como parte*. Aún más: la redacción del artículo debería ser en tal caso: *para los efectos de esta Ley, se considera como tercero el que no haya sido parte en el acto o contrato inscrito*». La idea es clara: quien sin ser parte en el contrato, conoce la situación jurídica de él derivada, no puede recibir el trato de favor que la Ley Hipotecaria va a dispensar al tercero. Nosotros hoy –como cualquiera en todo tiempo²¹⁸– podríamos objetar que en estos textos de Gómez de la Serna se involucran indebidamente aspectos que en buena lógica deberían distinguirse. El conocimiento del contrato ajeno no priva al conocedor de su condición de tercero respecto a él, aun cuando, obviamente –cosa distinta–, permita calificarlo como tercero de mala fe si pretendiera actuar como quien lo desconoce, perjudicando los derechos nacidos de aquél para quien en el mismo fue parte. La conclusión se impone: aunque involucrando en el concepto genérico de tercero los requisitos necesarios para la protección registral del tercero hipotecario, la Ley de 1861 dio entrada positivamente al requisito de la buena fe como condición de aplicación del principio de fe pública registral, al negar el carácter de tercero a quien, sin ser parte, es conocedor –en la terminología del art. 27– del contrato inscrito; de la inexactitud de la situación inscrita, diríamos en la actualidad nosotros.

Siendo suficiente el dato indicado para demostrar que las constantes referencias de la Exposición de Motivos a la buena fe son mucho más que meras declaraciones platónicas de un ideal sólo realizable después de pasar el tamiz de la Ley y en la más modesta medida en que lo permita el concreto tenor de sus preceptos, contamos además con el testimonio de Gómez de la Serna para confir-

²¹⁸ Cfr. e. c., GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios..., II*, cit., pp. 412-425.

marnos en nuestra convicción de que positivamente y en tales preceptos la buena fe, ya en 1861, era requisito ineludible en el funcionamiento del principio de fe pública registral. Vimos ya, en efecto, cómo para Gómez de la Serna «los motivos de la Ley demuestran [...] de un modo que no da lugar a dudas que [el establecimiento del Registro de la Propiedad] se hizo exclusivamente para proteger la contratación de buena fe, dando seguridad a los adquirentes de que las fincas no tenían otras cargas que las que en el Registro se expresaban»²¹⁹. ¿Una invocación, quizás, de esa finalidad ideal e inconcreta que haría de la publicidad registral la única forma de cognoscibilidad jurídicamente relevante de las situaciones inmobiliarias, y que permitiría prescindir del conocimiento que extraregistralmente de ellas pudiera tener el tercero? El comentario de Serna al artículo 34 de la Ley –el que por su silencio acerca de la buena fe podría provocar la duda– es contundente. Una vez más hemos de repetir sus palabras: «no hay un solo artículo en la Ley que favorezca al adquirente de mala fe»²²⁰. El artículo 34, como es sabido, dio lugar «a la polémica más animada y empeñada de cuantas ha promovido la Ley Hipotecaria»²²¹. ¿Qué sería del derecho del dueño inscrito si A consigue inscribirlo falsamente a su favor y, en concierto fraudulento con B, transmite a éste, que a su vez inscribe? Ahí está planteado el problema en sus términos más agudos e hirientes. ¿Sigue la protección registral automáticamente al logro de la inscripción derivativamente concatenada con otra anterior, o habrá de exigirse que a través de esa nueva inscripción se esté llevando al Registro una adquisición de buena fe? ¿Eran las referencias de la Exposición de Motivos a la buena fe meras indicaciones de principio y abstractas, o, por el contrario, constitúan la afirmación reiterada de un criterio normativo, presente como tal siempre en la Ley y necesario para su correcta interpretación y aplicación? He aquí la respuesta de Gómez de la Serna: el tal B que se imaginaba en el caso «por haber adquirido por una confabulación criminal la cosa *del que sabía que no era su dueño, y por tanto, sin buena fe*»²²² [...] no es, con arreglo a la Ley, el tercero²²³ cuyos intereses se protegen en el artículo 34 [...]. ¿Puede quedar alguna duda sobre la necesidad de la buena fe como requisito de aplicación del artículo 34 en la originaria Ley Hipotecaria? Es cierto que en su texto no se la menciona como tal requisito; es cierto, también, que ante dicho silencio tuvo que ser la

²¹⁹ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 88.

²²⁰ SERNA, *op. cit.*, p. 634.

²²¹ SERNA, *op. cit.*, p. 623.

²²² La cva. es nuestra.

²²³ La cursiva es ahora de SERNA.

jurisprudencia quien se encargara de proclamarlo; pero tan cierto como todo ello es, según antes dijimos, que cuando la jurisprudencia hace valer la necesidad de la buena fe como imprescindible condición de protegibilidad registral en la aplicación del principio de fe pública, se está limitando a interpretar la Ley, desenvolviendo la integridad de su mandato normativo y sin añadir un ápice al contenido del mismo.

3. Decir que la buena fe es imprescindible requisito de protección del tercero en la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, constituye una afirmación que, siendo exacta, no da completa razón del significado de la buena fe en el juego del principio de fe pública registral y en el conjunto de los presupuestos y exigencias a los que la Ley lo somete. Hay otras formas de protección registral al tercero en las que la buena fe, sin estar completamente ausente, desempeña un papel diferente y no tan destacado como el que le corresponde en el funcionamiento del principio de fe pública. Al advertirlo así, pensamos, naturalmente, en el distinto valor y sentido de la buena fe en las dos grandes fórmulas de la protección registral –la latina y la germánica– y, dada la configuración mixta de nuestro sistema, en la protección dispensada al tercero en cada uno de sus dos grandes preceptos: los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Por lo que hace a la comparación de los distintos sistemas, la cosa es notoria. En los de publicidad positiva o fe pública registral, lo que la Ley trata de proteger es la confianza que en el tercero suscita la publicidad del Registro. Siendo ello así, se entiende muy bien que el conocimiento de la inexactitud del Registro, impidiendo la buena fe del tercero que al mismo pretendiera acogerse, priva de todo fundamento al mérito de su protección²²⁴. Respecto de la fe pública registral la buena fe del tercero no es sólo un requisito –entre otros posibles– de protección registral, sino que se eleva a la condición de radical fundamento y razón de tal protección²²⁵. La buena fe es, claramente, la *ratio determinante* de la medida legal

²²⁴ Vid. por todos, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El principio de buena fe», *Estudios...*, cit., p. 397.

²²⁵ Lo destaca, e. c., para el limitado reconocimiento de la fe pública registral en el Derecho italiano, FERRI, *Trascrizione immobiliare...*, cit., p. 254: «Noi pensiamo che sia più corretto attribuire efficacia sanante alla buona fede anzichè alla trascrizione. Senza volere riecheggiare qui parole evangeliche sulla virtù salvifica della fede, non c'è dubbio che il legislatore ha voluto tutelare la buona fede del terzo, anche se non ha tutelato una buona fede qualsiasi, ma solo quella buona fede qualificata ed arricchita dall'adempimento delle formalità pubblicitarie che hanno appunto la funzione di conservare gli acquisti. Buona fede e trascrizione non si possono quindi porre sullo stesso piano (anche se entrambe richieste); perchè la seconda è piuttosto una *condicio juris* che permette alla prima di operare [...].».

protectora en la que termina por sustanciarse el efecto de la fe pública registral²²⁶.

Distintas son las cosas en la protección dispensada por la prioridad registral en los sistemas de publicidad negativa o preclusiva. En ellos, la razón de ser de la protección registral radica en la mayor diligencia del tercero que se adelanta en la inscripción²²⁷. Es verdad que en la ideación de este sistema de protección debió contarse con la suposición de que generalmente el tercero desconocería, por no inscrita, la existencia de una adquisición anterior a la que como propia él lleva al Registro²²⁸; pero si se tiene en cuenta que, práctica y efectivamente, en los sistemas latinos la inscripción es tratada como elemento constitutivo *quoad tertios* de la adquisición²²⁹, no podrá extrañar que el conocimiento de tal adquisición

²²⁶ Nos remitimos aquí a lo que al respecto dijimos, tratando en general de la expli-cación de la protección de la apariencia jurídica, en *La representación aparente...*, cit., pp. 290-301.

²²⁷ *Vid.* «Discussion» de La Ley de Transcripción, en TROPLONG, *op. cit.*, 69: «Cela est-il juste? Essentiellement juste: il fallait choisir, entre l'acquéreur et le tiers, celui des deux qui serait victime de la non-exécution de la loi. L'acquéreur a été rendu responsable; car c'est lui qui aurait dû remplir les formalités de la loi, les tiers ne pouvant être chargés de le faire, puisqu'ils ne connaissent pas la vente. La faute étant à la partie contractante, le préjudice doit éter supporté par elle. Dan l'exemple qui a été cité, le deuxième acquéreur est un tiers vis-a-vis du vendeur primitif; mais il a fait transcrire avant tout autre, il doit donc être investi de la propriété; car il est naturel que la loi préfère celui qui la fait exécuter».

²²⁸ Así puede comprobarse en el texto reproducido en la nota anterior. También, e. c., en la «Exposé de Motifs» de la misma Ley de Transcripción, ib., p. 10: «Les tiers, dont les droits procèdent du chef du vendeur, on dû les manifester avant la transcription, qui purge les charges inconnues que la loi soumettait à la publicité; la bonne foi de l'acquéreur ne peut plus être surprise».

²²⁹ Cfr. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 299-301: «L'art. 3 determine les effets de la trans-ccription.

D'après les principes du Code Napoléon, le consentement transfère la propriété, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers. [...] Seulement il faut que la convention soit prouvée [...]. Tel est l'état de la législation par le Code Napoléon; telle est la théorie qui a dominé jusqu'à la loi du 23 mars 1855.

Mais cette loi, mue par les nécessités du credit foncier, a dérogé à ces principes, et le Code Napoléon en éprouve une grave modification ... l'idée mère du Code Napoléon, idée profondément philosophique et morale, subsiste dans toute sa force; mais, à l'égard des tiers, la mutation n'est désormais accomplie que par la transcription du titre sur un registre public. Jusqu'à la trascription, le vendeur conserve les attributs de la propriété par rapport à tous autres que les parties et leurs successeurs universels; les droits par lui conférés à des tiers et dûment régularisés sont opposables à l'acheuteur qui, bien qu'antérieur en date, n'a pas encore fait transcrire son titre. ... il l'a laissé investi de ces droits, au moins au regard des tiers, en ne prenant pas date contre lui par la transcription, et en autorisant le public à croire qu'il n'était pas depouillé. C'est à lui seul, c'est à sa négligence qu'il doit imputer le dommage qu'il éprouve par l'opposition de ces droits rivaux.

Il suit de là que la translation de la propriété est actuellement régie par un double principe: entre les parties, elle résulte du consentement; à l'égard des tiers, elle ne date que de la transcription du titre. Entre deux personnes qui prétendent à des droits réels sur le même immeuble, celle qui se sera conformée la première à la loi de publicité triomphera dans sa prétention». En nuestra doctrina, no se aleja mucho de este planteamiento MIQUEL, J. M.^a, «Buena fe (Dcho. Civil)», cit., 834-835, cuando, refiriéndose al artículo 1473 y contraponiendo la adquisición que en él se produce a la adquisición *a non domino*, afirma:

anterior por el tercero que inscribe la suya no ponga a éste en situación de mala fe ni le impida la protección del Registro²³⁰. Sólo quedará excluido de ésta quien adquiere en concierto fraudulento con el vendedor²³¹. Es natural que el excesivo simplismo de una tan crasa prioridad, no amansada desde la consideración de la buena fe –dirá Roca Sastre²³²– haya chocado con la sensibilidad de la jurisprudencia francesa –más que con la italiana²³³– que, cada vez con mayor decisión, viene reaccionando contra la inicial concepción del sistema al considerar como adquirente de mala fe e inmerecedor de la protección registral al tercero conocedor de la existencia de una adquisición anterior a la suya, e impeditiva por tanto de su eficacia²³⁴.

En todo caso, la diferencia es clara: en los sistemas de publicidad positiva y desde el punto de vista de la fe pública registral, la buena fe es la razón de ser de la protección que el Registro concede al tercero adquirente; en los sistemas de publicidad preclusiva, la ausencia de buena fe, cuando más se repara y afina en este punto, se limita a ser simple obstáculo al efecto protector de la prioridad registral.

Lo dicho sobre el significado de la buena fe en los contrapuestos sistemas latino y germánico de protección registral, vale, en nuestro sistema mixto, para la diferenciación de su conformación y su juego en los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Por una parte, mientras en el artículo 34 –principio de fe pública registral– la buena fe, consistente en creer dueño a quien como tal aparece en el Registro, es de conformación registral; en el artículo 32 –expONENTE DEL VALOR NO CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN, pero sí favorece–

«La exigencia de la buena fe aquí es correctora de un supuesto de hecho regular, mientras que en la adquisición *a non domino* es correctora de un supuesto de hecho irregular», o que «en el artículo 1473 se sanciona la mala fe de quien ha cumplido con las reglas generales de la adquisición de la propiedad, pero ha contrariado las exigencias de la buena fe»; todo ello, para argumentar que la buena fe de que trata el artículo 1473 no sea la buena fe subjetiva.

²³⁰ TROPLONG, *op. cit.*, pp. 356-357: «... Mais qu’entend-on ici par la mauvaise foi? Hâtons-nous de dire que la simple connaissance d’une vente antérieure, non transcrise, ne constitue pas en état de mauvaise foi qui achète de nouveau le même immeuble».

²³¹ Cfr. la «Exposé de Motifs», antes citada, *ib.*, p. 11: «Mais il est de principe que s’il avait été fait par le même propriétaire deux ou plusieurs aliénations du même immeuble ou des mêmes droits réels, celle qui aurait été transcrise la première exclurait toutes les autres, à moins quie celui qui, le premier, a rempli cette formalité n’eût participé à la fraude». La misma idea, en el comentario de TROPLONG, *cit.*, pp. 356-357.

²³² ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, *cit.*, p. 568.

²³³ Resalta la diferencia GUARNERI, Atilio, *Diritti reali e diritti di credito. Valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, pp. 51-54.

²³⁴ Cfr. THERY, Philippe, *Sûretés et publicité foncière*, París, 1988, pp. 405-407; AYNÈS; Laurent, *Sûretés. Publicité foncière*, 9.^a ed., 1998/1999, p. 245: «Après avoir exigé un véritable concert frauduleux entre le second acquéreur et l’alienateur, la jurisprudence aujourd’hui se contente de la simple mauvaise foi du tiers, c’est-à-dire de la connaissance qu’il a, en fait, du droit concurrent antérieurement acquis et non publié par un autre».

dor de la inscripción en sí misma, sin concatenación con otra anterior— la buena fe, consistente en creer dueño al vendedor, es de conformación netamente extraregistral. Por otra, desde los presupuestos de nuestro sistema, nada autoriza para deducir de la contraposición entre ambos preceptos que el conocimiento de la venta anterior no impida al comprador que inscribe la protección del artículo 32²³⁵; pero desde esos mismos presupuestos sí que es posible distinguir el papel que a la buena fe corresponde en el funcionamiento del mecanismo protector instrumentado en cada uno de estos preceptos. Si el artículo 34 protege al tercero que confía en la inscripción, justamente porque la cree reflejo de la realidad, la buena fe, identificada con dicha creencia, viene a constituir en dicho precepto la razón de ser o el fundamento de la protección en él dispensada al tercero²³⁶. En cambio, si en el artículo 32, sin dato registral previo en el que poder confiar, la Ley protege al tercero que antes inscribe, dando preferencia a su adquisición frente a la anterior no inscrita, entonces el fundamento de tal protección radicará, más que en su buena fe, en su mayor diligencia: la que le lleva a inscribir su adquisición antes de que la anterior haya llegado al Registro²³⁷. No es que en esta segunda hipótesis no sea necesaria la buena fe –mucho menos en nuestro sistema²³⁸–; es, simplemente, que en ella, sin elevarse a *ratio* o fundamento de la medida legal protectora, su ausencia, cuando se produce, se limita a ser obstáculo impeditivo de tal protección.

4. Implícito en lo antes dicho está que la buena fe del tercero protegido por el principio de fe pública registral tiene que referirse a la inscripción registral que publica la titularidad de su transmitente, y que dicha buena fe habrá de consistir en la confianza del mismo tercero en la exactitud de aquella inscripción o, negativa-

²³⁵ En sentido contrario, GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, II, pp. esp., 203-205 y 303-304.

²³⁶ Contrario, de nuevo, GARCÍA-GARCÍA, para quien la buena fe, en cuanto que legalmente presumida, no es la idea clave en el artículo 34 –*op. cit.*, pp. 230-231–, siéndolo, en cambio, la confianza del tercero en la legitimación dispositiva resultante del Registro.

²³⁷ Destaca la diferencia indicada en el texto VILLARES PICÓ, «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción». *RCDI*, 1966, pp. 363-378, cuando contrapone y distingue al tercero del artículo 34 como «tercero confiado», frente al tercero del 32, como «tercero activo». «En nuestro sistema –dice (p. 373)–, la inscripción a nombre de tercero hipotecario confiado tiene efectos atributivos, dando fuerza irrestrictiva por sí sola, al derecho inscrito, y la inscripción a nombre del tercero hipotecario simplemente activo produce efectos preclusivos o de oponibilidad respecto de otros títulos o situaciones que no fueron constatados en el Registro».

²³⁸ Entre otras razones –nos remitimos en este punto a nuestro trabajo anterior: *El principio de inoponibilidad...*, *cit.*, pp. 456-469– por la beligerancia reservada a la posesión en nuestro sistema transmisible de título y modo frente a su innecesariedad en los sistemas latinos atenidos al criterio de la transmisión puramente consensual.

mente expresado, en el desconocimiento de su inexactitud. Significa ello, obviamente, que tal buena fe vendrá a constituir un concreto supuesto de la que la doctrina distingue como buena fe subjetiva; pero que, en tanto que buena fe y para no hacer del Registro de la Propiedad –como irónicamente a veces se ha dicho– un *asylum ignorantiae*²³⁹, habrá de integrar en sí misma un cierto ingrediente ético o elemento de excusabilidad en razón del cual deberá resultar impedida y excluida no sólo por el efectivo conocimiento de los datos –si alguno hay– que recorten o impidan al titular inscrito el lícito ejercicio de su facultad dispositiva, como por la duda razonable acerca de su efectiva titularidad. Lo así tan sumaria y concisamente dicho, con ser tan elementalmente captable y admisible, no es sin embargo pacífico en la doctrina. De ahí que debamos deternos un tanto en la fundamentación separada de cada uno de los anteriores enunciados.

Al operar el principio de fe pública una adquisición registral *a non domino* en beneficio del tercero de buena fe, tal buena fe –aquí al igual que en la usucapión– habrá de consistir, remotamente, en la creencia de que la persona de la cual se adquiere era dueño al tiempo de la transmisión y podía transmitir su derecho (art. 1950 CC)²⁴⁰; más inmediatamente consistirá aquí en la creencia de que la información registral acerca de tales titularidad y libertad dispositiva, por ser fiel reflejo de la realidad, era rigurosamente exacta. En este punto y para nuestro Derecho las cosas parecen estar claras: para el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es tercero de buena fe el que adquiere de quien en el Registro aparece como dueño con facultad dispositiva desconociendo la inexactitud del Registro o, lo que es lo mismo, creyendo en su exactitud. De todas formas, acaso confusamente influenciadas por la consideración alemana de la buena fe registral, en nuestra doctrina se producen diferencias de concepto o de matices acerca de la buena fe concretamente exigida en nuestro Derecho al tercero protegido por el principio de fe pública registral. Efectivamente, en el régimen alemán de la adquisición registral *a non domino* (§ 892 BGB) es claramente perceptible el achatamiento a que se somete el requisito de la buena fe. Más que exigencia positivamente necesaria, es su contraria, la mala fe, la que se erige en obstáculo a la adquisición²⁴¹. No es esa la verda-

²³⁹ NÚÑEZ LAGOS, «Don Jerónimo», *Estudios...*, II, cit., p. 10: «Mientras tanto, al tercero no se le protege si es *homo sapiens*, y sólo alcanza la inmunidad por su ignorancia: *tertius insipiens*. El Registro advenía un “*asylum ignorantiae*”».

²⁴⁰ Cfr., especialmente, NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», cit., pp. 251-256. También, por sólo citar un nombre, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 457-458.

²⁴¹ Así aparece en la redacción del § 892: «Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die

dera dimensión de la buena fe en nuestro Derecho, ni en el Derecho suizo²⁴². Y no es casual la peculiaridad alemana en este punto. La superposición de expedientes protectores de la seguridad del tráfico en el mecanismo adquisitivo alemán (transmisión abstracta e inscripción constitutiva) hacen que la adquisición registral pueda resultar jurídicamente eficaz sin necesidad de tener que llamar en su auxilio el dato subjetivo de la buena fe del tercero. Los obstáculos provenientes del negocio causal de finalidad transmisiva resultarán conjurados por la artificiosa técnica de la abstracción, y el peligro de posibles transmisiones no inscritas deja normalmente de existir cuando a la inscripción se atribuye valor constitutivo. ¿Qué necesidad hay entonces de hacer descansar positivamente en la buena fe del tercero el mecanismo ideado para su protección? Otra cosa es que por elementales razones de naturaleza ética hayan de negarse las ventajas de la publicidad a quien efectivamente conoce la inexactitud del Registro. En Suiza, en cambio, donde aunque la inscripción sea constitutiva la transmisión es causal, y en nuestro Derecho, donde con transmisión igualmente causal la inscripción no es constitutiva, la buena fe del tercero tiene que contar mucho más. Los flancos de inseguridad que está llamada a cubrir son más numerosos, y su protagonismo ha de ser mucho más destacado. En nuestro Derecho llega a ser absoluto. Se entiende así que el mecanismo de la adquisición registral *a non domino* en estos sistemas tenga que apoyarse positivamente en la buena fe del tercero, sin que, al margen de ésta, el procedimiento adquisitivo pueda garantizar un resultado autónomamente protector, excepcionalmente tan sólo ante la mala fe del tercero.

En todo caso, y referida a la adquisición, la buena fe tiene que consistir en una situación de *error* acerca de la titularidad y facultad dispositiva del transmitente: el tercero adquirente cree que quien le transmite es dueño y puede disponer. Y decimos «cree»,

Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist....». Para su comentario, cfr. STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, ad § 892, Rz 114: «Verkehrsschutz verdient nur der *reidliche* rechtsgeschäftliche Erwerber. § 892 hat deshalb den Erwerb kraft öffentlichen Glaubens von der subjektiven Voraussetzung der Redlichkeit abhängig gemacht. Dieses subjektive Regulativ wurde dabei jedoch –genauso wie das Erfordernis des Guten Glaubens in § 932– negativ formuliert und damit zum Ausschlußgrung gemacht [...] Darüber hinaus ist damit klargestellt, daß ein *positives Vertrauens* des Erwerbers auf den Inhalt des Grundbuches *nicht erforderlich* ist» (cvas. del a.).

²⁴² Como en el artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria, en el 973 del Código Civil suizo se atribuye positivamente a la buena fe del tercero el carácter de razón desencadenante de la protección deparada por la fe pública registral: «Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen». «[...] le législateur entend encore garantir –dice DESCHENEAUX, *op. cit.*, p. 614– l’acquéreur de bonne foi d’un immeuble contre l’existence de droits réels (cva. del a.) qui le grèvent sans être inscrits au registre foncier».

obviamente, porque desconociendo que realmente no lo es, él estima que es dueño. En la buena fe del tercero adquirente se yuxtaponen y enlazan necesariamente los dos aspectos, positivo y negativo, de creencia e ignorancia que respectivamente señalan los artículos 1950 y 433 de nuestro Código Civil; y positivamente como confianza en el Registro basada en la creencia de su exactitud, o negativamente como ignorancia de su inexactitud describe nuestra doctrina la buena fe exigida al tercero en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. A veces, tratando de distinguir y dar preferencia a alguno de ellos: al positivo de creencia²⁴³ o al negativo de ignorancia²⁴⁴; a veces advirtiendo que uno y otro no pasan de ser aspectos distintos de una misma realidad²⁴⁵. De esta última forma lo entendemos nosotros²⁴⁶. Creyendo, ignoro; y porque ignoro, creo. Las

²⁴³ Al aspecto positivo de creencia se referían Las Partidas, III, 28, 39: «cuydando que es suyo de aquellos que lo enagenan o que han derecho de lo fazer»; también en la jurisprudencia –STS de 14 de junio de 2000, e. c.– la buena fe aparece descrita desde este aspecto: «[...] para garantía de quien, confiando en la exactitud del contenido registral y sin conocimiento de realidades que pudieran desautorizarlo en orden a la titularidad que consigna, adquiere a título oneroso el derecho así registrado y lo inscribe para sí, mereciendo por ello la protección inherente a su buena fe y cuidado que regula el artículo 34 de la expresada Ley». En la doctrina, *vid.* ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, cit., p. 577: «Y por último, en lo que atañe al requisito de que el tercero *adquiere del titular registral del derecho* correspondiente según se ha visto el resultado del art. 69 de la propia ley Hipotecaria y de la lógica del requisito de la buena fe del tercero, en cuanto éste ha de adquirir, para ello, *confiando en el contenido del Registro [...]*» (cas. del a.); SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 457: «la buena fe consistirá en la creencia por el adquirente [...]»; VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción...», cit., p. 442: «En principio, podemos, pues, definir la buena fe del tercero adquirente como “aquella creencia fundada en la inscripción a favor del transferente de que éste es titular real y puede disponer de dicho derecho”».

²⁴⁴ Cfr. DE LA RICA, «Meditaciones hipotecarias. La buena fe y la publicidad del Registro», cit., p. 545: «El texto vigente [...] aplica correctamente el postulado de la buena fe al hacerla consistir en el desconocimiento de la inexactitud del Registro [...]»; NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», cit., p. 251: «La buena fe consiste en la ignorancia de la inexactitud del Registro en cuanto a los motivos de nulidad o de resolución no inscritos. El tercero ha de ser un *homo ignorans*, contrafigura del *homo sapiens* del siglo XVIII»; Cossío, *Instituciones...*, cit., p. 222: «La buena fe consiste, en este caso, en la ignorancia de las causas que producen la inexactitud del Registro [...]»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, cit., p. 601: «La buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral»; GARCÍA-GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral...*, cit., II, pp. esp., 307-308, «Por todo ello, hay que centrar el concepto de buena fe en el problema del “desconocimiento” y no en el de la “creencia”. Todo ello sin perjuicio de que normalmente el “desconocimiento” lleva consigo de modo correlativo un estado de “creencia”. Pero esto será una consecuencia y no el concepto definitorio. Este lo constituye únicamente el “desconocimiento”. En Derecho hipotecario, insistimos una vez más que lo que interesa es el *homo ignorans o sapiens* y no el “hombre creyente”». En la doctrina alemana y para el régimen del BGB, ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Derecho de Casas*, I, cit., p. 275: «La buena fe que protege el § 892 es un concepto *puramente negativo*: la ignorancia de la inexactitud del Registro» (cva. del a.).

²⁴⁵ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, III, cit., p. 473: «En este último, como vimos –dice refiriéndose al artículo 34 LH– la buena fe consistía en un desconocimiento de la inexactitud del Registro o, a la inversa, en una creencia de la exactitud».

²⁴⁶ Así lo expresamos en *La representación aparente*, cit., p. 268, definiendo la buena fe subjetiva como «una actitud psicológica que comprende en sí, junto a un elemento negativo de ignorancia o error acerca del dato determinante de la apariencia (art. 433

razones aducidas para dar preferencia al aspecto negativo de la ignorancia sobre el positivo de la creencia directamente referida a la exactitud del Registro²⁴⁷, suponen tanto como romper la unidad interna de la buena fe, de una parte, y, de otra, rebajar la influencia que el mismo Registro está llamado a ejercer en la convicción del tercero merecedor de la protección registral. En realidad, más que disminuir la entidad de la buena fe, lo que de esta forma se hace es reducir la función del Registro en la mecánica de la adquisición registral *a non domino*. Un Registro de la Propiedad que no alimenta positivamente la buena fe necesaria para lucrar los efectos sanantes de la fe pública registral, no es ya el Registro cuya finalidad, según Cárdenas²⁴⁸, era *asegurar al tercero que contrata con el que ya tiene su derecho inscrito en el Registro*, o el que la Ley Hipotecaria trató de instaurar, según Serna²⁴⁹, para *evitar perjuicios al tercero que con buena fe y fiado en la exactitud del Registro, es inducido a error y adquiere bienes inmuebles o derechos reales que por descuido de otro dejaron de inscribirse oportunamente*.

En todo caso, sin necesidad de tener que seguir indagando en estos matices y según ya se ha indicado, la buena fe requerida al tercero por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria viene a consistir en un concreto supuesto de esa buena fe subjetiva que, como contradistinta a la objetiva, suele diferenciar la doctrina²⁵⁰; o, lo que es lo mismo, en un concreto supuesto de buena fe en la adquisición de derechos, en tanto que tal buena fe es distingible de la que normalmente se toma en consideración en el ejercicio de los mismos²⁵¹; o, finalmente y según repite la jurisprudencia, en un concreto supuesto

del CC), otro positivo de creencia o confianza en la realidad de la situación que aparece (art. 1950 CC).

²⁴⁷ Principalmente, en la exposición de GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, p. 307: «[...] la introducción del requisito de la “creencia en la titularidad del transmisor”, podría llevar a la confusión de que es necesaria la consulta del Registro, pues sólo consultando ese dato se puede “creer en él”». Sin embargo, ello llevaría a la inseguridad jurídica y al casuismo de entrar en cada caso si una persona ha acudido o no a la Oficina del Registro, olvidando que existe el *concepto de publicidad registral como aspecto objetivo de «cognoscibilidad legal»*, es decir que se presume conocido por todos, sin que quiera alegar ignorancia, y en consecuencia, no es problema de «consulta de los libros», ni un problema de «creencia en la titularidad registral», sino de «desconocimiento de situaciones extraregistrales» (cva, del a).

²⁴⁸ CÁRDENAS: «Memoria histórica...», *RGLJ*, 1871 (XXXVIII), cit., pp. 170-171.

²⁴⁹ SERNA, *op. cit.*, p. 655.

²⁵⁰ Sobre tal distinción, cfr., e. c., SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 456-459; GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 300 ss. Reticente o contrario a ella, HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, 1980, pp. 173-178.

²⁵¹ A favor de tal distinción se pronuncia HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 178: «Creo que, en sustitución de la buena fe objetiva y de la subjetiva, puede afirmarse, incluso con alcance clasificatorio, que la buena fe es contemplada por el Código Civil en estos dos aspectos o manifestaciones fundamentales: como criterio regulador del ejercicio de los derechos; y como criterio para atribuir determinados derechos». Sobre «la necesaria distinción entre la buena fe en el ejercicio de los derechos y la buena fe en la adquisición de los derechos reales», *vid.* GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 187-189.

de la buena fe propia del campo de los derechos reales, frente a la que se produce y requiere en el Derecho de obligaciones²⁵². Son, en definitiva, formas distintas de referirse a dos modalidades de la buena fe en cuyo análisis más detenido no es necesario detenerse en este momento. Sí que interesa, por el contrario, dejar ya planteada y al menos inicial y fundamentalmente resuelta una cuestión que al hilo de la anterior suele suscitarse en la doctrina: La distinción y contraposición de la buena fe subjetiva frente a la objetiva, ¿permite hacer consistir a la primera en un simple y neto supuesto de error subjetivo (equivocada creencia de lo que no es, o mera ignorancia de lo que realmente es) o exige, además, un cierto elemento de excusabilidad que la haga justificable y, al menos, éticamente disculpable? Que la buena fe en el ejercicio de los derechos consiste en un estándar ético de comportamiento es cosa que nadie pone en duda: ¿vale lo mismo para la buena fe en la adquisición de derechos, o se limita ésta a la situación psicológica de error que, por hipótesis, sería su componente exclusivo? ¿Cabe admitir una buena fe exclusivamente psicológica frente a una buena fe ética?

Verdadero *asylum ignorantiae*, inmerecido refugio del *homo insipiens*, sería el Registro de la Propiedad si a estas preguntas hubiera de responderse afirmativamente²⁵³. Nosotros, siguiendo a De la Rica, no podemos admitir una tal visión del Registro²⁵⁴. Es

²⁵² *Vid.* STS 1 de junio de 2000: «[...] entendiéndose, dice la Sentencia de 23 de enero de 1989, con cita de las de 16 de febrero y 16 de marzo de 1981, “que la buena fe en el campo de los derechos reales, en la perspectiva que aquí tiene lugar, no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos (arts. 1269 y concordantes del CC), sino de conocimiento según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1950 de nuestro Código sustantivo, que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta respecto de la titularidad dominical que proclama [...]”». *Ad rem*, en nuestra doctrina, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 456-457: «En nuestro Derecho positivo, el concepto objetivo de la buena fe tiene su manifestación en el ámbito del Derecho de obligaciones y aparece especialmente recogido en el artículo 1258 del mismo Código Civil; el concepto subjetivo, único que aquí nos interesa, tiene diversas manifestaciones en el mismo Derecho de obligaciones, en el de familia y en el de cosas. Muy especialmente tiene importancia su regulación especial en la posesión, usucapión y, sobre todo, en la protección de la seguridad del tráfico de bienes muebles (art. 464 del Código) e inmuebles (art. 34 de la Ley)».

²⁵³ NÚÑEZ LAGOS: «Don Jerónimo», *Estudios...*, II, cit., p. 10: «[...] era difícil oponerse a la invocación casi divina de la frase “buena fe”. Su significado ético fue el papel secante de toda refutación en flor. La ética desvanece la crítica. Con la adorada *legitimación* nadie se atreve a poner en duda la legitimidad hipotecaria de la buena fe. Mientras tanto, al tercero no se le protege si es *homo sapiens*, y sólo alcanza la inmunidad por su ignorancia: *tertius insipiens*. El Registro advenía un “*asylum ignorantiae*”» (cvas. del a.).

²⁵⁴ DE LA RICA: «Meditaciones hipotecarias. La buena fe...», cit., p. 543: «En suma: para gozar de la protección de un sistema como el nuestro, tan influenciado por el valor ético de la buena fe, el titular inscrito no necesita ser ni un *homo ignorans* ni un *homo sapiens*: le basta ser un ciudadano corriente que haya creído honradamente al negociar sobre inmuebles y derechos reales que el Registro expresaba la verdad. Nada más y nada menos que eso». En la jurisprudencia, como muestra, cfr. STS 17 de noviembre de 1984: «... con la significación [la buena fe en la adquisición *a non domino*] de ignoracia de la situación real y consiguiente creencia en la titularidad del enajenante [...] y siempre

verdad que un importante y autorizado sector de la doctrina moderna se viene pronunciando contra la contaminación ética de la buena fe subjetiva, o dicho de otro modo, a favor de su aséptica concepción como pura situación de error o ignorancia²⁵⁵. Pero, en nuestra opinión, contra una tal configuración de la buena fe subjetiva se alzan poderosos argumentos que, por el momento, nos limitaremos a enunciar en este lugar. El primero: que la misma denominación «buena fe» está ya haciendo referencia por sí misma a la dimensión moral que permite diferenciarla del craso error o la simple ignorancia²⁵⁶. No llega a explicarse desde la lógica del lenguaje por qué a una tal ignorancia, en lugar de llamársela llanamente por su nombre, se la envuelve en la denominación, tan densa en su sugerencia moral, de «buena fe»²⁵⁷. Por otra parte, la misma Ley –el art. 36

poniendo a cargo de quien invoca la protección tabular una diligencia mínima en la formación del estado cognoscitivo, por cuanto no cabe prescindir de un deber moral de averiguación aludido por la jurisprudencia (SS de 28 de junio de 1941; 14 de marzo de 1973)».

²⁵⁵ Así, destacadamente, en la doctrina italiana, MENGONI, *Gli acquisti «a non dominio»*, 3.^a ed., Milano, 1975, pp. 315-319, y en la nuestra, MIQUEL, J. M.^a, «La buena fe y su concresción en el ámbito del Derecho Civil», AAMN, XXIX, pp. 7-24, con detenida referencia a la polémica entre BRUNS y WÄCHTER sobre las opuestas concepciones, psicológica y ética, de la buena fe (posteriormente, ídem, «Buena fe» EJB, I, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. esp., 833-840) y GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 299-317. También, aunque con menos detenimiento en la cuestión, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 457-458: «[...] es quizás excepcionalmente amplio decir que la buena fe equivale a conducta o intención leal u honrada del sujeto. El elemento intencional o moral apenas si tiene transcendencia; en cambio, es decisivo el elemento intelectual, esto es, la representación en la mente del sujeto de su situación jurídica. [...] Efectivamente, el conocimiento o desconocimiento basta por sí solo para provocar la mala o buena fe, con absoluta independencia de la intención del adquirente y de la conducta de éste»; COSSÍO, *op. cit.*, p. 224: «El conocimiento de la inexactitud del Registro debe ser positivo, y en nada afecta a la buena fe del adquirente el que su ignorancia sea causada por negligencia, sea ésta excusable o inexcusable»; PAU PEDRÓN, «La teoría de los principios hipotecarios», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1977, p. 66: «La mala fe es, por supuesto, el simple conocimiento –sin ingrediente alguno de conducta, sin obligación alguna de diligencia–; pero es algo más: ha de ser un conocimiento pleno, completo [...]».

²⁵⁶ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, 1980, quien, partidario de una concepción unitaria de la buena fe (pp. 173-178), afirma que «la buena fe, como las buenas costumbres, es siempre una vía de comunicación del Derecho con la moral». Por la concepción ética de la buena fe hipotecaria se decanta también DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 458-459, quien, en general, a su vez, en el Prólogo a la traducción española de WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 15, concluye: «De todo lo dicho resulta ya claro que la idea [de la buena fe] está penetrada de unos indiscutibles ingredientes éticos que la sitúan en los confines del derecho y de la moral. La connociación de virtud –bondad– que se atribuye a la *fides*, lo pone de manifiesto de manera terminante».

²⁵⁷ «La buena fe –dice DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 346– no es sólo el desconocimiento o la ignorancia, sino más que nada un proceder o un comportamiento honesto y legal». Es significativo, desde este punto de vista, que en la doctrina alemana –vid. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13.^a ed., München, 1985, pp. 204-206– el estudio del requisito de la buena fe en la adquisición inmobiliaria pueda ser epigrafiado bajo el término *Redlichkeit*; y que en ella se proponga la sustitución de las expresiones «buena o mala fe» por dicho término (cfr. STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, § 892 Rz 114). En esa dirección, la obra ya citada de HAGER, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München 1990. Nosotros mismos, en *La representación aparente*, cit., pp. 271-272, definimos la buena fe protegida jurídicamente por recaer sobre una apariencia engañosa (buena fe sub-

de nuestra Ley Hipotecaria²⁵⁸ y el 974 del Código Civil suizo²⁵⁹— expresamente incluyen el dato ético de la diligencia entre los ingredientes de la buena fe que permite al tercero lucrar los efectos de la fe pública registral. Y, finalmente, aunque acaso el más llamativo y aparatoso argumento: la inanidad de la tesis que aquí combatimos. Para los partidarios de la buena fe psicológica, la pura y exclusiva ignorancia supone ya por sí sola auténtica y plena buena fe; pero —tienen que reconocerlo— inservible e inútil buena fe: sin el dato que la justifica éticamente, la buena fe no deja de ser buena fe, pero sí de obtener los efectos protectores que, con aquel dato, le valdrían el amparo de la Ley²⁶⁰. ¿Cabe reconocimiento más claro de que el requisito protector de la buena fe es más que mero error o ignorancia? Debiendo volver más adelante sobre el componente ético de la buena fe, quede para ese momento la profundización en su tratamiento. Aquí nos ha sido bastante dejarlo indicado en su condición de necesario ingrediente legal de la buena fe que hace merecedor al tercero del efecto sanante de la fe pública registral. Una buena fe sin diligencia tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible.

5. Es evidente que la introducción de la buena fe en el mecanismo y funcionamiento del principio de fe pública, tiene que traer como inevitable consecuencia la relativización del resultado protector esperable de la publicidad registral. La función aseguradora

jetiva) como «una situación psicológica cifrada en un estado de error o ignorancia, ética y jurídicamente calificada de inculpable y determinante de una actuación realizada en la convicción de su juridicidad y en la confianza de su intrínseca eficacia».

²⁵⁸ Aunque es polémico que la diligencia exigida en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria sea trasladable a la buena fe requerida por el 34 —cfr. MIQUEL, *La buena fe y su concreción...*, cit., pp. 19-22— y a reserva de lo que al respecto habremos de desarrollar al estudiar la usucapión *contra tabulas*, baste por ahora la transcripción de las palabras de DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 458-459, asintiendo a la destacada opinión de VALLET DE GOYTISOLO, «Sin embargo, con mejores argumentos, VALLET DE GOYTISOLO ha señalado que no es razonable entender que en el conflicto entre el tercer adquirente y el beneficiario de una usucapión consumada, que no es un titular registral, se exija la buena fe con el especial aditamento de la diligencia y que esa misma buena fe no se exija frente a otros titulares extraregistrales, que sean asimismo propietarios y poseedores de la finca».

²⁵⁹ Dice así, literalmente, su párrafo I: «Ist der Eintrag eines dinglichen Rechtes ungerechtfertig, so kann sich der Dritte, der den Mangel kennt oder kennen sollte, auf den Eintrag nicht berufen» (cva. n.).

²⁶⁰ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, pp. 319: «L'errore non perde la sua identità quando trae origine dalla negligenza dell'errante, onde l'interprete non può affermare il requisito della scusabilità explicando "l'elemento della riflessione" come un predicato già contenuto nel concetto di buona fede. La colpa non pone in questione l'esistenza, ma la sufficienza della buona fede ai fini della tutela giuridica, e dunque no una questione concettuale, ma una distinta questione di politica legislativa, che solo il legislatore, con giudizio nomologico, è competente a risolvere», y 321: «[...] la colpa grave non nega la buona fede, bensì ne impedisce, per volontà di legge, l'efficacia»; MIQUEL, «Buena fe», *EJB*, cit., p. 838, haciendo suya la anterior opinión: «Se ha dicho acertadamente que la culpa no pone en cuestión la existencia, sino la suficiencia de la buena fe para merecer protección jurídica» (cva. del a.).

del Registro de la Propiedad no va a depender objetiva y exclusivamente de la inscripción que en él se haya practicado, sino de esa misma inscripción en combinación necesaria con la buena fe del tercero; o, lo que es lo mismo: de esa inscripción sólo en cuanto lleva al tercero honrado y diligente a actuar dejándose guiar por lo que ella publica. Por más que el Registro publique una cosa, no puede acogerse a la fe pública registral quien conoce la realidad distinta a lo publicado, o la existencia real de situaciones inmobiliarias o derechos no inscritos²⁶¹: el conocimiento efectivo de la realidad no inscrita, sea por la natural visibilidad del derecho real (servidumbres aparentes: art. 532 CC), sea porque *aliunde* se tiene noticia de ella, tiene que perjudicar al tercero²⁶². En expresión de la jurisprudencia: el silencio del Registro no debe prevalecer contra el «conocimiento cumplido» que el tercero tenga de la situación real²⁶³. Y es que, por más que sólo la publicidad jurídica llegue a generar la cognoscibilidad legal de la situación inscrita, y por más que la Ley pretenda favorecer y privilegiar la información registral, la publicidad de hecho o el conocimiento efectivo de la situación real no jurídicamente publicada tendrá que interferir en el juego de aquélla siempre que el Registro se conciba en su auténtica condición de instrumento –todo lo privilegiado que se quiera, pero instrumento al fin– de publicidad²⁶⁴. No hay en ello alteración alguna

²⁶¹ *Vid.*, e. c., entre tantas otras, Sentencias de 23 de marzo de 1968, sobre el conocimiento efectivo o posibilidad de conocimiento de un derecho de retorno arrendatario no anotado, y 4 de junio de 1990 sobre oponibilidad de pacto de transcendencia real no inscrito pero efectivamente conocido.

²⁶² Cfr. Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 30 de diciembre de 1944: «Sin embargo, no afectarán a la exactitud de los asientos los derechos no protegidos por la fe pública, ni aquellos otros cuya registración no se considera necesaria por razones sociales o por su intrínseca exteriorización»; STS de 20 de mayo de 1992: «[...] es doctrina de esta Sala, cristalizada, entre otras, en las Sentencias de 7 de noviembre de 1911 y 8 de mayo de 1947, que, pese a no hallarse inscritas las servidumbres, cuando conste que el tercero conocía su existencia, bien sea por su carácter aparente o bien –como sucede en el presente supuesto– por haberse acreditado por otros medios, no puede ampararse el tercero en tal falta de inscripción».

²⁶³ STS de 20 de marzo de 1970: «[...] no hay duda de que el rigor de aquel precepto, como el de gran parte de los que establece el ordenamiento hipotecario, se ha de mitigar con los dictados que impone el respeto debido a la buena fe, obligando a que el silencio del Registro no prevalezca contra el conocimiento cumplido que la parte afectada tenga de las limitaciones o condicionamientos inherentes a una determinada adquisición [...]».

²⁶⁴ Para el Derecho italiano, PUGLIATTI, *La trascrizione*, Tratt. CICU-MESSINEO XIV, I (1957), Milano, p. 278: «Ovviamente, però, quel risultato che si qualifica «conoscibilità legale» si consegne unicamente per mezzo dei meccanismi pubblicitari: con tutti gli effetti particolari che la legge riconosce alla detta “conoscibilità”, che deriva immediatamente della (regolare) attuazione della pubblicità. Le altre fonti di cognizione possono acquistare rilevanza, anche nel campo degli effetti giuridici, solo in via indiretta, e con riferimento alla conoscenza effettiva. Se, infatti, si riuscisse a provare che un dato soggetto ha attinto notizie al catasto o all’archivio notarile in ordine a determinati atti o negozi, si avrebbe la possibilità di invocare, nelle singole ipotesi, le norme sulla rilevanza della conoscenza effettiva (o della mala fede), ed eventualmente a neutralizzare gli effetti della conoscibilità legale, quando essi trovano un limite nella conoscenza effettiva (art. 1159 CC)». Más llanamente, para

ni quebrantamiento de los principios hipotecarios²⁶⁵, sino, por el contrario, afinamiento en la determinación de tales principios²⁶⁶, e indicación de la necesidad de la buena fe del tercero como condición imprescindible en toda forma de protección registral²⁶⁷ y, concretamente ahora, como ingrediente necesario en el funcionamiento del principio de fe pública registral.

Por más que lo anteriormente indicado pertenezca al terreno de las evidencias más intuitivamente captables por el buen sentido, era necesario detenerse en señalarlo, ya que no han faltado en nuestra doctrina algunas manifestaciones favorables al automatismo de la protección registral. Tanto querría robustecerse el valor de la publicidad, que, una vez instaurado el Registro de la Propiedad como su instrumento específico, se vendría a negar relevancia jurídica al conocimiento extraregistral de las situaciones inmobiliarias inscribibles y no inscritas. Simple y llanamente –con invocación incluso del art. 225 LH²⁶⁸– vendría a sostenerse que, elevada la publicidad registral a requisito de oponibilidad *erga omnes*, lo no inscrito, sin más, no podría perjudicar a terceros²⁶⁹.

Ni para Alemania podría valer una concepción de la publicidad así tan absolutamente independizada de la buena fe del tercero²⁷⁰;

nuestro Derecho, DE LA RICA, «Meditaciones hipotecarias...», cit., pp. 543-543, reproduciendo un texto de LÓPEZ PALOP y CAMPUZANO, «El fundamento de la protección que a sus titulares concede el Registro se halla en la publicidad; la protección obedece, pues, a la publicidad no al Registro, que es sólo un órgano de la misma; luego cuando la publicidad actúe, aunque no sea a través del Registro, deberá existir idéntica protección».

²⁶⁵ No es exacta, desde este punto de vista, la literalidad de la expresión empleada en la antes vista STS de 20 de marzo de 1970: «el rigor de aquel precepto, como el de gran parte de los que establece el ordenamiento hipotecario, se ha de mitigar con los dictados que impone el respeto debido a la buena fe».

²⁶⁶ En la línea indicada, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 346: «La doctrina expuesta no significa, sin embargo, una sustancial modificación de los principios hipotecarios. No se trata de otorgar eficacia contra terceros a un derecho real no inscrito, sino simplemente de destacar que la buena fe de los terceros es una exigencia necesaria para la protección por la fe pública del Registro».

²⁶⁷ Porque la buena fe es en nuestro sistema registral algo más que un mero requisito de aplicación del principio de fe pública, nosotros hemos dado autonomía en el mismo al principio de buena fe. Cfr. al respecto «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», *ADC*, 1995, II, pp. 632-646.

²⁶⁸ Aunque refiriéndolo a la buena en el ámbito del artículo 32 LH, GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, II, pp. 191-192.

²⁶⁹ Cfr. CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 391, criticando la introducción del requisito de la buena fe en la que él considera la concepción jurisprudencial del tercero: «Hemos afirmado, sin embargo, que esto no encajaba en los moldes del texto legal, y así resulta si con alguna detención se medita sobre el contenido de los artículos 17, 23, 27, 34, 36, 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, y sobre todo de los 606 y 1473 del Código Civil, que parece no admiten más formas e instrumentos de publicidad que el Registro [...]»; CARRETERO, «Retornos...», II, cit., p. 125: «La jurisprudencia sobre el requisito añadido de la buena fe y la posterior identificación de ambos terceros son esos paños calientes que, a través de un continuo círculo vicioso, terminan por privar a la inscripción de sus más inmediatos efectos, iniciando su paulatino des prestigio».

²⁷⁰ Cfr., refiriéndose al sistema alemán, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, I, cit., p. 108: «Si las leyes hipotecarias

mucho menos en nuestro Derecho, aunque, simplificando las cosas, de esa forma absoluta se exprese con cierta frecuencia el significado y efectos de la publicidad registral²⁷¹. El mismo Serna, que en ocasiones recurre a esa forma de enunciación sin matices²⁷², tiene que recurrir a ellos apenas se ve en la necesidad de aquilatar y precisar cuál fue la finalidad de la Ley Hipotecaria al instaurar el Registro de la Propiedad y en qué medida podrían los terceros acogerse a su amparo: «En una palabra –dice²⁷³– lo que establece la Ley es que aquello que por no estar inscrito *no es conocido* por el adquirente, no le perjudique». Lo definitivo, como se ve, no es que un determinado derecho inmobiliario inscribible no esté inscrito; lo que definitivamente importa es que, por no estar inscrito, no sea efectivamente conocido por el tercero. El tercero conocedor *aliunde* de una carga no inscrita, no puede pretender desconocerla, sin más, acogiéndose al silencio que sobre ella guarda el Registro: «Con buena fe –dice Serna– no podría, pues, el adquirente sostener que la finca adquirida estaba libre de la carga o servidumbre: *la ficción de la Ley que supone que el tercero ignora lo que no consta en el Registro, no puede ir tan allá que se ponga contra la verdad demostrada de las cosas*». Es lo que terminantemente hoy establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: «La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro».

Es cierto que esta atemperación de la fe pública por la buena fe del tercero, al impedir el automatismo de la protección registral y hacer depender ésta del efectivo reconocimiento de la realidad no inscrita, genera problemas e introduce en su juego elementos de cierta dificultad que no se darían si la inscripción fuera el único medio de información jurídicamente atendible acerca de las situa-

se proponen como fin especial la seguridad y rapidez de las transacciones sobre inmuebles, no pueden olvidar que la inscripción es un medio de expropiación y un arma de dos filos que sacrifica el titular actual al futuro adquirente. Esta norma, aceptable cuando el protegido ha confiado en las declaraciones del Registro, resultaría desmoralizadora y contraproducente si se aplicase a las adquisiciones de mala fe».

²⁷¹ Uno, entre tantos, DE CASSO, *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.^a ed. revisada, ampliada y actualizada, Madrid, 1951, p. 397: «Y así también hoy el efecto de la inscripción a que aludimos se enuncia en términos negativos: *Lo no inscripto, no perjudica al tercero registral*» (evas. del a.).

²⁷² SERNA, *op. cit.*, p. 600: «[...] No debió parecer difícil la resolución a la Comisión codificadora fijándose en el principio cardinal de la Ley. Este es que no perjudique a tercero el acto o contrato de que no haya podido tener conocimiento por el Registro»; ídem, p. 622: «En esto sigue el espíritu de la Ley y su base capital, según la cual, sin publicidad el tercero nunca puede ser perjudicado. [...]]; injusto sería que tuviera que experimentar sus consecuencias el que engañado por el silencio del Registro adquiriese la finca que otro había comprado antes al que se la vendió a él, o el que comprase como libre el predio sujeto a una carga o a una condición de que no pudo tener conocimiento por el Registro».

²⁷³ SERNA, *op. cit.*, p. 635 (las cursivas introducidas en el texto son nuestras).

ciones inmobiliarias. Dificultades y problemas que no lo serían, obviamente, de justificación racional y de fundamento, sino de prueba y, sobre todo, de buen sentido y de acierto en la apreciación de lo que, tanto en general como en el caso concreto, la buena fe impone al tercero que se propone adquirir en las condiciones precisas para poder obtener la intervención protectora de la fe pública registral. Para los problemas de prueba –lo veremos más adelante– la Ley ha introducido con plausible criterio la presunción de buena fe en el tercero. Más delicado es el problema de la apreciación de tal buena fe. Lo expresó muy bien De la Rica: «... el requisito de la buena fe en los sistemas de inscripción, es patentemente un arma de doble filo, que ha de manejarse con exquisito tacto. Un paso de más reduce el valor de los asientos a una simple formalidad que no vale la pena, y un paso de menos puede convertir al Registro en un auténtico burladero, que celestine al fraude»²⁷⁴. Efectivamente, así es; especialmente, teniendo en cuenta que, como ya hemos señalado, la buena fe no es el solo el efectivo desconocimiento de la realidad extraregistral, sino también la posibilidad de superarlo mediante el empleo de la normal diligencia. Todo sería más fácil si la protección registral funcionara automáticamente, vinculada exclusivamente a la inscripción registral. Más fácil, pero no más auténticamente justo. De ahí que la dificultad en la estimación de la buena fe no deba llevar a la supresión de su exigencia. El Derecho es *ars boni et aequi* (Dig. 1, 1. 1), y no sería un buen instrumento jurídico el que llevara tan lejos su pretensión aseguradora del tráfico que llegara a extenderla, ni siquiera *per accidens*, hasta el adquirente de mala fe²⁷⁵. Es verdad que en la cadena del mecanismo de la seguridad de las adquisiciones, entre los sólidos eslabones de la escritura pública y de la inscripción registral, el requisito de la buena fe introduce uno que puede antojarse frágil y quebradizo²⁷⁶. En realidad no lo es, aunque sí resulte incierta y polémica su comprobación *super casum*. Por encima de ello, lo que distaría mucho de ser una buena, aquilatada y matizada solución sería la de aherrojar los derechos a un tráfico tan mecánica y automáticamente seguro que incluso la adquisición torticera quedara en él

²⁷⁴ DE LA RICA, «Meditaciones hipotecarias. La buena fe...», cit., p. 541.

²⁷⁵ En contra, CARRETERO, «Los principios hipotecarios y el Derecho comparado», *RCDI*, 1974, p. 39: «Ninguna legislación pretende proteger al tercero de mala fe. Pero todas pretenden proteger al de buena fe, con tal intensidad y fervor que para dejarle indemne de una eventual prueba amañada de mala fe llegan a proteger al tercero registral de mala fe».

²⁷⁶ De nuevo, CARRETERO, *op. et loc. ant. cit.*, «Ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, y silencian cautelosamente los enemigos de la oponibilidad absoluta, sin consideración al estado psicológico del tercero, que al exigir el requisito extraregistral de la buena fe, la contienda judicial tiene entre los fuertes eslabones de la escritura pública y la inscripción registral, y disimulado entre ellos, un eslabón inseguro, blando, casi de cartón: la prueba libre, incluso testifical, de la buena o mala fe del tercero».

definitivamente sancionada y salvada. Como autorizadamente entre nosotros se ha dicho, por deshumanizado e injusto, un sistema de aseguramiento registral absoluto no debe entenderse como un deseable progreso²⁷⁷.

¿Qué es, entonces, la inscripción registral, y cómo puede explicarse en Derecho su naturaleza jurídica?; ¿cómo se puede entender que una misma inscripción valga al tercero de buena fe operando en su favor esa especie de milagro jurídico que es la adquisición *a non domino*, y no sirva, en cambio, absolutamente de nada al tercero conocedor de su inexactitud? Sin necesidad en nuestro Derecho de tener que proceder a las abstrusas elucubraciones necesarias en otros²⁷⁸, la respuesta se impone inmediatamente por sí misma: la inscripción –a través de ella la publicidad registral– no es sino una forma de apariencia jurídica inmobiliaria, artificialmente provocada y legalmente protegida. Una forma, hemos dicho, porque el dato de su instauración como *fattispecie* principal de la apariencia inmobiliaria no debe llevar a la absoluta exclusión de otras posibles apariencias jurídicas en ese mismo campo²⁷⁹. Y una forma de apariencia jurídica, porque eso debe ser, de suyo –y eso efectivamente es en nuestro sistema– la publicidad registral: una instancia que, sin nada añadir ni quitar al derecho inscrito, lo publica o hace cognoscible *erga omnes*. Por eso, cuando la inscripción registral es exacta nada necesita de ella el tercero para adquirir con plena eficacia. Supuesta la validez del acto adquisitivo, basta a la efectividad de la adquisición el derecho y la legitimación dispositiva del *tradens*. Otra cosa es lo que sucede cuando la inscripción es inexacta. Entonces es cuando, no obstante su inexactitud, el tercero que por ella se deja guiar creyéndola fiel reflejo de la realidad, se hace merecedor de la tutela que la Ley le dispensa a través del principio de fe pública registral. Justamente porque la inscripción

²⁷⁷ DE LA RICA, *op. cit.*, p. 540: «[...] si el mecanismo de la fe pública registral actúa con sólo el mando o palanca del asiento, entonces, ciertamente, la buena fe carece de sentido en el ámbito del Registro y la Moral mendicará en vano ante la cerrada puerta de éste. Pero también entonces habríamos deshumanizado el Derecho inmobiliario, habríamos hecho de él un perfecto teorema matemático, una implacable lógica, un acabado juego de abstracciones y formalidades, algo arquitectónico, puro, frío..., pero inservible para las relaciones jurídicas humanas»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 569: «Como afirma LACRUZ, ciertamente el requisito de la buena fe introduce un elemento subjetivo que compromete el automatismo en el funcionamiento de la protección del Registro, pero nada impone que este automatismo haya de ser considerado (al menos con referencia a nuestro sistema) como un progreso deseable».

²⁷⁸ *Vid.* al respecto, para el sistema italiano, PUGLIATTI, *La trascrizione...*, *cit.*, pp. 172-185.

²⁷⁹ En contra, a propósito de una adquisición de titular simulado, la STS de 26 de febrero de 1990. Criticándola, afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CCJC, núm. 23, p. 500: «[...] la apariencia registralmente protegida es la registralmente creada. Pero no es la única apariencia jurídicamente posible, y tampoco la única jurídicamente protegible».

registral está llamada a publicar la realidad de las situaciones inmobiliarias, o a configurar su apariencia protegible en favor del tercero que en ella confía, justamente por eso, decimos, se entiende perfectamente que su más específica y propia virtualidad sólo se despliegue en favor del tercero de buena fe, y que deje de actuar, en cambio, abandonado en su desprotección al tercero conocedor de la realidad que la hace inexacta²⁸⁰. Lo que, por el contrario, no puede entenderse es que se diga que la idea de la protección de la apariencia una de las ideas-fuerza del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero que en él no obtiene ese mismo rango la buena fe del tercero²⁸¹; o que, porque la inscripción registral no es apariencia jurídica sino «verdad oficial», los indicios extraregistrales contrarios a ella carecerían de todo significado²⁸². Si la idea de la apariencia jurídica es clave del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, *eo ipso* y en idéntico plano la buena fe tiene igualmente que serlo. Como acertadamente dijo hace tiempo Bérgamo Llabrés, la idea de la protección de la apariencia descansa sobre dos elementos necesitados recíprocamente el uno del otro: el supuesto de hecho conformador de la apariencia y la buena fe del tercero que en ella confía²⁸³; y, precisamente porque la inscripción registral cuando es inexacta es mera apariencia jurídica, los indicios extraregistrales de su inexactitud, en cuanto impedientes de la buena fe del tercero, clamaráن por los fueros de la realidad y contra la vanidad de una

²⁸⁰ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 569, siguiendo a LACRUZ, «Ésta [la tutela del Registro], según la opinión más razonable, se concede al adquirente como resultado de una apariencia. Pero la ley no puede proteger esta apariencia en su entidad objetiva, sino en su reflejo subjetivo».

²⁸¹ Así lo dice GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 230-231: «La primera de las ideas-fuerza del principio de fe pública registral del artículo 34 LH, como su propio nombre indica, es la *confianza en la apariencia registral* [...]. Aparte está la *buenas fe subjetiva*, que es un requisito muy importante para la protección del tercero del artículo 34 LH [...], pero no es la idea clave fundamental del precepto, pues, como más adelante veremos, la buena fe subjetiva *se presume*, salvo prueba en contrario, sin que, por ello, se tenga que demostrar, por lo que mal puede fundarse el principio de fe pública registral en un *requisito no probado sino presumido* como es la buena fe subjetiva. Ello sin perjuicio de reconocer su importancia como requisito de protección del tercero de la fe pública registral, pero no como la base fundamental del principio, como a veces erróneamente se piensa» (cvas. del a.).

²⁸² Así, PAU PEDRÓN, «La teoría de los principios hipotecarios», *cit.*, p. 66: «Si el Registro fuera una manifestación más de la apariencia, como se ha pretendido, los indicios de la realidad no tendrían por qué prevalecer sobre el Registro. Pero no es así. El Registro no es apariencia, es *verdad oficial*, es *publicidad oficial*. Sobre este presupuesto, el razonamiento lógico es que si oficialmente se dice que no existe un determinado gravamen, los indicios extraregistrales de que existe no pueden considerarse ciertos» (cvas. del a.).

²⁸³ BÉRGAMO LLABRÉS, «La protección de la apariencia jurídica... *cit.*, pp. 244-245: «No puede existir una apariencia susceptible de protección jurídica mientras no concurren, unidos como hermanos siameses, estos dos elementos: *a)* un elemento material, que constituye una situación jurídica contraria a la realidad, pero que confiere a su detentador los signos exteriores de un titular verdadero; y *b)* un elemento psicológico (calificado diversamente como *error común*, como *error invencible*, o como *buenas fe*), que está constituido por la convicción del que se fió en aquellos signos exteriores de que no se le puede exigir razonablemente que conociera dicha inexactitud».

inscripción sospechosa y, en tanto que tal, inmerecedora de la discreta confianza de quien por ella trató de informarse acerca de la situación que *aliunde* le está dando indicios o muestras de su realidad.

Por anacrónico, no sería juicioso ir a los autores de la Ley Hipotecaria para encontrar en ellos la afirmación expresa y refleja de que la inscripción constituye un supuesto de apariencia jurídicamente protegida. Lo que en sus explicaciones sí se podrán encontrar son los datos que a nosotros nos permiten entenderla y seguir explicándola como tal. Para Serna, el Registro de la Propiedad es el instrumento llamado a provocar y servir de fundamento a la general confianza de los terceros²⁸⁴. Justamente, la confianza (*fides*) que campea en la misma denominación del principio de fe pública registral (*fides publica*; la «fe pública del Registro» a que se refiere el art. 29 LH). ¿En favor de quien o de quiénes actuará la protección del Registro? Justo, como en la teoría de la apariencia: no en favor de quienes son parte en el acto inscrito, sino en beneficio del «tercero»²⁸⁵ que, ajeno a la inscripción y a la formación de la situación en ella publicada, puede confiar en lo que a través de la misma inscripción el Registro le dice. Y ¿cómo se explica y razona el mérito de su protección? Aquí van a aparecer ya, unidos y entrelazados, los términos «creer» (equivalente a confiar) y «aparecer»²⁸⁶: la apariencia registral fundamenta la confianza o creencia del tercero registralmente protegido. Así lo razona Gómez de la Serna:

«... si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar, la ley de Partida conserva toda su fuerza; pero si no lo hizo, dando lugar a que otro engañado por el silencio del Registro comprara la finca, *creyendo* que el dominio existía aún en el que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior: para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal *aparece* inscrito en el Registro»²⁸⁷.

«... el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se

²⁸⁴ SERNA, *op. cit.*, p. 619: «[...] no son motivos para introducir una perturbación en la confianza que es conveniente que todos presten al Registro».

²⁸⁵ SERNA, *op. cit.*, p. 622, en la glosa al artículo 34: «*En cuanto a tercero.*—Consiguiente es siempre la Ley al principio que la domina; el de salvar de todo perjuicio al tercero, dejando a los otorgantes, dentro de las condiciones del derecho antiguo».

²⁸⁶ El mismo término, éste de «aparecer», que después empleará la Ley en artículos tan significativos como el 34 y el 69: «... los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro *aparezca* con derecho para ello...»; «... 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 de transmitirlo».

²⁸⁷ SERNA, *op. cit.*, p. 567 (cva. n).

engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro»²⁸⁸.

Es muy claro. El Registro protege al tercero que adquiere creyendo que es verdad lo que, sin serlo en la realidad de las cosas, como verdad aparece en el Registro. El Registro es un instrumento generador de apariencias jurídicamente protegibles. Lo que en 1861 no podía ser objeto de un enunciado directo, expreso y reflejo, pudo ya serlo en 1944. Así lo enunció el Ministro Aunós al defender en el pleno de las Cortes el Proyecto de la Ley de Reforma Hipotecaria:

«El Registro, en las relaciones *inter partes*, no transformará la naturaleza de los derechos, ni alterará sus ineluctables efectos, ni siquiera purificará sus posibles vicios. Pero, eso sí, cuando intervenga un tercero, los asientos registrales cobrarán substancialidad de acuerdo con la doctrina de las apariencias jurídicas y del principio de publicidad...: la nueva Ley nada innova en este sentido»²⁸⁹.

6. Es cosa fuera de duda que la efectiva consulta al Registro está en la filosofía del efecto protector provocado por la fe pública registral. Ahora bien, ¿es necesaria dicha consulta para que tal efecto llegue a producirse? La doctrina, unánimemente pero con matices distintos, responde negativamente a esta pregunta. Merece la pena detenerse un momento en esta cuestión.

La Exposición de Motivos de 1861, tratando de explicar la finalidad y el efecto de la publicidad registral, dirá que ésta consiste en que la propiedad «se franquee» a quienes se propongan adquirirla o prestar sobre ella²⁹⁰. En ese franquearse de las situaciones inmobiliarias fundará el adquirente la *confianza firme* –dice Luzuriaga²⁹¹– de que su derecho descansa en un título irrevocable. Es que lo que la Ley Hipotecaria se propone es «evitar perjuicios al tercero que, con buena fe y *fiado en la exactitud del Registro* –son palabras de Gómez de la Serna²⁹²– ... adquiere bienes inmuebles o derechos reales». Está claro cómo se entiende y explica el principio de fe pública registral: porque el tercero adquiere confiando en el Registro y de quien en él aparece como dueño, es mantenido en

²⁸⁸ SERNA, *op. cit.*, p. 568 (cva. n).

²⁸⁹ *Vid. separata del núm. 12 de JUSTICIA, Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, p. 11.

²⁹⁰ Exposición de Motivos, p. 228: «Consiste ésta [la publicidad] en que el registro de la propiedad, en que el registro de las hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes».

²⁹¹ LUZURIAGA, *Concordancias...*, cit., p. 183: «inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable».

²⁹² SERNA, *op. cit.*, p. 655.

su adquisición. Más allá llegará Aunós en 1944, llevando a la literalidad del artículo 34 esta explicación: «Por ello –dice²⁹³– en el artículo 34 se declara paladinamente que cuantos de buena fe han contratado, fundándose en el Registro, quedan protegidos según sus propias declaraciones». Sin que realmente esté en ella, sin duda lo está en su espíritu según se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma²⁹⁴. El Registro de la Propiedad es instancia publicadora creada como instrumento necesario para la seguridad del tráfico inmobiliario; las inscripciones que en él se practican constituyen una apariencia jurídica²⁹⁵ y suscitan una confianza²⁹⁶ en la que nadie debe ser defraudado. La consecuencia se impone por sí misma: el que adquiere confiando en lo que el Registro publica no puede ver impedida su adquisición por consecuencia de eventuales derechos no inscritos. Con variantes sólo terminológicas así lo expresa la común doctrina cuando trata de exponer y explicar el efecto sanante de la fe pública registral²⁹⁷.

Pero es el caso que lo que tan claramente está en la filosofía del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no se encuentra, en cambio, en su texto. Si en él pueden encontrarse cuidadosamente indicados los requisitos necesarios para la aplicación del principio de fe pública, entre ellos no aparece la efectiva consulta al Registro y, consiguientemente, la positiva confianza en lo que en él se publica. De acuerdo con la literalidad del precepto, basta con que el tercero haya adquirido de quien en el Registro aparece inscrito como dueño con facultades para transmitir. Es muy verdad que normalmente –el *id quod plerumque accidit* que el legislador suele tomar en consideración para establecer sus mandatos–, el tercero que pretende adquirir en las condiciones de seguridad que la ley le propor-

²⁹³ AUNÓS, *loc. ant. cit.*, p. 11.

²⁹⁴ Exposición de motivos 1944: «La presunción legitimadora sería insuficiente para garantir por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles».

²⁹⁵ Cfr. STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, ad § 892, Rz 5: «die Eintragung im Grundbuch bildet damit die unerlässliche objektive Rechtsscheinbasis».

²⁹⁶ «La confianza que es conveniente que todos presten al Registro», vimos que decía SERNA, *op. cit.*, p. 619.

²⁹⁷ Exponentes especialmente autorizados, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 618: «El adquirir en función de Registro inexacto puede considerarse como la idea central o básica que más caracteriza al tercero hipotecario»; ídem, p. 577: «Y por último, en lo que atañe al requisito de que el tercero adquiera del titular registral del derecho correspondiente según se ha visto ello resulta del art. 69 de la propia ley Hipotecaria y de la lógica del requisito de la buena fe del tercero, en cuanto éste ha de adquirir, para ello, confiando en el contenido del Registro [...]» (cvas. del a.); DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 453: «el tercero es protegido en la medida en que su adquisición se ha llevado a cabo confiando en lo que el Registro publica»; ídem, p. 457: «La buena fe es un presupuesto de la protección registral, dado que el tercero resulta protegido en la medida en que ha contratado confiando en el Registro». En la doctrina alemana, WOLFF, *op. cit.*, p. 275: «El que en la vida práctica de aquel desconocimiento nazca generalmente una confianza positiva en la exactitud del Registro, constituye el último fundamento por el cual la ley establece la fe pública del Registro» (cva. del a.).

ciona, y que a tal efecto lleva su adquisición al Registro, haya contado con éste antes de su adquisición para cerciorarse acerca de la titularidad de su transmitente. Normalmente, hemos dicho; pero a renglón seguido tenemos que añadir: no necesariamente. Puede efectivamente ocurrir que sin previa consulta se adquiera de quien en el Registro aparece como dueño, y que, sólo una vez producida la adquisición, se acuda al Registro para inscribirla. Pues bien, esta extraña posibilidad, contraria al *id quod plerumque* que está en la base de la medida legal protectora, ha venido a atraer la atención de los autores, españoles y extranjeros, quienes unánimemente han dado en excluir la previa consulta y efectiva confianza de entre los requisitos legalmente necesarios para la protección deparada al tercero por el principio de fe pública registral²⁹⁸; llegándose a

²⁹⁸ En nuestra doctrina, e. c., GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», *Estudios...*, I, cit., p. 389: «Tampoco este último [el tercero] necesita contrarrestar la prueba que su contrario presente para demostrar que la adquisición se ha realizado sin conocer el contenido de los libros o bajo supuestos equivocados. De la presunción pasamos a una verdadera ficción legal: el tercero para la Ley, conocía la inscripción y al adquirir la finca se confió a su amparo»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 175: «Pero la Ley, según veremos, cuando hace valer la titularidad registral del transferente, aun contraria a la realidad jurídica, en favor del *accipiens* que inscribe, no exige, para ello, que dicho *accipiens* haya consultado el Registro, sino simplemente que de buena fe crea en la titularidad de su *auctor*»; ídem, p. 186: «No es necesario, entendemos, pese a la redacción del art. 34-2.^º, que el tercero crea precisamente en la exactitud del Registro (lo que no sería posible, a falta de asiento antecedente, en los de inmatriculación): basta que ignore la inexactitud y, a la vez, que esté convencido de que quien le transmite es titular. Es más: ni siquiera es preciso que consulte el folio [...]. Sin duda el legislador partió de la consideración de que usualmente el adquirente había consultado el Registro, pero no exigió esta consulta»; CRISTÓBAL MONTES, A., *Introducción al Derecho Inmobiliario*, Zaragoza 1986, p. 247: «La protección registral que la fe pública dispensa es independiente de que el tercer adquirente hubiere o no consultado el Registro y de que conozca o no su contenido, ya que la ley presupone que el tercer adquirente conocía los datos registrales y que negoció en base a ellos (ficción legal)»; CHICO ORTIZ, José María, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 1989, I, p. 318: «La fe pública registral actúa de tal manera que solamente se tienen en cuenta los requisitos exigidos por el art. 34 para su protección, con independencia de que el que por ellos quede protegido haya o no consultado de hecho el Registro y conozca o no su verdadero contenido»; PAU PEDRÓN, *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Madrid, 1996, pp. 11-12: «No es requisito *haber confiado en el Registro*; no lo exige la Ley [...]. Como la consulta al Registro es indiferente, al efecto de que el tercero quede protegido, no cabe alegar ignorancia del contenido registral [...]» (cva. del a.); AMORÓS, *La teoría de la publicidad...*, cit., p. 80, nota 94: «[...] hoy entendemos que, para gozar de la protección de la fe pública, no hace falta el conocimiento que deriva de la consulta del Registro (elemento subjetivo: conducta diligente del tercero protegido), ni siquiera su prueba (presunción de conocimiento que implica la posible prueba en contrario); sino que esa protección resulta de la eficacia proclamada directamente por la ley, que se basa en la posibilidad de conocimiento que desata la publicidad registral (dato objetivo no presunto)»; MONSERRAT VALEIRO, A: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid 2000, pp. 252-253. En la doctrina alemana, NUSS-BAUM, *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, trad. W. ROCES, Madrid, 1929, p. 44: «Sólo puede invocar los beneficios de la fe pública quien, fiado en la verdad del Registro, adquiera un derecho sobre el inmueble [...]. No es necesario, para esto, consultar el Registro ni conocer lo que aparezca de sus inscripciones, con tal de que se obre de acuerdo con ellas. Ni por consiguiente hay obligación de probar que el Registro se consultó»; WOLFF, *op. cit.*, p. 275: «El que en la vida práctica de aquel desconocimiento nazca generalmente una *confianza* positiva en la exactitud del Registro, constituye el último fundamento por el cual la ley establece la fe pública del Registro. Pero esa confianza positiva no

veces, incluso, en un arriesgado paso ulterior, a afirmar que ni siquiera es necesaria a los efectos de tal protección la previa inscripción del derecho del transmitente al tiempo de la adquisición: bastaría con que tal inscripción se haya producido posteriormente siempre que, siendo anterior al momento en que el adquirente inscriba el suyo, se haga posible el engarce de éste con ella²⁹⁹. Vayamos por partes. Se va demasiado lejos, a nuestro juicio, en este segundo paso ulterior: sin previa inscripción al tiempo de la adquisición, no se cumple la hipótesis prevista en el artículo 34: *el tercero... que adquiera... de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir*³⁰⁰. Es cierto que la inscripción del derecho del transmitente al tiempo en que solicita la suya el adquirente, evita a ésta el obstáculo que a su práctica opondría el principio de trato sucesivo; como es cierto, también, que, una vez practicada ésta, el Registro publicaría una adquisición válida en sí misma si al tiempo de la adquisición el transmitente era efectivamente dueño del bien o derecho inscrito. Lo que ya, en cambio, no puede afirmarse es que si tal condición no se cumple, el adquirente quede amparado por el principio de fe pública registral frente a la reclamación que el *verus dominus* pueda dirigir contra él; desde luego si la reclamación se produce tras la adquisición pero antes de su llegada al Registro; pero también cuando se produzca después, siempre que tal *verus dominus* pueda acreditar que al tiempo de produ-

es un requisito para cada caso singular»; STAUDINGER-GURSKY, ad § 892 Rz 6: «Die §§ 892, 893 schützen also nicht ein reales und nachgewiesenes, sondern nur ein **potentielles Vertrauen** auf den Grundbuchinhalt»; 114: «Darüber hinaus ist damit klargestellt, daß ein **positives Vertrauen** des Erwerbers auf den Inhalt des Grundbuches *nicht erforderlich* ist; irgendeine Kausalität des Grundbuchinhaltes für den Erwerbsentschluß ist nicht vorausgesetzt; der Erwerber wird vielmehr dann geschützt, wenn er das Grundbuch überhaupt nicht eingesehen hat» (n. y cva. del a.). En la italiana, PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 423: «La legge attribuisce alla cognoscibilità valore di conoscenza effettiva, soltanto perchè può contare sull'organizzazione dei meccanismi pubblicitari, al fine di procurarsi la conoscenza effettiva. Ma, posto ciò, la conoscenza effettiva viene relegata sullo sfondo e considerata soltanto come un antecedente storico o di fatto, dal quale il legislatore ha preso le mosse, per disciplinare l'istituto della pubblicità, e dal quale infine si è staccato, ancorandosi alla conoscibilità legale, come risultato dell'attuazione della pubblicità medesima».

²⁹⁹ SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, I, cit., p. 382: «Basta que el dispónente sea titular inscrito en el momento en que al acto o contrato se inscribe, de forma que la cadena de transmisiones se desenvuelva normalmente, cumpliéndose el art. 20 [...] Es, pues, indiferente que la previa inscripción se practique antes o después de realizarse el acto o contrato: únicamente es necesario que la inscripción se practique en forma normal y corriente». A esta opinión se adhiere MONSERRAT, A., *op. cit.*, pp. 247-252. Sobre ello, y no en forma tan decidida, CARRETERO, «Los principios hipotecarios...», cit., pp. 42-43; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 463-464.

³⁰⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 603: «¿En qué momento ha de constar ya inscrito el derecho del transferente con facultades para transmitirlo? ¿En el de la transmisión? ¿En el de la inscripción que de la adquisición haga el tercero? Si al tiempo de la transmisión el transferente no tenía inscripción a su favor, no puede invocarse, para la protección del tercer adquirente, la fuerza legitimadora del Registro. Así, pues, en el momento del contrato traslativo debe constar ya inscrito el derecho del transferente (SS de 26 febrero 1949, 24 abril 1962, 12 noviembre 1970, 23 enero 1974)».

cirse la transmisión el adquirente no pudo apoyarse en el Registro para fundar su confianza en la titularidad de su causante³⁰¹. Sería el caso, e. c., de quien se aviene a adquirir mediante venta de cosa ajena que el vendedor se propone adquirir e inscribir para facilitar al comprador su propia inscripción, y se ve alcanzado por los efectos de la resolución de la venta del *tradens* por impago del precio. En todo caso, aparte este segundo paso, ¿y en cuanto a la afirmación inicial? Es verdad que la previa consulta no aparece en el artículo 34 como requisito expreso y necesario, y que tampoco se la puede detectar como implícitamente impuesta en el de la adquisición de titular previamente inscrito³⁰², ni siquiera, *a sensu contrario*, en la concreción legal de la buena fe específicamente hipotecaria³⁰³. De hecho, pues, el tercero que, sin previa consulta al Registro y sin efectiva confianza en lo que en él se publica adquiera de quien la inscripción hace aparecer como dueño, será mantenido en su adquisición una vez que la haya inscrito en el Registro. ¿Cómo podría explicarse este resultado?

Insuficiente nos parece la pragmática respuesta de quienes, eludiendo más bien que resolviendo el problema, se limitan a decir que el caso de quien registralmente adquiere sin previa consulta al

³⁰¹ En la jurisprudencia más reciente, SSTS de 26 de junio de 1994: «[...] cuya falta de inscripción igualmente impide que la tercerista ... pueda ser considerada como tercero hipotecario, al faltar uno de los requisitos exigidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, cual es el de que el tercero adquiera algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, requisito que no concurrió en la adquisición del piso por la tercerista, por cuanto los transmitentes... no eran titulares registrales del mismo, por lo que la referida tercerista no pudo adquirir confiada en la publicidad registral, que no existía, al no figurar inscrito, repetimos, el expresado piso a nombre de los transmitentes», y de 23 de septiembre de 2004: «La protección al tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, uno de cuyos presupuestos es la adquisición del titular registral, exige que la titularidad registral exista en el momento de la perfección del contrato, no en el momento de la inscripción a favor del adquirente. Así lo expresa la Sentencia de 22 de abril de 1994 y ahora se reitera [...]. En la anterior, e. c., STS de 12 de noviembre de 1970.

³⁰² PAU PEDRÓN, *op. et loc. ant. cit.*, «No es necesario *haber confiado en el Registro*; no lo exige la Ley y no puede deducirse, como se ha pretendido –en el ámbito del Registro de la Propiedad–, del requisito de *adquirir de titular registral*, porque éste es un requisito objetivo, no subjetivo: basta con que coincida el transmisor o constituyente con el titular registral, sin que sea necesario que el tercero conozca esa coincidencia» (cvas. del a.).

³⁰³ DÍEZ-PICAZO, en la contestación al discurso de ingreso de AMORÓS en la RAJL: *La teoría de la publicidad registral y su evolución*, Madrid, 1998, pp. 201-202: «Es cierto que el párrafo segundo del art. 34 señala que “la buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro”. He aquí la frase críptica que permite pensar que si conocer la inexactitud del Registro excluye la buena fe, esta última sólo puede ser confianza en la exactitud del Registro. Sin embargo, no creo que la inteligencia del precepto deba ser tan estricta. Me parece claro que conoce la inexactitud del Registro en el sentido del art. 34, párrafo segundo, quien, aunque nunca haya consultado el Registro y no haya confiado en él especialmente, conoce aquellos hechos que hacen que el Registro sea inexacto. Conocer los hechos que hacen el Registro inexacto es lo que dice el párrafo segundo del art. 34 y no saber o tener ciencia de que el Registro es inexacto».

Registro, por su excepcionalidad y rareza, carece de relevancia³⁰⁴. Irrelevante podrá ser el caso en su consideración estadística, pero, una vez producido, ¿puede tenerse por irrelevante que en él no se cumpla el peculiar presupuesto que en la filosofía de la ley sirve de causa a la protección del tercero? Menos nos puede valer la explicación que involucra en esta materia al artículo 32 de la Ley Hipotecaria³⁰⁵. Es cierto que para la protección al tercero de acuerdo con este precepto no se requiere la previa inscripción; pero una cosa es la pura y autónoma inoponibilidad latina (art. 32 LH) y otra la fe pública registral (art. 34 LH), aunque una y otra convengan en ser manifestación, cada cual a su modo, de la llamada «eficacia ofensiva de la inscripción». Tampoco nos parecen acertadas las explicaciones que, partiendo de la innecesariedad de la efectiva confianza en la publicidad registral, terminan por sacar la justificación del efecto protector de la fe pública del Registro de la teoría de la protección de la apariencia jurídica. Ocurre ello cuando, al margen de dicha teoría, se pretende crear la de la «honrada adquisición» (*Der redliche Erwerb*)³⁰⁶ o cuando la inscripción deja de ser considerada como *fattispecie* objetiva de apariencia jurídica para pasar a ser entendida como «verdad oficial». El primero de estos intentos se nos antoja camino de muy breve andadura: ¿Qué es lo que permite proteger como *honrada* una adquisición *a non domino*?; ¿cómo puede entenderse que actúe de buena fe quien se propone adquirir

³⁰⁴ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 660: «[...] es un hecho estadísticamente comprobado, que casi nunca el adquirente deja de consultar, por sí o por otro, el contenido del Registro, sin que la excepción merezca relevancia alguna».

³⁰⁵ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 186: «No es necesario, entendemos, pese a la redacción del art. 34-2.º, que el tercero crea precisamente en la exactitud del Registro (lo que no sería posible, a falta de asiento antecedente, en los de inmatriculación): basta que ignore la inexactitud y, a la vez, esté convencido de que quien le transmite es titular. Es más: ni siquiera es preciso que consulte el folio [...]. Aduce LACRUZ en favor de su opinión la STS de 8 de mayo de 1982, pero esta sentencia se refiere al artículo 32, no al 34 de la LH: «CDO., Que en el motivo quinto, formulado subsidiariamente, se funda la defensa del recurso en la denuncia de la inaplicación de los artículos 32 de la LH y 606 del C. Civ. [...] motivo que también ha de perecer, porque si bien es cierto, y en esto el parecer de la doctrina es mayoritario, que el tercero –que lo es el que ha inscrito el art. 32 (*sic!*)– no precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que le dispensa dicho artículo, sí precisa, por el contrario, haber adquirido de buena fe, entendiéndose por tal no la confianza en el Registro sino la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa, es decir, buena fe extraregistral que equivale al desconocimiento del vicio que pueda invalidar el derecho del transferente [...]».

³⁰⁶ Ya en WOLFF, *op. cit.*, p. 274, nota 22, se decía: «Sería conveniente prescindir, en el Derecho inmobiliario, de los términos «buena y mala fe», técnicamente ya gastados, eligiendo otras expresiones (probidad, improbadidad “Redlichkeit”, “Unredlichkeit”), pero ha sido HAGER quien en su ya citada obra *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München, 1990, ha desarrollado este pensamiento, sustituyendo con la idea de la honrada adquisición la de la protección de la confianza en la apariencia. Cfr. p. 461, en conclusiones: «Auch bei Verfügungen über Liegenschaften schützt das Gesetz nicht das Vertrauen in den Grundbuchstand; privilegiert wird der Erwerber, dessen Partner ihm zur Eintragung ins Grundbuch verhelfen kann».

de quien no es titular del derecho que se pretende obtener? La exclusión de la mala fe en la adquisición *a non domino* aboca necesariamente a la idea de la apariencia jurídica, y, en nuestra opinión, no es una recomendable tendencia la que, haciéndose fuerte en excepcionales supuestos de dificultad, abandona y trata de sustituir la explicación que da certera y adecuada respuesta al *id quod plerumque accedit*. Y algo parecido puede decirse del segundo camino: o la «verdad oficial» de la inscripción es el elemento objetivo que, de acuerdo con la teoría de la apariencia, sirve de sustento a la buena fe del tercero, o el recurso a ella como clave de explicación del régimen de la inscripción y de sus protectores efectos nos lleva a la siguiente –y acaso más frecuente– justificación de la innecesidad de la efectiva consulta al Registro: la de la cognoscibilidad legal provocada por la publicidad registral. Vendría ésta, en efecto, a traducirse en una presunción *juris et de jure*, o en una ficción legal de efectivo conocimiento de lo publicado, que, como tal ficción, haría irrelevante el caso de su desconocimiento³⁰⁷. Cuadra mejor esta idea al efecto de la autónoma oponibilidad de lo inscrito

³⁰⁷ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», *Estudios...*, I, cit., p. 389: «La protección del artículo 34 de la Ley es de carácter absoluto, *juris et de jure* [...] no pueden los Tribunales, en principio, admitir prueba sobre la posibilidad de que el tercero hubiera podido averiguar la situación real de la finca. Tampoco este último necesita contrarrestar la prueba que su contrario presente para demostrar que la adquisición se ha realizado sin conocer el contenido de los libros o bajo supuestos equivocados. De la presunción pasamos a una verdadera ficción legal: el tercero para la Ley, conocía la inscripción y al adquirir la finca se confió a su amparo»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 315: «De lo que queda dicho parece resultar que la publicidad *formal* está en función de la publicidad *material*; pero, en rigor, más bien aquella está al servicio, y a la vez justifica o fundamenta, la publicidad como cognoscibilidad legal, y de la publicidad material en el sentido de *fe pública del Registro*, por ser ineludible que este principio de *fe pública* opere con independencia, o abstracción hecha, de si se ha consultado o no el Registro» (cvas. del a.); CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, p. 247: «La protección registral que la *fe pública* dispensa es independiente de que el tercer adquirente hubiere o no consultado el Registro y de que conozca o no su contenido, ya que la ley presume que el tercer adquirente conocía los datos registrales y que negoció en base a ellos (ficción legal)»; GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, p. 307: «Por contra, la introducción del requisito de la “creencia en la titularidad del transmitente”, podría llevar a la confusión de que es necesaria la consulta del Registro, pues sólo consultando ese dato se puede “creer en él”. Sin embargo, ello llevaría a la inseguridad jurídica y al casuismo de entrar en cada caso si una persona ha acudido o no a la oficina del Registro, olvidando que existe el concepto de *publicidad registral como aspecto objetivo de “cognoscibilidad legal”*», es decir que se presume conocido por todos, sin que quepa alegar ignorancia, y en consecuencia, no es un problema de “consulta de los libros”, sino de “desconocimiento de situaciones extraregistrales”» (cvas. del a); Pau, desde su concepción de la publicidad como «verdad oficial»: *Manual....* cit., pp. 11-12: «Precisamente porque la publicidad significa el ofrecimiento a los particulares de la *verdad oficial* sobre las situaciones jurídicas –de bienes y persona (físicas y jurídicas)–, el contenido de los libros es oponible a los terceros, tanto si éstos lo conocen como si no lo conocen. El conocimiento del contenido registral no es un requisito necesario para la oponibilidad (mientras que el conocimiento de un dato extraregistral sí es un hecho impeditivo de la inoponibilidad). No es necesario *haber confiado en el Registro*; no lo exige la Ley [...]. Como la consulta al Registro es indiferente al efecto de que el tercero quede protegido, no cabe alegar ignorancia del contenido registral, lo que no significa, en absoluto, que se presuma del (*sic*) conocimiento del

que a la de la fe pública registral. Puede entenderse muy bien que el tercero no pueda alegar su concreto desconocimiento de lo que, por estar publicado, es perfectamente cognoscible por todos³⁰⁸. No se comprende, en cambio, con igual facilidad –a menos que se atribuya a la inscripción un valor *a se* que la Ley no le otorga– que la inscripción por sí sola pueda justificar en favor del tercero un resultado protector que el artículo 34 de la Ley condiciona a la concurrencia de su buena fe hipotecaria³⁰⁹.

Si ninguna de las anteriores explicaciones sería bastante para justificar la aplicación del principio de fe pública registral al tercero que por no haber consultado el Registro, no pudo confiar en la publicidad de él resultante, ¿habremos de apartarnos de la común opinión, negando al tercero la protección registral? No sería ésa, a nuestro juicio, una buena solución. Nos parece más conforme a nuestro sistema entender comprendida en la protección del ordenamiento la adquisición aquí hipotizada, destacando, de una parte, su alta improbabilidad de hecho –quizá la que llevó a considerarla prácticamente irrelevante– y razonando, de otra, los argumentos que justifican su protección.

Su alta improbabilidad de hecho: En efecto, la hipótesis en estudio exige bastante más que una simple adquisición inmobiliaria sin previa consulta al Registro. Supone, por lo pronto, un tercero no tan ignaro y absolutamente despreocupado por la publicidad, que no acuda al Registro al menos para poner a su resguardo el valor de su adquisición. Exige, además, un tercero de buena fe. Nuestro ordenamiento –por sí mismo y en su inequívoca interpretación jurisprudencial– no ampararía jamás la adquisición de quien sabe adquirir de no dueño. Dicho de otro modo: los requisitos

Registro. Para que se produzca la oponibilidad basta con que exista, de un lado, calificación y trato, y de otro, cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento del contenido registral» (cvas. del a.).

³⁰⁸ Cfr. artículo 970, III del Código Civil suizo: «Die Einwendung, daß jemand eine Grundbucheintragung nicht gekannt habe, ist ausgeschlossen». *Ad rem*, en nuestra doctrina, SERRANO SERRANO, «El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo», AUV, (oct-dic 1933), núm. 17, p. 38: «El desconocimiento del contenido del Registro no puede considerarse como hipótesis posible para la protección, ya que a ello se opone el artículo 970, ya examinado».

³⁰⁹ DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 149: «S'agissant des droits et des rapports juridiques annotés, l'art. 970 al. 3 est en quelque sorte l'antithèse de l'art. 973: tandis que, d'après cette disposition, l'acquéreur de bonne foi peut se fier aux inscriptions figurant au registre foncier (ou à l'absence d'inscription), le bénéficiaire de droits réels ou d'autres droits ou rapports juridiques découlant d'une inscription ou d'une annotation peut compter que personne ne pourra exciper de son ignorance pour les mettre en question –ce qui suppose évidemment qu'ils existent juridiquement». En nuestra primitiva doctrina, SERNA, *op. cit.*, p. 635: «[...] la Ley castiga sólo al que no inscribe cuando da lugar por su apatía a que un tercero adquiera con buena fe la finca engañándose sobre quién era su dueño, pero por el contrario le protege siempre que por la inscripción hecha oportunamente ha proclamado su derecho en el Registro para conocimiento de futuros adquirentes».

necesarios para la adquisición *a non domino* transcinden el concreto supuesto de su aplicación en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y, entre ellos, uno imprescindible es la buena fe del adquirente. ¿Cómo, entonces, un tercero que cree dueño a quien le transmite, y que va a inscribir su derecho, no se preocupa por consultar el Registro ante de efectuar su adquisición? He aquí la necesidad de otro requisito en la hipótesis planteada: no hay otra respuesta razonable a la pregunta anterior: porque la titularidad de su transferente le resultaba tan clara y segura que le permitía prescindir de su comprobación registral: *notoria non egent probatione*. El transmitente, por tanto, ha de encontrarse revestido de la apariencia de titularidad que naturalmente resulta de la posesión en concepto de dueño, pública y pacífica; apariencia, además, coincidente en el caso con la que artificialmente resulta de la publicidad del Registro cuya consulta, por considerarla innecesaria, omitió el adquirente. ¿Están así enumerados todos los requisitos que integran la hipótesis? No, falta todavía uno: que, no obstante la apariencia –registral, por hipótesis, y extraregistral de su titularidad–, el transmitente no sea dueño. Si lo fuera, obviamente, el tercero adquiriría derivativamente, sin más, de acuerdo en nuestro Derecho con el sistema del título y el modo. Si en el caso propuesto se hace necesario acudir al auxilio ortopédico de la adquisición *a non domino* es porque quien aparecía como dueño y así transmitió, no lo era en la realidad de las cosas.

Necesitada normalmente de tantos requisitos, la protección registral del adquirente *a non domino* sin previa consulta al Registro, su hipótesis, aunque no imposible, resulta harto improbable. Pues bien, para esa extraña hipótesis, por más conforme al ordenamiento, ¿cuál es la mejor solución? ¿Quién es más merecedor de protección: el dueño no inscrito y que tolera indolente la posesión contradictoria de otro, o el tercero adquirente que, al amparo de la apariencia resultante de tal posesión, adquiere del dueño apparente –incluso registralmente apparente, aunque él no comprobara la inscripción a su favor– y lleva al Registro su adquisición? Para nosotros no hay duda: aparte el favor de la publicidad frente a los derechos clandestinos, en pura aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica, es el tercero quien aquí se hace merecedor de la preferente protección del ordenamiento. Y esto basta para decidir la solución del caso. En tal sentido, nosotros venimos a coincidir con la común opinión que entiende jurídicamente protegida la adquisición *a non domino* de quien, sin previa consulta al Registro y sin positiva confianza en lo en él publicado, inscribe su adquisición. ¿En aplicación literal y exclusiva del

artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque se entiende que en él no es condición necesaria la confianza en la previa inscripción?; ¿como efecto «colateral» o *per accidens* de una norma prevista –sin excluir ésta– para una hipótesis diferente? Ésa es ya cuestión distinta que no puede venir a mudar el sentido de la anterior solución. En aplicación del artículo 34, suele entenderse; pero a ello se puede objetar que la buena fe del tercero que prescinde de la consulta al Registro, no es la buena fe específicamente hipotecaria que en dicho precepto se exige³¹⁰. Seguramente es así, aunque por encima de ese reparo y en favor del tercero habría que añadir que, en todo caso, lo necesario y esencial para su protección no es tanto la consulta al Registro como la buena fe³¹¹. Quizá por ello sea lo mejor concluir en esta materia afirmando que así como antes decíamos que la previa consulta al Registro está en la filosofía del artículo 34, aunque no en su letra, ahora podemos y debemos añadir que la protección del tercero que sin previa consulta al Registro adquiere de buena fe e inscribe, no está en la letra del artículo 34, pero sí en su filosofía: en la teoría de la protección de la apariencia jurídica que le sirve de inspiración³¹².

b) Su necesario ingrediente de diligencia

Dejamos ya visto cómo la buena fe, por su intrínseca connotación moral³¹³, implica la actitud diligente del tercero. En la misma Exposición de Motivos de 1861, buena fe y diligencia aparecen expresamente como dos cualidades que, formando unidad, se exigen recíprocamente la una a la otra³¹⁴. Aunque incluso esto, según vimos, a veces haya sido negado desde posiciones quizá excesivamente teorizantes y analíticas, a nosotros nos parece una realidad evidente en la inmediatividad de su percepción por el juicio teórico-práctico propio del discurso jurídico y de la ciencia que lo razona y sistematiza. Ello supuesto, el problema que aquí se plantea es el de la determinación de la medida y alcance de tal diligencia. En

³¹⁰ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 453: «[...] el tercero es protegido en la medida en que su adquisición se ha llevado a cabo confiando en lo que el Registro publica», y 457: «La buena fe es un presupuesto de la protección registral, dado que el tercero resulta protegido en la medida en que ha contratado confiando en el Registro».

³¹¹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 175: «Lo esencial es la buena fe: no la consulta del Registro».

³¹² Más general y ampliamente, nos ocupamos de esta problemática en *La representación aparente..., cit.*, pp. 301-316.

³¹³ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 185: «[...] en el propio concepto de buena fe va ínsito siempre, en correspondencia con su fundamento ético y su condición de regla de comportamiento humano, un mínimo grado de diligencia».

³¹⁴ EM, pp. 278-279: «... y así el dolo o la incuria de unos vendría a convertirse en daño de otros que hubieran obrado de buena fe y con diligencia».

su forma más radical y más simple, la cuestión se puede proponer en torno a la siguiente pregunta: desde el punto de vista de la protección registral del tercero de buena fe: ¿debe considerarse cumplida por éste la diligencia que le es exigible por el solo hecho de que haya adoptado la precaución del consultar el Registro, o se le puede exigir algo más? Sin duda, la adquisición registral *a non domino* está necesitada del adobo de una diligencia relacionada con el Registro de la Propiedad en una doble forma: o bien sólo porque la adquisición de buena fe se lleva a él para acogerla a su amparo (supuesto excepcional de fe pública registral antes estudiado, o inmatriculación de finca por dos o más veces vendida: art. 32)³¹⁵, o bien porque el adquirente se cerciora por el Registro de la titularidad de su transferente y, una vez cumplido el proceso de su adquisición, vuelve a valerse del Registro para obtener de él su publicación³¹⁶. En todo caso, y desde el punto de vista del principio de fe pública registral, arguye de negligencia –excepción hecha del caso de notoriedad antes examinado– omitir la consulta al Registro para asegurarse sobre la titularidad del transmitente. ¿Puede, a la recíproca, entenderse que está satisfecho y cumplido el deber de diligencia por el solo hecho de haberlo consultado? En el sistema del BGB y para la doctrina alemana la respuesta es indudable: mientras la apariencia resultante de la posesión puede ser ambigua, la constituida por la publicidad del Registro debe entenderse inequívoca y suficiente³¹⁷. Lo contrario puede decirse respecto al Derecho suizo: el *conocer o poder conocer* la realidad contraria a lo publicado que impide la buena fe del tercero³¹⁸, habla por sí mismo de una diligencia cuya dosis necesaria no puede

³¹⁵ «De esta forma –decía CÁRDENAS: «Vicios y defectos de la legislación hipotecaria», *El Derecho Moderno*, XII, 1852, p. 39, refiriéndose al caso de la doble venta y a la preferencia en él del comprador que inscribe– entre dos adquirentes de igual buena fe, se limita el daño al menos diligente».

³¹⁶ STS de 14 de junio de 2000: «... para garantía de quien, confiando en la exactitud del contenido registral y sin conocimiento de realidades que pudieran desautorizarlo en orden a la titularidad que consigna, adquiere a título oneroso el derecho así registrado y lo inscribe por si mereciendo por ello la protección inherente a su buena fe y cuidado que regula el artículo 34 de la expresada Ley».

³¹⁷ STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, ad § 892 Rz 114: «Die subjektiven Voraussetzungen sind darüber hinaus in § 892 deutlich geringer als im Bereich des Mobiliarsachenrechts (§ 932 Abs 2). Dem Erwerber schadet nach § 892 nur positive Kenntnis, weil dem Liegenschaftsverkehr angesichts der generellen Verlässlichkeit des amtlich geführten Grundbuchs keinerlei Nachforschungen über eine möglicherweise vom Grundbuchinhalt abweichende dingliche Rechtslage des Grundstücks zugemutet werden sollte (s Mot III 221)». En el mismo sentido, WEIRICH, *Grundstücksrecht*, 2.^a Aufl. München, 1996, pp. 190-191. Para comprobar, con todo, cómo este criterio suscita reservas, al menos *de lege ferenda* y cómo es suavizado en su aplicación por la jurisprudencia alemana, *vid. WOLFF, op. cit.*, p. 274, nota 23.

³¹⁸ Artículo 974 CC suizo: «Ist der Eintrag eines dinglichen Rectes ungerechtfertig, so kann sich der Dritte, der den Mangel kennt oder kennen sollte, auf die Eintragung nicht berufen».

entenderse cumplida con la sola consulta al Registro³¹⁹. Esta respuesta, más matizada y templada, es, a nuestro juicio, la que mejor, y *a fortiori*, se aviene a nuestro Derecho, tan alejado del alemán en su forzadura de la publicidad registral y en la artificiosa y violenta manipulación del proceso transmisivo al servicio de aquella que en él se consagra, y diferente incluso del suizo en cuanto al valor –siempre y sólo publicador en nuestro sistema– de la inscripción registral. Con todo, no es ésta opinión pacífica en nuestra doctrina³²⁰ ni en los pronunciamientos de la jurisprudencia³²¹. Contra ella podría siempre objetarse que un Registro insuficiente por sí

³¹⁹ DESCHANUX, *op. cit.*, pp. 11-15 para una visión comparada de los distintos criterios de solución, y pp. 639-640, para el tratamiento del dato legal suizo: «Le tiers de bonne foi (ou présumé tel en l'absence de preuve du contraire) est privé de la protection qu'assure l'art. 973 s'il n'a pas appliqué «l'attention que les circonstances exigeaient de lui» (art. 3 al. 2). La loi n'exige pas un maximum d'attention –ce qui serait incompatible avec la confiance qu'on est en droit de placer a priori dans notre institution foncière de publicité. Mais le tiers doit être attentif à des faits qui, dans le cas particulier, seraient de nature à ébranler cette confiance. A cet égard, on ne peut poser de règles générales; c'est le domaine de l'appréciation (art. 4)». En nuestra doctrina, sobre el régimen suizo: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «El Código Civil suizo», *Estudios...*, I, cit., pp. 161-162: «Algo más rígido que el Código Civil alemán, el suizo declara que no puede acogerse a los beneficios de la fe pública del Registro, quien ha dejado de hacer las averiguaciones que se le pueden exigir en vista de las circunstancias»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 184: «... se considera adquirente de mala fe, no sólo al que haya tenido conocimiento de la inexactitud registral, sino también a quien la haya podido conocer».

³²⁰ En el sentido indicado en el texto, DE CASSO, *Derecho Hipotecario...*, cit., p. 201; VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe...», *Estudios...*, cit., p. 442-445; LACRUZ-SANCHO, pp. 184-185; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 602; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 458. En contra, NÚÑEZ LAGOS, «La evolución del principio de publicidad», *AAMN*, XIV, 1965, pp. 75-76; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 669-670; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 459-450; CHICO Y ORTIZ, *Estudios...* I, cit., p. 352; CANO TELLO, *Iniciación...*, cit., p. 275; MIQUEL, «La buena fe y su concrección...», cit., pp. 19-22; PAU PEDRÓN, «La teoría...», cit., p. 66.

³²¹ Podrían aquí contraponerse las Sentencias de 5 de julio de 1985 y 4 de marzo de 1988, la primera de las cuales es considerada por GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 201-202, como altamente criticable por dar lugar a la que él llama la «angustiosa buena fe», mientras que la segunda, que califica como «venerable» viene a poner las cosas en su sitio y sirve de contestación a la anterior. En la de 1985 se sostiene: «Que el principio de buena fe, reconocido para el ejercicio de los derechos subjetivos en general por el artículo séptimo, párrafo uno, del Código Civil, y para las relaciones obligatorias en particular por el artículo mil doscientos cincuenta y ocho del mismo cuerpo legal, es informador de todo el ordenamiento jurídico, que impone rechazar las interpretaciones que conduzcan a un resultado contrario a la buena fe; lo que tiene lugar, entre otros supuestos, cuando el poder en que el derecho subjetivo consiste se utiliza con una finalidad económico-social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, o se ejerce en circunstancias que lo hacen desleal según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico; y conforme a estos principios no puede considerarse actuación de buena fe [...] la que sostuvo D. ..., segundo comprador del piso discutido, cuando conociendo, como declara probado la sentencia recurrida, que dicho inmueble había sido vendido con anterioridad por el mismo comprador (*sic!*) al actual recurrente, no obstante, sin más indagación que la formalista de consultar los libros registrales, adquiere la misma cosa mediante escritura pública, a sabiendas de la inexactitud del Registro inmobiliario consultado que hacía figurar como propietario a quien en realidad no lo era; como declaró ya esta Sala en sentencia de treinta de enero de mil novecientos sesenta, el comprador no tuvo en la escritura en que fue parte un proceder recto, leal y sincero, al olvidar la normas éticas de todo contratante y suscribir una escritura de compraventa de una finca que sabía no era del vende-

mismo para proporcionar a los terceros la información necesaria para poder adquirir en condiciones de plena seguridad, sería un Registro inservible a los fines de su institución.³²²

No puede infravalorarse la fuerza de esta objeción, pero tampoco se la puede considerar decisoria. Simplemente: porque no todo

dor; por ello, el comprador recurrido no puede ampararse en el artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria, porque no procedió de buena fe, entendida en el sentido de desconocer el adquirente la existencia de una posible inexactitud registral, y extendida incluso a no omitir circunstancia ni diligencia alguna para averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente; todo lo que evidencia, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala que cita la sentencia recurrida, que al faltarle la buena fe, no puede ser protegido por la inscripción registral [...]. En cambio, en la de 1988 se afirma: «Desde luego, hay que partir siempre de la existencia de la buena fe del segundo comprador [...] que constituye el substratum sobre el que opera este fenómeno jurídico inmobiliario cuya esencia es la protección del tercero hipotecario, para no hacer una entelequia de la institución hipotecaria y una mera ilusión del que negocia con buena fe; y ciertamente, que si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan. Por ello, y en clara protección, sin remilgos, del adquirente de buena [fe] del titular registral, queda justificada la aplicación de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria [...] habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral, contando obviamente con la buena fe del comprador inscrito, que aquí en este recurso no ha sido descalificada». No obstante, en la más reciente jurisprudencia, cfr. STS de 18 de febrero de 2005: «[...] la buena fe del artículo 34 LH comprende no sólo el desconocimiento de la inexactitud registral sino también que no haya podido conocerse la situación real desplegando una mínima diligencia [...]. La buena fe no sólo significa –requiere– el desconocimiento total de la inexactitud registral, sino también la ausencia de posibilidad de conocer la exactitud (SS., entre otras, 14 de febrero de 2000; 8 de marzo de 2001; 7 de diciembre de 2004 –no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido–)».

³²² La idea parece subyacente en la obra de SERNA, *op. cit.*, p. 600, entre otros lugares, en el comentario al artículo 29 y a propósito de la oponibilidad de los derechos mencionados en el Registro, aunque no debidamente consignados en inscripción especial y separada: «No debió parecer difícil la resolución a la Comisión codificadora, fijándose en el principio cardinal de la Ley. Este es que no perjudique a tercero el acto o contrato de que no haya podido tener conocimiento *por el Registro*» (cva. n.º); también ídem, p. 622: «En esto se sigue el espíritu de la Ley y su base capital, según el cual, sin publicidad el tercero nunca puede ser perjudicado». Al respecto pueden verse en NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», cit., p. 239, las palabras de Martou, el mejor comentarista de la Ley belga –dice NÚÑEZ LAGOS– excluyendo la buena fe de entre los requisitos necesarios para la protección del tercero (de art. 32), pero válidas, *a fortiori* para incluir en dicha buena fe el ingrediente de la diligencia: «Este sistema –sin fraude– no está en armonía con los principios de la ley nueva [...]. La seguridad de los terceros ¿puede ser completa en un sistema en que sufren los efectos de los actos no inscritos porque se declare, más menos arbitrariamente, que aquellos terceros los han conocido? ¿No es abrir la puerta a contenciones infinitas el admitir que el simple conocimiento de *hecho* suple el conocimiento legal resultante de la formalidad prescrita? Este conocimiento de hecho puede nacer de circunstancias de naturaleza variada. ¿A qué medios de prueba se habrá de recurrir? ¿Qué grado de conocimiento habrán de tener los terceros de la convención precedente? Nos metemos así en una muchedumbre de dificultades, se alimenta una fuente inagotable de procesos, se suspende sobre la propiedad las incertidumbres que la ley nueva, por su finalidad, tenía precisamente que disipar».

obstáculo a la seguridad de la adquisición tiene que provenir de datos cuya constancia registral sea necesaria o posible. Hace tiempo lo captó y expresó felizmente la jurisprudencia al referirse a esa realidad contraria al Registro que, al «herir los sentidos», tiene que impedir la buena fe del tercero³²³; y lo que inicialmente fue sólo una acertada inducción jurisprudencial del sistema es hoy una verdad asentada en el texto mismo de la Ley Hipotecaria. Su artículo 36 –aunque también la interpretación doctrinal de este precepto, como se sabe, es polémica– al igual que la norma suiza, equipara al conocimiento efectivo del dato que puede alertar sobre la inexactitud del Registro, el tener «medios racionales y motivos suficientes» para conocerlo³²⁴. Necesario se hace, pues, matizar y precisar en esta materia; y, así distinguiendo, hay que comenzar dando por cierto que la consulta al Registro entra normalmente, sin duda, en la diligencia exigible al tercero que se propone adquirir con plena seguridad: «sólo podrá ser inducido a error –dirá Serna³²⁵– el que no emplee la diligencia y actividad necesarias para enterarse de lo que hay en el Registro»; pero inmediatamente hemos de añadir que dicha consulta puede no ser suficiente³²⁶. La buena fe, en su componente de diligencia, puede exigir otras «investigaciones» –dirá el mismo Serna³²⁷– ulteriores a la elemental y primaria de aquella consulta. Es que, como afirma Vallet, «la única diligencia que excusa la inscripción es el examen de la titulación»³²⁸.

³²³ Ya MORELL, «Tercero en la Ley Hipotecaria», RGLJ 1921, p. 20, podía presentar como texto en que se condensa la «doctrina repetidísima de la jurisprudencia» el siguiente: «No puede alegar su cualidad de tercero hipotecario, aquel que tiene perfecto conocimiento de las condiciones con que hubo de verificar la adquisición, aun cuando éstas no consten en el Registro, ya ese conocimiento se derive de actos realizados por el supuesto tercero, ya de hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos, cual acontece, por ejemplo, respecto a determinadas servidumbres aparentes, si bien no deben admitirse presunciones más o menos lógicas o racionales, contradictorias en realidad del esencial fundamento y alcance de los preceptos de la Ley Hipotecaria, ni cabe obligar tampoco a los interesados a que hagan un estudio jurídico de las condiciones de los bienes o derechos inscritos».

³²⁴ A favor del carácter general de esa equiparación y, por tanto, en el sentido del texto, principalmente VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe...», cit., p. 443, y LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 185, a cuya opinión se adhirieron DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 458-459 y PEÑA, *op. cit.*, p. 602. En contra, viendo en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria una norma excepcional, y en el tercero que en ella aparece un tercero distinto al del artículo 34, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 459-460; DE LA RICA Y ARENAL, «Meditaciones...», cit., p. 544-545; MIQUEL, *op. cit.*, pp. 19-22; CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, p. 352; CANO TELLO, *op. cit.*, p. 275.

³²⁵ SERNA, *op. cit.*, p. 622.

³²⁶ Resulta, por ello, matizable, a nuestro juicio, la afirmación propuesta en términos absolutos por SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 460: «Por otra parte, si acudiéramos al tipo normal de diligencia exigido en nuestro Derecho, la de un buen padre de familia, llegaríamos a la misma solución, ya que esta general diligencia está cumplida con acudir únicamente al Registro para indagar el estado jurídico de la finca o derecho real».

³²⁷ SERNA, *op. cit.*, p. 686: «El Registro que le pone de manifiesto el día exacto y próximo en que la enajenación anterior se hizo, y el menosprecio con que la finca de nuevo se enajena, serían motivos para fijar su atención y hacerle entrar en investigaciones si tuviera completa buena fe».

³²⁸ VALLET DE GOYTISOLO, *op. et loc. ant. cit.*

El más sólido argumento a favor del diligente deber de averiguación en el que, sin agotarlo, se mueve la consulta al Registro, resulta –en nuestra opinión– de la por todos reconocida excepción al principio de fe pública registral que suponen los derechos reales patentes. Justo porque su existencia se manifiesta naturalmente de forma que tiene que «herir los sentidos», han de perjudicar al tercero aunque de ellos no les haya dado noticia el Registro. Es esto algo tan natural y tan obvio, que su reconocimiento se impone incluso en Alemania, donde el sistema parece afirmar más enérgicamente la esencia exclusivamente cognitiva de la buena fe hipotecaria³²⁹, o en la doctrina que más decididamente se pronuncia en contra de la integración de la diligencia en la composición de la buena fe³³⁰. Se entiende que esta doctrina trate de forzar la explicación de esta excepción llevándola siempre a un extremoso supuesto que no tiene por qué darse siempre: en el caso, se habrían cerrado los ojos a la realidad efectivamente vista y conocida de las cosas, con lo que –se vendrá a concluir– lo que en él falla no es el deber de diligencia cuya integración en la buena fe se pretende negar, sino, de forma más radical, la misma buena fe en su exclusiva dimensión cognitiva³³¹.

No es ésta una buena explicación, al menos por dos razones: porque para dar razón de la oponibilidad, a todo trance, de los derechos reales patentes no es forzoso llegar al supuesto, posible pero no necesario, de que, efectivamente, a su vista, se hayan cerrado los ojos; y porque, cuando no es ése el caso, el supuesto de oponibilidad directa, sin el intermedio instrumental de la inscripción, desmiente el postulado de que basta desconocer la realidad diversa o contraria al Registro para quedar protegido por él frente a ella. La explicación adecuada a la peculiaridad de este caso tiene que buscarse por otro camino. Díez-Picazo lo ha trazado magistralmente en nuestra doctrina. La oponibilidad *a se* de los derechos reales patentes no supone una modificación sustancial –dice– de los principios hipotecarios, sino destacar que la buena fe de los terceros es

³²⁹ *Vid.* WOLFF, *op. cit.*, p. 278: «La fe pública del Registro *no surte efecto* en algunos casos, a saber: 1. Ciertos casos, en los que la *simple vista* de una instalación notoria y contraria al Registro se preste a hacer dudar de la confianza en aquél» (cvas. del a.); CANARIS, *op. cit.*, p. 505: «Der positiven Kenntnis gleichzustellen sind allerdings –hier wie überhaupt ganz allgemein– analog § 162 BGB die Fälle, in denen jemand „geradezu die Augen vor der wahren Rechtslage verschlossen hat“».

³³⁰ Cfr., con reticencia, MENGONI, *op. cit.*, p. 353: «Tuttavia il limite ulteriore che questa interpretazione, priva di conforto nella lettera della legge, impone al principio della pubblica fede è più teorico che pratico. Quando le circostanze di fatto parlano manifestamente contro lo stato tavolare, è verosimile non tanto che il terzo acquirente non le abbia viste per crassa negligenza, quanto che abbia chiuso gli occhi per non vederle».

³³¹ Así, MENGONI, *op. et. loc. ant. cit.*, a continuación del texto transcritto en la nota anterior: «Al momento dell'acquisto egli si trovava non tanto in uno stato di errore dipendente da colpa grave, quanto in uno stato di dubbio (non rimosso) equiparabile alla mala fede».

una exigencia necesaria para la protección de la fe pública del Registro. «La buena fe –añade– no es sólo el desconocimiento o la ignorancia, sino más que nada, un proceder o comportamiento honesto y legal. Traducido a nuestro caso –concluye– ello significa que el adquirente debe haber inspeccionado la finca, y si no lo ha hecho, no ha actuado diligentemente, y por consiguiente carece de la buena fe necesaria para resultar protegido por el Registro»³³². La misma idea con otras palabras: al adquirente registralmente protegido le es exigible la diligencia «normal en un corriente adquirente de cualquier finca», y no puede ser considerada como diligencia normal la del adquirente que no se preocupa de examinar la situación de la finca que pretende adquirir³³³. En los derechos reales patentes «se han obtenido los efectos de la publicidad sin hacerla»³³⁴, o, formulado con Bérgamo desde la teoría de la protección de la apariencia: respecto a ellos, «la realidad manifiesta de la vida se sobrepone a la apariencia formal del Registro»³³⁵.

La oponibilidad de los derechos reales patentes, sin necesidad de inscripción, nos ha llevado así al deber de inspección de la finca que la normal diligencia impone a todo adquirente razonablemente precavido y prudente³³⁶. Ahora bien, una vez comprobado tal deber, ni siquiera es necesario un nuevo paso adelante para tener que admitir la relevancia de la posesión en concepto de dueño como dato que, al manifestar una situación inmobiliaria contraria a la que el Registro publica, tendrá que alertar a quien pretende suceder en ella al titular inscrito. La posesión en concepto de dueño es uno de esos hechos que necesariamente tiene que «herir los sentidos». Imprudentemente pretendería adquirir quien, despreocupándose de ella, decidiera confiarle ciegamente a la publicidad registral. Es importante advertirlo, porque a la luz de lo dicho resulta patente que el deber de diligencia impuesto al adquirente en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria no es algo que excepcionalmente sea de aplicación solamente en el concreto supuesto que en él se regula³³⁷; sin que contra ello se pueda objetar que un tal deber de

³³² DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 346.

³³³ VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 443.

³³⁴ Así, citando a NÚÑEZ LAGOS, DÉ LA CÁMARA, «La revocación del mandato y el poder», AAMN, 1948, p. 654, y MENÉNDEZ, «La buena fe y el Registro Mercantil», *Curso de Conferencias sobre el Registro Mercantil* (año 1971). *Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España*, Madrid, 1972, p. 175.

³³⁵ BÉRGAMO LLABRÉS, *op. cit.*, p. 253.

³³⁶ En la reciente jurisprudencia, STS de 8 de marzo de 2001: «En el caso presente, ante una casa habitada que había sido objeto de complicados avatares jurídicos, el adquirente sabía o podía saber con sólo acudir a la misma, que había persona que era propietario por adquisición anterior, pese a la titularidad formal del Registro. Por lo que el motivo se desestima».

³³⁷ Así, VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 443; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 185; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 458-459.

diligencia, entendido como deber ordinario o normal, venga a impedir la función aseguradora del Registro y resulte contrario al efecto legitimador derivado de la inscripción a favor del titular registral. Dicho efecto se mantiene incólume, sostenido por la presunción *juris tantum* de exactitud de la inscripción, siempre que nada diga en su contra la realidad extraregistral, y sólo en aquellas materias que para llegar al Registro han tenido que pasar por el riguroso control de la calificación registral. De nuevo, con Vallet de Goytisolo: «la única diligencia que excusa la inscripción es el examen de la titulación»³³⁸.

Y aun es posible un paso más: el artículo 36 no exige conocimiento efectivo de la posesión contradictoria con la situación jurídico-real inscrita. Basta con que el tercero haya tenido «medios racionales y motivos suficientes» para conocerla. Volvemos al componente ético de la buena fe; a lo que ésta implica de proceder honrado y leal. ¿Cómo entender que actúa honrada y diligentemente quien, desoyendo el mensaje de esos indicios, sin intento alguno de verificación y contraste, se lanza a adquirir no ignorando la lesión que eventualmente podría irrogar al derecho ajeno?

El artículo 36, de la mano del deber de diligencia ínsito en la buena fe, nos ha llevado bastante más allá del caso claro e indiscutible de que la inscripción registral resulte contradicha por hechos que necesariamente tienen que herir los sentidos. No es cuestión ahora de volverse atrás, temerosos ante la perspectiva que por este camino se nos abre. El dato legal es cierto y su justificación no puede objetarse. Pero sí se vuelve a hacer necesario –aquí como antes, al introducir el requisito de la buena fe– reparar en lo delicado de esta materia y en la necesidad de aguzar la prudencia (*juris prudentia*) en su apreciación *super casum*. Fórmulas como la empleada por la Sentencia de 5 de agosto de 1985 al exigir al tercero, so pena de considerarlo tercero de mala fe, «no omitir circunstancia ni diligencia alguna para averiguar si existen o no vicios en la titularidad de transferente», además de objetivamente mal enfocadas, son claramente excesivas³³⁹. Atenidos a ella habría de cuestionarse qué utilidad podría el adquirente esperar del Registro de la Propiedad. La buena fe supone diligencia, y la buena fe hipotecaria no deja de ser buena fe; pero la instauración del Registro de la Propiedad como instrumento publicador de las situaciones inmobiliarias, la posibilidad de todo derecho de acceder a él libremente, y la

³³⁸ VALLET, *op. et loc. ant. cit.*

³³⁹ Excesiva, la expresión en sí misma; pero justo el fallo de la sentencia al estimarse probado en el caso que el comprador que inscribió sabía «por habérselo comunicado el primer comprador, que el piso discutido era del mismo, por haberlo adquirido con anterioridad».

presunción de exactitud de lo inscrito asentada en el rigor de la calificación, en algo tienen que aliviar los deberes de comprobación a cargo de quien –por supuesto, honradamente– se propone adquirir con plena seguridad. Es muy claro que el escueto y solo dato de la previa inscripción no puede eximir de indagaciones imperiosamente reclamadas por la evidencia de hechos contradictorios con lo que se halla inscrito; pero cuando los hechos consisten en meros indicios y, sobre todo, si éstos no son de entidad suficiente como para provocar una consistente sospecha, ¿no debe reconocerse al Registro su condición de firme soporte de la confianza razonable y prudente? He aquí cómo la apreciación de la diligencia del tercero adquirente –como, más genéricamente, la de la buena fe– consiste en una tarea cuya solución ha de confiarse al prudente juicio del aplicador del Derecho.

a') En lo así establecido sobre la diligencia como elemento naturalmente integrante de la buena fe, va ya implícita la respuesta a una de las cuestiones que en torno a ésta suele suscitarse. La buena fe hipotecaria consiste en la creencia del tercero en la exactitud del Registro o, dicho negativamente, en el desconocimiento de su inexactitud. Su contraria, la mala fe, será, por tanto, el conocimiento de la inexactitud registral. Pero entre los extremos que separan y oponen a la buena y la mala fe, nítidas y contundentes la una y la otra, puede darse, y de hecho se dará con alguna frecuencia, la gama desigual y variable de eventuales situaciones abiertas a la posibilidad de la duda: ¿En qué medida afecta esta duda a la buena fe: la excluye siempre y sin más, o es compatible con ella? Hemos dicho que la respuesta a esta pregunta ha de ir lógicamente implícita en la solución que se dé al problema de la conceptuación de la buena fe. Es muy claro que si ésta supone, además de error, diligencia, habrá de entenderse necesariamente que la actuación emprendida sin haber logrado la superación de la duda sobre su legitimidad y rectitud, en lo que tiene de negligente y despreocupada, no podrá ser considerada como actuación de buena fe³⁴⁰. ¿Qué hay al respecto en la doctrina, particularmente en la nuestra?

Produce algún desconcierto comprobar cómo, siendo en esta zona tan distinto nuestro sistema al del Derecho alemán, algunos de nuestros autores, siguiendo a la común doctrina alemana, lle-

³⁴⁰ Cfr. para la conexión de esta cuestión con la anteriormente tratada acerca de la integración de la diligencia en la buena fe, GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 315-316: «Sobre esta cuestión [el estado de duda del adquirente] se ha planteado cierta polémica, que entendemos ha de ser resuelta en el mismo sentido que la cuestión de si se exige o no diligencia, y una vez contestada esa cuestión en sentido negativo, *la duda tampoco puede determinar la mala fe hipotecaria*» (cva. del a.). En contra, MENGONI, *op. cit.*, p. 321: «Con la questione dei rapporti tra buona fede e colpa non si deve confondere la questione di compatibilità del dubbio con la buona fede».

guen a afirmar la irrelevancia de la duda en la apreciación de la buena fe³⁴¹; y que tal afirmación se haga de forma tan decidida, extremosa y absoluta que ni siquiera se la atempere introduciendo en ella los matices necesarios para evitar ponerla en conflicto con la intuición natural de las más elementales exigencias del *justum*³⁴². Nosotros creemos que, de nuevo *a fortiori*, la respuesta adecuada al problema propuesto debe ser en nuestro Derecho la misma que se sostiene por la doctrina nacida del sistema suizo: en principio, la duda impide la buena fe³⁴³; con razón, así lo entiende nuestra jurisprudencia³⁴⁴. No es necesario entrar en complicaciones para justificarlo y argumentarlo. Basta tener en cuenta que, por más que se trate de asegurar la verdad de lo inscrito, el Registro nunca puede llegar a ser infalible; y que es indeclinable condición del honesto actuar la superación de la duda, máxime cuando se percibe –como en la situaciones de duda suele ocurrir– que el mantenerse en ella siendo posible su esclarecimiento, puede llevar

³⁴¹ En la doctrina alemana: STAUDINGER-GURSKY, ad § 892, Rz 128: «Selbst erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuches begründen grundsätzlich noch nicht die Unrechtmäßigkeit»; WEIRICH, *op. cit.*, p. 193 Rz 500: «Zweifel an der Unrichtigkeit oder grobfählässige Unkenntnis genügen dafür nicht». En la nuestra, NÚÑEZ LAGOS, «La evolución del principio de publicidad», AAMN, XIV, 1965, cit., p. 76: «No se le permite [al tercero externo] dudar de la validez de lo que aparece auténticamente como válido. En el tráfico jurídico “no hay tiempo para dudar: Se cree”. Esto en interés de cada uno, en utilidad de todos. Hay como una entente tácita, para considerar como un derecho la *apariencia* de un derecho» (cva. del a.); GARCÍA-GARCÍA, *op. et loc. ant. cit.*, a pesar de que ib., p. 31, se refirió a la buena fe exigida en el artículo 34 Ley Hipotecaria como «esa buena fe especial y extraña que exige una diligencia excesiva para cualquier persona corriente»; PAU PEDRÓN, «La teoría de los principios...», cit., p. 66: «Si el tercero conoce *algunos datos* –fragmentarios e indicarios– de la realidad, discordantes con el silencio del Registro, no por eso ha de considerarse desvirtuada su buena fe» (cva. del a.). Particular es la posición de ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 675-676, quien, manifestándose, en principio, contrario a la irrelevancia de la duda en orden a la apreciación de la buena fe, admite la posibilidad de tenerla en cuenta en casos muy especiales: «En principio, salvo caso especialísimo –dice en p. 675–, tal estado de duda del tercero adquiere en orden al desconocimiento o ignorancia de la inexactitud del Registro en sentido amplio, es criterio clásico su falta de relevancia [...]», concluyendo –pág. 676– «Claro está que quien duda parece que no puede tener confianza o creencia sobre la circunstancia en que la duda recae; pero, en rigor, todo dependerá de la intensidad de la culpa».

³⁴² STAUDINGER-GURSKY, *op. et loc. ant. cit.*, «Gelegentlich ist versucht worden, die Lehre vom dolus eventialis in diesem Zusammenhang einzuführen [...]. Der Erwerber wäre danach als bösgläubig anzusehen, wenn er ernsthaft mit der Möglichkeit der Grundbuchunrichtigkeit rechnete und der Erwerb vom Nichtberechtigten billigend in Kauf nahm»; BAUR, *op. cit.*, p. 204: «In krassen Fällen grober Fahrlässigkeit sucht die Rechtsprechung mit § 826 zu helfen».

³⁴³ En la doctrina suiza, DESCENHAUX, *op. cit.*, p. 637: «Ainsi, la bonne foi de l'art. 973 suppose *et* la croyance en la légalité d'une inscription ou d'une non-inscription, *et* l'absence de raisons suffisantes d'en douter»; ídem, p. 640: «Cependant, si un acquéreur a connaissance de faits propres à faire douter de l'exactitude du registre foncier, il doit s'enquérir plus avant». En la nuestra, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 185: «Finalmente, un estado de duda fundada sobre la titularidad elimina la buena fe».

³⁴⁴ Cfr. STS de 18 de febrero de 2005: «Un fundado estado de duda en el adquirente sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente en la forma que proclama el asiento registral, elimina la buena fe (S. 7 diciembre 2004, que cita la de 14 de junio de 1988)».

ilícitamente al logro de un aprovechamiento propio a costa del derecho ajeno³⁴⁵.

Ahora bien, una vez sentado lo anterior, hay inmediatamente que matizar. Por dos razones, muy elementales también. Porque en el campo tan impreciso y desigual de la duda, es mucho lo que puede ir de duda a duda; de duda razonable y fundada a escrúpulo imaginario e inconsistente. Y porque no se puede llevar tan lejos la relevancia de la duda y la obligación de su superación que se termine por vaciar de contenido efectivo el principio de publicidad³⁴⁶. Es obvio que ese sería el resultado si se sostuviera que el más leve asomo de sospecha o de duda obliga a prescindir del Registro y a emprender, sin contar con él, la investigación que nos permita cerciorarnos de algo sobre lo que el mismo Registro está llamado a darnos puntual y completa noticia. En contra del interés general y diciéndolo con palabras de Gómez de la Serna³⁴⁷, la extremosidad nos llevaría ahora a «perturbar la confianza que es conveniente que todos presten al Registro»³⁴⁸.

En definitiva, que la duda impide la buena fe, pero que no se puede exagerar ni en la estimación de la duda ni en el deber de su superación³⁴⁹. No todo atisbo o asomo de duda, sino la duda razo-

³⁴⁵ LACRUZ-SANCHO, *op. et loc. ant. cit.*: «[...] no la tiene [se refiere a la buena fe] el adquirente que conociendo –por la situación posesoria de la finca o por otros indicios– una posible inexactitud del Registro, y en la conciencia del eventual perjuicio del verdadero titular, abusivamente realiza el cambio real; por ejemplo, si al sospechar la situación del inmueble, pudiendo con toda facilidad cerciorarse de ella, apresura la transmisión para no tener conocimiento de la falta de titularidad del causante».

Imposible no recordar aquí –privilegiada muestra de las exigencias percibidas por el recto juicio de las cosas– el diálogo entre Don Quijote y Sancho ante el hallazgo de «un buen montoncito de escudos de oro», envueltos en un «pañizuelo» en la maleta abandonada por el enajenado Cardenio en la espesura de Sierra Morena (p. I, cap. XXXIII): «Y vente ahora tras de mí poco a poco [...] quizá toparemos con aquel hombre que vimos, el cual, sin duda alguna, no es otro que el dueño de nuestro hallazgo.

A lo que Sancho respondió:

–Harto mejor sería no buscalle; porque si le hallamos y acaso fuere el dueño del dinero, claro está que lo tengo que restituir; y así fuera mejor, sin hacer esta inútil diligencia, poseerlo yo con buena fe, hasta que por otra vía menos curiosa y diligente pareciese su verdadero señor; y quizá fuera a tiempo que lo hubiese gastado, y entonces el Rey me haría franco.

–Engáñaste en eso, Sancho –respondió Don Quijote–; que ya que hemos caído en sospecha de quién es el dueño quasi delante, estamos obligados a buscarle y volvérselos; y cuando no le buscásemos, la vehemente sospecha que tenemos de que él lo sea nos pone ya en tanta culpa como si lo fuese».

³⁴⁶ «Ma solo questo limite negativo, costituito dalla conoscenza in concreto della situazione reale –dice MENGONI, *op. cit.*, p. 532–, è compatibile col principio della pubblicità, la cui essenza consiste precisamente nell'esonero dei terzi dall'accertamento della situazione giuridica dichiarata».

³⁴⁷ SERNA, *op. cit.*, p. 619.

³⁴⁸ DESCHENNAUX, *op. cit.*, p. 640: «La loi n'exige pas un maximum d'attention –ce qui serait incompatible avec la confiance qu'on est en droit de placer a priori dans notre institution foncière de publicité».

³⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 459: «Sin embargo la carga ética de diligencia del adquirente no debe tampoco exagerarse».

nable y fundada³⁵⁰, de una parte; y de otra: la duda que puede ser superada con el empleo de los medios al alcance de la normal diligencia³⁵¹. ¿Que así resuelto el problema su solución queda envuelta en márgenes muy notables de indeterminación? Lo reconocemos. Como la apreciación de la buena fe, es ésta una cuestión que necesariamente debe confiarse *super casum* al prudente juicio del aplicador del Derecho³⁵². Lo que por el temor de tal indeterminación no puede hacerse es –pretendiendo cortar por lo sano– considerar compatible con la buena fe la duda objetivamente razonable o fundada y diligentemente superable con el empleo de la normal diligencia.

b') ¿Se extiende la buena fe hipotecaria a las situaciones obligacionales relativas a la finca o al derecho inscrito? Es ésta una cuestión escasa y desigualmente tratada por nuestra doctrina, y que, en sí misma, igual podría referirse tanto al contenido material o extensión de la buena fe, como a su ingrediente interno de diligencia. Conectándola con éste, nosotros nos vamos a ocupar de ella en este lugar; y, ateniéndonos al uso común, tampoco vamos a extendernos en su tratamiento. Nos bastará tratar de esbozar las grandes líneas que, a nuestro juicio, deben marcar el sentido de su solución.

¿Impide la buena fe hipotecaria el conocimiento de situaciones obligacionales o derechos de crédito relativos al derecho inscrito, o se limita exclusivamente a los aspecto jurídico-reales que constituyen el objeto propio de la inscripción y de la publicidad inmobiliaria? Si a esta pregunta se responde en el primero de los sentidos indicados, el campo de la buena o mala fe del tercero llamado a lucrar los efectos de la fe pública registral, y el de su delicada y prudente apreciación *super casum* resultaría, claro está, notablemente más amplio que si a esa misma pregunta se respondiese en el sentido contrario. Si la buena fe no fuera impedida por el conocimiento de situaciones obligacionales, el campo de la protección registral resultaría ampliado, pero correría el peligro de poder comprender supuestos adquisitivos no merecedores de tutela jurídica,

³⁵⁰ Excesivas parecen desde este punto de vista las siguientes palabras de HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 235: «Y en cuanto existan las dudas, cualquiera sea su entidad, aunque no se haya logrado el conocimiento, falta, por un lado, el convencimiento pleno, y por otro, el presupuesto ético-social de la completa honorabilidad de la conducta. La buena fe es –podría decirse en términos metafóricos– como una ceguera, que cesa ante el más leve rayo de luz, o como una evidencia, que decae ante la sombra de la incertidumbre».

³⁵¹ LACRUZ-SANCHO, *op. et loc ant. cit.*; en la jurisprudencia, STS de 12 de marzo de 1993: «[...] lo que integra ya de por sí suficiente entidad de estado de duda fundada acerca de la verdadera titularidad, que la sentencia que se ataca acoge para desvirtuar la presunción del artículo 34 [...]».

³⁵² DESCHEAUX, *op. cit.*, p. 640: «A cet égard, on ne peut poser de règles générales; c'est le domaine de l'appréciation (art. 4)».

si es que se entiende que ésta sólo se debe brindar a las adquisiciones leales y honradas.

El dato legal comparado, por lo que hace al régimen de la fe pública registral, aparece en esta materia decidido e inequívoco. El conocimiento de lo obligacional no impide la buena fe del tercero ni en Alemania³⁵³ ni en Suiza³⁵⁴. La razón es siempre la misma: lo obligacional, por ser ajeno al Registro, no provoca la inexactitud de la previa inscripción respecto de la cual protege la fe pública registral. El argumento es más comprensible desde los presupuestos del sistema alemán, donde, como es sabido, el mecanismo de la adquisición mediante acuerdo real y abstracto (*Einigung*) permite cortar e independizar radicalmente el efecto adquisitivo respecto al contrato obligacional que remotamente lo justifica. En Suiza, en cambio, donde, como entre nosotros, la adquisición es causal, no resulta tan concluyente. Quizá por ello, en el Derecho suizo, la virtualidad de ese mismo criterio resulta sensiblemente aminorada justamente en la medida en que a las situaciones obligacionales se abre generoso camino al Registro mediante la anotación preventiva³⁵⁵. Ahora bien, la referencia a este dato últimamente apuntado no debe distraer aquí nuestra atención enturbiando la nitidez del

³⁵³ Por todos, en la doctrina alemana, STAUDINGER-GURSKY, *ad § 892, Rz 24. 6:* «Eine bloß schuldrechtliche Verpflichtung des eingetragenen Rechtsinhabers kann nie die Unrichtigkeit des Grundbuchs begründen»; sobre ello en la nuestra, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario (Orígenes, sistemas y fuentes)*, Madrid, 1924, pp. 221-222: «Sólo por lo que directa e inmediatamente atañe al estado real de la finca o derecho, se considera inexacto el Registro, y éste será, por consecuencia, el ámbito propio del principio examinado. El conocimiento de acciones personales cuyo ejercicio pueda provocar una inscripción o cancelación, o de actos otorgados por el titular que engendren obligaciones, no perjudica al adquirente, aunque una y otras sean incompatibles con el derecho adquirido».

³⁵⁴ En la doctrina suiza, por todos, DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 637-638: «Cet objet [l'objet de la bonne foi (au sens étroit) est celui-là de la foi publique: l'inscription ou la non-inscription indues d'un droit réel. C'est précisément ce caractère indu qui échappe à la connaissance (ou à la conscience) du tiers. Rappelons qu'une inscription n'est pas indue lorsqu'elle est en opposition avec une obligation simplement personnelle du propriétaire de transférer son immeuble. Peu importe aussi la connaissance d'un vice qui aurait affecté l'acquisition d'un "antépossesseur" de l'aliénateur». En la nuestra, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «El Código Civil suizo», *Estudios...*, cit., p. 162: «El conocimiento de los compromisos personales del constituyente no sirve para cualificar la adquisición»; SERRANO SERRANO, «El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo», *AUV*, oct.-dic. 1933, núm. 17, p. 38: «El conocimiento de la invalidez del Registro (mala fe) debe recaer siempre sobre un derecho real y por tanto no existe mala fe si el tercero adquirente conoce la existencia de un derecho personal tendiente a la constitución de un derecho real».

³⁵⁵ El dato legal en el ZGB, artículo 959: «Persönliche Rechte können im Grundbuche vorgenannt werden, wenn deren Vormerkung durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, wie bei Vor-und Rückkauf, Kaufsrecht, Pacht und Miete. Sie erhalten durch die Vormerkung Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte». *Vid.* sobre tales anotaciones, DESCHENAUX, *op. cit.* pp. 523 ss. y p. 559: «Le législateur, surtout ces dernières années, s'est servi du moyen de l'annotation pour rendre opposable aux tiers acquéreurs une modification apportée au régime des droits et obligations résultant d'un rapport de droit réel».

problema que estamos planteando: cuando el derecho personal accede al Registro a través de la anotación preventiva –lo que ocurre también en Alemania³⁵⁶ y, de distinta forma, en nuestro Derecho³⁵⁷– valdría en cuanto a su conocimiento o desconocimiento lo que en general se establece para el de la realidad jurídico-real inscribible. Si ahora nos preguntamos sobre la relevancia del conocimiento de lo obligacional o crediticio respecto a la buena fe hipotecaria, dicha pregunta debe entenderse referida a aquellas relaciones obligacionales que, refiriéndose mediata o finalmente al derecho inscrito, no son susceptibles de acceder al Registro y obtener de él la cognoscibilidad legal que las revista de oponibilidad *erga omnes*. Y es justamente de este dato obligacional del que la doctrina alemana y suiza afirma que, por ser ajeno al Registro, su existencia no provoca inexactitud registral, y su conocimiento no puede impedir la buena fe hipotecaria.

¿Vale esa misma afirmación para nuestro Derecho? Lo que no puede negarse es que, con carácter al menos de máxima, ha encontrado eco en nuestra doctrina³⁵⁸, y que si no llegó a recogerse y ser legalmente sancionado en la reforma de los años cuarenta, no obstante haber sido propuesto en el Proyecto Porcileos³⁵⁹, algún rastro dejó en la Exposición de Motivos de la Ley de 1944³⁶⁰. Previamen- te la había sostenido Don Jerónimo González argumentando sobre la base del artículo 1473 II del Código Civil³⁶¹ e invocando la autori-

³⁵⁶ *Vid.*, WOLFF, *op. cit.*, pp. 295 ss.

³⁵⁷ Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, III, p. 11: «El asiento de inscripción pública en general derechos reales o gravámenes de carácter real inmobiliario y sólo por excepción derechos personales, como en los casos de contratos de arrendamiento y de opción de compra. En cambio, la anotación preventiva pública indistintamente derechos reales y personales, así como situaciones jurídicas de mera proyección inmobiliaria».

³⁵⁸ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 463: «El conocimiento del adquirente que puede provocar la mala fe ha de referirse a derechos reales o a acciones o circunstancias de carácter real; el simple conocimiento de derechos de crédito, aunque vayan dirigidos a la entrega de la finca, de gestiones en curso o de tratos preliminares de una posible transmisión, no afecta a la buena fe»; LACRUZ-SANCHO, «No existe mala fe, según repetida jurisprudencia, cuando sólo se conoce la existencia de derechos de crédito, de circunstancias de carácter no real o de gestiones en curso, aunque vayan dirigidas a la entrega de una finca».

³⁵⁹ Puede verse en *Las Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, III, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pp. 6-7: «No afectará a la buena fe el conocimiento: a) De pactos o promesas de carácter obligatorio, sin transcendencia real; b) De hechos más o menos relacionados con la validez de la inscripción precedente, cuando hayan sido objeto de calificación por el Registrador, a no ser que por la condición de las personas, naturaleza de los hechos y otras circunstancias especiales estimen los Tribunales que el adquirente tenía perfecto conocimiento de la inexactitud del asiento; c) De relaciones y situaciones jurídicas que, aunque consten o puedan deducirse claramente de los asientos del Registro de la Propiedad, no hubieren ingresado en el mismo en la forma específicamente determinada por esta Ley».

³⁶⁰ «Sin embargo, no afectarán a la exactitud de los asientos los derechos no protegidos por la fe pública, ni aquellos otros cuya registración no se considera necesaria por razones sociales o por su intrínseca exteriorización».

³⁶¹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de buena fe», *Estudios...*, I, cit., p. 401: «En fin, el desprecio de los principios hipotecarios se exterioriza con cierto escándalo en la Sen-

dad de la calificación registral como razón suficiente para eximir al tercero de cualquier indagación sobre la validez del título inscrito³⁶²; todo ello para concluir que «no bastará el conocimiento de tratos en curso, ni aun de pactos o promesas de carácter obligatorio, sino que deberá alegarse por el perjudicado y probarse contra la legitimidad presuntiva del acto inscrito, la existencia de un *estado real* contradictorio o modificativo de la inscripción vigente»³⁶³.

La argumentación es muy débil. En cuanto al artículo 1473, porque dista mucho de ser una verdad inconclusa que la omisión literal de la buena fe en su segundo párrafo implique que se prescinde de su necesidad en el concreto supuesto que en él se regula; y, sobre todo, porque la materia de ese mismo párrafo, como en general la del artículo 1473, en su mejor interpretación, no es la pugna del comprador que inscribe con un mero y simple comprador anterior, sino la colisión o el conflicto entre dos adquisiciones ya consumadas³⁶⁴. No indica, por tanto, el artículo 1473.II que el conocimiento del derecho del comprador anterior a la entrega de la cosa comprada no impida la protección registral del comprador posterior que inscribe. Y, por otra parte, la credibilidad que al título inscrito adviene por efecto de la calificación registral en nada puede contribuir a la solución del problema en estudio: simple y llanamente, porque el eventual pacto o promesa de enajenar que, vinculando al titular inscrito, pudiera fundamentar el derecho personal de otro,ería, por

tencia de 13 de mayo de 1908, que, haciéndose eco de la conciencia popular y de un añejo sentir jurídico, se niega a separar los derechos reales de los personales, o, mejor dicho, los amalgama tan íntimamente en los actos adquisitivos, que desvirtúa las lógicas consecuencias del sistema inmobiliario. Si en el caso de la doble venta de la misma cosa admitimos que el primer comprador, a quien no se ha hecho tradición, adquiere tan sólo un derecho de crédito contra el vendedor, es indudable que el segundo comprador, que a sabiendas de lo ocurrido acepta y perfecciona la tradición, debe ser considerado como verdadero dueño, porque la obligación primitiva no puede hacerse efectiva contra un tercero».

³⁶² GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 404: «Tampoco podrá impugnarse una inscripción por el simple conocimiento de hechos más o menos relacionados con la validez de la precedente, sobre todo cuando han sido objeto de estudio y calificación por el Registrador. Los interesados en sostener sus pronunciamientos podrán, por el contrario, hasta invocar su ignorancia jurídica en materia tan especializada, y los Tribunales apreciarán el valor de los avisos, la seriedad y condición de las personas, la posible confabulación, el alcance de las noticias, etc., con el restrictivo criterio que impone la presunción de buena fe y la autenticidad registral» (cva. del a.).

³⁶³ Idem, p. 404. En la anterior había dicho: «Forzados a dar cartas de naturaleza en el derecho hipotecario español al principio de *buena fe*, nos creemos asimismo en el deber de encauzar esta corriente dentro de la doctrina fijada por los técnicos alemanes y suizos, acomodándola a las novedades introducidas por la repetida Ley de 21 de abril de 1909. [...] Partiendo de la *vigencia real* de los artículos 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, la reglamentación de la *buena fe* debiera circunscribirse a los supuestos de inexactitud o deficiencia del Registro; y, por lo tanto, la falta de aquel requisito se referirá al conocimiento de la extinción de los derechos reales inscrito o de la existencia de derechos reales no inscritos» (cvas. del a.).

³⁶⁴ Tenemos que remitirnos aquí a lo dicho en nuestro anterior trabajo «La inscripción en el Registro de la Propiedad...», ADC, 2001, II, pp. 180-210 para argumentar la interpretación del artículo 1473 CC.

hipótesis, posterior a la calificación y completamente ajeno a la misma. Se entiende, entonces, que nuestra doctrina, atendiendo a la peculiaridad de nuestro sistema transmisivo y de nuestra forma de toma de razón de los derechos en el Registro³⁶⁵, se haya apartado de la opinión de Don Jerónimo González. La publicación del derecho inscrito a través del título que lo fundamenta, y la posibilidad de constancia registral de las causas que lo pueden dejar sin efecto o hacer claudicante (arts. 34.I y 37 LH)³⁶⁶, hacen que en nuestro Derecho el campo del conocimiento que impide la buena fe del tercero resulte muy notablemente ampliado³⁶⁷, y que en él lleguen a comprenderse determinadas relaciones respecto al derecho inscrito que en sí mismas consideradas no llegan a constituir derechos reales autónomos³⁶⁸. La conclusión es clara: también estas relaciones, en cuanto inscribibles en nuestro Derecho, deben considerarse en él sometidas al régimen común de cognoscibilidad y oponibilidad de los derechos con posible acceso al Registro; también para ellas es de aplicación el principio de que el conocimiento extraregistral de los derechos inscribibles no inscritos impide la buena fe del tercero.

³⁶⁵ Nos hemos ocupado de ella en su peculiaridad y significado, en «Bases del Derecho de Cosas y Principios Hipotecarios», *ADC*, 1995, II, pp. 653-657.

³⁶⁶ Cossío, *op. cit.*, p. 224, después de exponer la opinión de J. González: «Sin embargo, dada la indisoluble vinculación que nuestro sistema mantiene entre el derecho inscrito y su causa obligatoria, no parece admisible tal solución, y, sobre todo, admitiendo que el tercero puede ser afectado por acciones meramente personales, cuando éstas consten explícitamente en el Registro (*vid. art. 37 de la LH*), ninguna razón existe para ponerle a salvo de ellas cuando tuviere conocimiento extraregistral de la existencia de las mismas. Por otra parte, si dichas acciones son *inscribibles* a través de la anotación preventiva de demanda, difícilmente podría admitirse la buena fe de quien tuviere noticia de su existencia» (cva. del a.); LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 188: «[...] mas no puede alegarse esto, cuando se conoce la invalidez de un contrato, para considerarse tercero frente a los efectos reales de la misma».

³⁶⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 656: «El concepto de buena fe, de tipo psicológico puro de Derecho civil, aplicado al Derecho inmobiliario registral, hay que entenderlo, por tanto, con gran amplitud, pues consiste en el *desconocimiento de la inexactitud registral o de los vicios de que pueda adolecer la titularidad registrada del transferente*, según los casos, y esta amplitud es la que ha sido acogida reiteradamente por la jurisprudencia» (cvas. del a.).

³⁶⁸ ROCA SASTRE, *op. cit.*, II, pp. 698-699: «Fuera de estos supuestos específicos de acceso registral de derechos personales [se refiere al arrendamiento y a la opción de compra], cabe señalar otros en que indirectamente derechos de tal naturaleza acceden al Registro. Dejando aparte las que hemos llamado reservas autenticadas y determinaciones o reglas de los estatutos de un edificio en régimen de propiedad horizontal, estos supuestos son los siguientes: [...] b) *Los derechos personales emanados de cargas gravámenes o afecciones de carácter real inmobiliario*. Ya hemos hablado anteriormente de estas cargas, gravámenes y afecciones que sin atribuir derecho real alguno al favorecido con ellas le invisten de un derecho personal. Pues bien, éste es otro supuesto en que en el Registro viene a constar este derecho personal, como, por ejemplo, el derecho de percibir las pensiones periódicas en los censos no enfítéticos, entre otros, pero a pesar de ello no es este derecho personal u otros accesorios el que se halla inscrito en el Registro, sino tan sólo de un modo indirecto, ya que lo que propiamente está inscrito es el gravamen, carga o afección real inmobiliaria». Nos remitimos en esta materia a lo que al respecto dijimos en «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...», *ADC*, 1998, II, pp. 438-445.

Por eso, precisamente, no se compadece con nuestro sistema de transmisión causal y toma de razón mediante inscripción circunstanciada del derecho inscrito, la radical exclusión, al modo alemán y suizo, de los derechos personales respecto del objeto material de la buena fe hipotecaria.

Pero aún se puede dar un paso adelante y plantear el problema en su más cruda y nítida manifestación. La venta anterior sin entrega, o incluso la mera promesa de transmitir, en cuanto fundamentadoras de un simple derecho personal en favor del comprador o promisario, respectivamente, ¿podrían perjudicar al tercero que, conociéndolas, pretendiera haber adquirido del todavía dueño o simple promitente? Aquí es donde parecería que el criterio alemán y suizo podría encontrar legítima aplicación en nuestro Derecho: excluidos del Registro los derechos puramente personales, su existencia no constituye inexactitud registral cuyo conocimiento impide la buena fe hipotecaria³⁶⁹. Nosotros preferimos la opinión defendida por Peña Bernaldo de Quirós: su conocimiento no impediría, quizás, la buena fe específicamente hipotecaria, pero sí la genérica buena fe que como principio general preside todo nuestro ordenamiento (art. 7 CC) y de la cual, la buena fe hipotecaria no es sino una particular concreción³⁷⁰. Entenderlo de otro modo supondría encubrir bajo un tecnicismo jurídico una operación que la sana conciencia percibe como abiertamente inmoral. He aquí cómo es ahora la dimensión ética de la buena fe, la que trae a dominios de ésta el desconocimiento de las situaciones jurídicas que, aunque de naturaleza personal o crediticia, obstan a la honradez de la adquisición que pretende acogerse al Registro.

En la actual doctrina, con todo, la rigidez del criterio alemán y suizo ha encontrado algún autorizado valedor dispuesto a defender

³⁶⁹ Además de GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 404; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 463: «Sin embargo, hay que observar que no siempre el conocimiento de la venta anterior provoca la mala fe en sentido hipotecario. Si ésta es el conocimiento de derechos reales o situaciones jurídicas de esta naturaleza, que pueden perjudicar al posterior adquirente, excluyendo en cuanto a él la protección de la fe pública; y si el contrato no basta en nuestro Derecho para transmitir el dominio, siendo preciso el elemento de la tradición, es evidente que cuando ésta falta en el primer comprador, éste no ha adquirido el derecho real y, por tanto, el contrato no tiene más que una transcendencia obligacional, cuyo conocimiento no supone mala fe».

³⁷⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 601, nota 16: [...] ¿Es de buena fe aquel comprador que cuando adquiere el inmueble conoce que la cosa había sido ya vendida, pero no entregada, a otro comprador? En rigor no hay inexactitud registral porque el mero derecho de crédito del comprador no es un derecho inscribible. Pero el adquirente no se comporta honestamente colaborando en la defraudación del derecho del comprador. Este comportamiento de mala fe debe tener relevancia, en primer lugar, por la regla impuesta en el artículo 7.-1.^o CC y porque la condena de la mala fe integra un principio general y supremo (SS. 3 abril 1968, 4 febrero 1972). También, por el deber de respeto general de los derechos ajenos, y entre ellos de los derechos de crédito (art. 1902 CC; represión del fraude de acreedores)» (cva. del a.).

con renovado brío su aplicación a nuestro sistema³⁷¹. La venta anterior sin entrega, en cuanto generadora de relación puramente obligacional y por ende ajena al Registro, no produce inexactitud registral, y su conocimiento, por tanto, no hace incurrir en situación de mala fe a quien, a sabiendas de su existencia, adquiere lo ya anteriormente vendido³⁷². Por esa misma razón, más allá del supuesto indicado, el conocimiento de lo puramente personal o crediticio no puede impedir la buena fe del tercero protegido por los grandes principios hipotecarios de inoponibilidad de lo no inscrito y de fe pública registral. Aparte ser ésta la opinión de la más autorizada doctrina –se argumenta³⁷³– los artículos 34, 37 y 29 de la Ley Hipotecaria le servirían de soporte legal en nuestro Derecho: el artículo 34, al referirse en él la buena fe al «desconocimiento de la inexactitud del Registro»³⁷⁴; el 37, al establecer, en sintonía con el artículo 11, que «el simple conocimiento de haberse aplazado el precio no implica por sí solo complicidad en el fraude»³⁷⁵; y el 29, al dejar las «menciones» fuera del ámbito de la fe pública registral, lo que *a fortiori* vendría a demostrar que el cono-

³⁷¹ *Vid.* GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 196-198, respecto al principio de inoponibilidad, y 320-321, respecto al de fe pública. Posteriormente parece haber matizado y templado esta opinión. *Vid.*, en efecto, GARCÍA-GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *cit.*, pp. 484-485: «En este punto, aunque la buena fe se ha de referir, según el artículo 34.2.^º de la Ley Hipotecaria, al desconocimiento de una *inexactitud registral*, y de ésta quedan fuera las situaciones meramente *obligacionales*, el conocimiento del tercero que determina la eliminación de su buena fe, puede referirse también a situaciones jurídicas que, aun no habiendo hecho tránsito todavía al derecho real, están en camino de provocar dicho cambio de transcendencia real (situaciones de *ius ad rem*)» (cva. del a.).

³⁷² GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 196-198, combatiendo la tesis de PEÑA, antes expuesta.

³⁷³ GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 320-321: «4.^º Porque la doctrina más autorizada ya lo había señalado así. Por ejemplo, Jerónimo GONZÁLEZ señala este concepto estricto de mala fe, entendiendo que no afecta a la buena fe el conocimiento de situaciones obligacionales, como pueden ser tratos preliminares, promesas de contratos, etc., sino que ha de tratarse del conocimiento de “relaciones jurídicas reales”» (cva. del a.).

³⁷⁴ GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, p. 320: «1.^º El texto del artículo 34 al referirse al “desconocimiento de la inexactitud del Registro”, que según los artículos 39 y 40 sólo se produce respecto a situaciones que dan lugar a eficacia *erga omnes*, como son los aspectos de la “nulidad o la resolución” o situaciones de carácter real inmobiliario. Los pactos obligacionales no suponen ninguna inexactitud del Registro y, por tanto, su conocimiento o desconocimiento es indiferente a efectos inmobiliarios» (cva. del a.). La misma idea, en p. 197.

³⁷⁵ Ídem, *ib.*, «2.^º El artículo 37 de la Ley Hipotecaria, aun contemplando un supuesto diferente –el de la rescisión en fraude de acreedores– revela claramente el criterio del legislador, pues dice que “el simple conocimiento de haberse aplazado el precio no implica por sí solo complicidad en el fraude”. Aunque se está refiriendo al “fraude de acreedores”, no cabe duda de que excluye el “simple conocimiento de aplazamiento de pago del precio”, pero es porque configura tal aplazamiento como un aspecto meramente obligacional o personal, mientras no haya sido garantizado con la condición resolutoria explícita del artículo 11 de la Ley Hipotecaria» (cva. del a.). La misma idea, antes, en p. 197.

cimiento de un dato ni siquiera inscribible no puede tener relevancia respecto a la misma fe pública registral³⁷⁶.

Vayamos por partes. Si es cierto que Don Jerónimo González mantuvo el criterio sobre el que ahora se pretender volver, no lo es menos, según ya hemos visto, que la doctrina posterior se vio en la necesidad de apartarse de él. Por otra parte, sabido es que Don Jerónimo González pretendió para nuestro sistema registral una deriva tan excesiva y forzadamente germanizante que en sus últimos años tuvo que retractarse y precaver contra ella a sus propios discípulos³⁷⁷. Es cierto, también, que el segundo párrafo del artículo 34 hace consistir la buena fe del tercero en el desconocimiento de la inexactitud registral; pero tan cierto como ello es que, según el primer párrafo de ese mismo artículo, las causas no inscritas de anulación o resolución del derecho inscrito vienen a constituir uno de los supuestos de inexactitud registral respecto de los cuales se protege al tercero. Es, como ya hemos indicado, pura consecuencia de nuestro sistema causal de transmisión y de la peculiar forma de toma de razón de los derechos reales (arts. 9 LH y 51 RH), que, por efecto de la admisión de la libre configuración de los mismos (*numerus apertus*), se adopta en nuestro ordenamiento inmobiliario. Igualmente es cierto que el artículo 37 establece que el simple conocimiento de haberse aplazado el precio no implica por sí solo complicidad en el fraude, y que según el artículo 11 «la expresión del aplazamiento del pago [...] no surtirá efectos en perjuicio de tercero a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita»; pero lo que estas disposiciones legales –hijas ambas de la reforma de los años cuarenta y especialmente desdichada la del artículo 11, por ser contraria a la originaria y general concepción de la Ley Hipotecaria e inútil en su redacción actual³⁷⁸– lo que estas disposiciones,

³⁷⁶ Ídem, *ib.*, «3.^o) Porque el artículo 29 de la Ley Hipotecaria destaca claramente que la fe pública del Registro no se extiende a las menciones, lo que significa tanto como prescindir de ellas a «efectos de la fe pública del Registro». Y utilizando el argumento *a maiore*, si respecto a un dato que consta en el Registro –la mención– no es tenido para nada en cuenta a efectos de la fe pública, con mayor razón un dato no inscribible ni inscrito (derecho obligacional) no ha de tener ninguna relevancia respecto a la fe pública registral del artículo 34» (cvas. del a.). La misma idea, antes, p. 197.

³⁷⁷ Lo cuenta NÚÑEZ LAGOS, *Don Jerónimo*, cit., p. 12: «Y otro día me aconsejaba paternalmente en un aparte en la Comisión de Códigos: "Tenga usted cuidado no germanice aun más nuestros estudios hipotecarios. Quizá yo me pasé de la raya. No se debe seguir por ahí. Hoy ya estoy de vuelta"».

³⁷⁸ El originario artículo 11 de la Ley Hipotecaria disponía en su párrafo primero: «Si la inscripción fuere de traslación de dominio, expresará ésta si se ha verificado pagando el precio al contado o a plazo: en el primer caso, si se ha pagado todo el precio o parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el pago». Lo justificaba GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 481-482: «No nos parece que pueda ponerse en duda, aun en el estado actual de nuestra legislación, que el vendedor tiene el derecho de que quede sin efecto el contrato cuando, aplazada la obligación, no le satisface el comprador, mientras éste sea

decíamos, no pueden desmentir es que, de acuerdo con los artículos 34 y 37, las acciones rescisorias, resolutorias y revocatorias cuyas causas no consten en el Registro, no podrán darse contra tercero que, de buena fe –desconociéndolas además *aliunde*– hayan inscrito sus respectivos derechos. El difícil y forzado intento de distinguir entre estas acciones unas meramente personales y otras de efectos reales, retroactivos y *ex tunc*³⁷⁹, se revela como el conato de reintroducir aquí una «inútil y utilísima cuestión de Derecho romano y patrio» que nuestro moderno Derecho se propuso superar³⁸⁰ y que la misma regulación unitaria y global de tales acciones en los indicados preceptos parece desmentir rotundamente, principalmente el artículo 37 en su último párrafo. Finalmente, el artículo 29: que si la fe pública del Registro no se extiende a la mención de los derechos susceptibles de inscripción especial y separada, y por tanto reales, mucho menos podrá alcanzar a los de naturaleza personal. Valga la afirmación, pero repárese en la distinción aquí más necesaria que nunca: el derecho real no debidamente inscrito, sino simplemente mencionado, no puede provocar el efecto protector de la fe pública registral; pero si su mención –en la amplia medida en que la admitía la Ley de 1861, y en la mucho más redu-

el poseedor de la cosa vendida [...] Mas puede suceder que el adquirente haya traspasado la finca a un tercero, y en este caso, si no existiera escrito en el Registro que estaba aplazado el pago, el ejercicio de la acción resolutoria sería imposible, porque la Ley en su artículo 36 establece que las acciones de esta clase no se den contra tercero que haya inscrito su derecho, de cuya disposición hace el artículo 37 algunas excepciones, entre las cuales ocupa el primer lugar la que se refiere a las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro. En consecuencia de esto, el artículo 38 en su disposición tercera añade, que no se rescindirán ni anularán los contratos por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta de la inscripción haberse aplazado el pago, a lo que es consiguiente que siempre que esto aparezca en la inscripción, queda a salvo la acción que tiene el vendedor de pedir la resolución del contrato, y por lo tanto, que puede quedar sin efecto el dominio transferido, aunque no se haya estipulado expresamente el pacto de resolución, porque en el hecho de estar inscrito el aplazamiento, se sobreentiendan todos los derechos que son su consecuencia legal. La Ley quiere, pues, solamente que por el silencio del Registro no se dé lugar a creer que el precio está satisfecho, que es lo que debería deducirse si nada relativo al aplazamiento se expresa en él, porque de otro modo faltaría al espíritu dominante en toda la Ley, que no permite que se convierta en perjuicio del tercer adquirente ninguna responsabilidad a que esté afecta la finca, cuando no pueda éste tener de ella conocimiento, por carecer de la publicidad que le da el Registro». Sobre su inutilidad en su redacción actual, ROCA SASTRE, *op. cit.*, II, pp. 784-785, en ésta: «Imponer esta constancia registral de los aplazamientos de pago del precio y negarle toda transcendencia registral o hipotecaria constituye un contrasentido».

³⁷⁹ GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 271-272 y 479 ss.; antes, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, I, p. 462.

³⁸⁰ La expresión entrecomillada es de GARCÍA GOYENA, *Concordancias..., cit.*, III, p. 415, quien, con alguna variante, la repite en la 416: «cuestión inútil y de meros ápices de derecho en el Romano y en el nuestro». Refiriéndose a las consecuencias del retracto convencional, y comentando el artículo 1436 del Proyecto, dice: «Por esto en el artículo 1439 [actual 1510 CC] se corta la inútil y utilísima cuestión de Derecho Romano y Patrio, sobre si la acción del vendedor es meramente personal contra el comprador, o personal y real, de modo que pueda ejercitarse contra el tercer poseedor de la cosa».

cida y especial en que todavía se la puede hoy considerar posible³⁸¹— da noticia registral de su existencia, el conocimiento de éste tendrá que impedir respecto de él el juego inmunizante de la buena fe: lo conocido perjudica al tercero; criterio éste que lo mismo debe valer para el derecho real neto y autónomo, objeto propio de la inscripción especial y separada (art. 32 LH), como para las determinaciones del mismo —cargas o limitaciones reales pasivamente y en cuanto al derecho por ellas modalizado, pero derechos activamente que no llegan a serlo de carácter real y autónomo en cuanto al favorecido— que, sin posibilidad de inscripción separada pero inscribibles como circunstancia o condición del derecho real publicable (art. 51, 6.^a, principalmente) al mismo puedan añadirse. En conclusión, pues: la peculiar forma de ser de nuestro sistema registral, y la supeditación de la protección registral a una buena fe ni tan raquíticamente concebida que se la limite a lo puramente cognitivo ni tan débilmente entendida que se la pueda esquivar y burlar mediante el recurso al artificio de ciertos tecnicismos jurídico-conceptuales, impiden que la máxima alemana y suiza sobre la irrelevancia del conocimiento de los derechos personales pueda aplicarse, puramente y sin más, en nuestro Derecho.

c') El ingrediente de diligencia necesario en la conformación de la buena fe subjetiva, nos lleva a planearnos todavía otra pregunta: ¿Resulta impedida la buena fe hipotecaria por la noticia que acerca de la situación inmobiliaria inexactamente publicada por el Registro de la Propiedad pudiera efectivamente obtenerse de otros Registros? La pregunta cobra su pleno sentido cuando se la propone pensando en los Registros de valor sustantivo, productores, por ello y en la misma medida que el Registro de la Propiedad, de la cognoscibilidad legal de los datos publicados en ellos³⁸². ¿Puede alegar desconocimiento excusable de lo no inscrito en el Registro de la Propiedad quien pudo tener conocimiento de ello tan solo

³⁸¹ Cfr. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «La mención registral: su justificación y contenido», *RCDI*, 1999, pp. 833-896.

³⁸² Queda así fuera de nuestra perspectiva la afirmación contenida en la ya vista STS de 29 de marzo de 1968, que niega la buena fe respecto a un derecho de retorno arrendatario no inscrito porque el tercero «pudo muy bien cerciorarse de estas circunstancias sin más que acudir al Registro Público de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa [...] donde consta que el Sr A. y el señor D. —que fue el vendedor— fueron requeridos por el Alcalde a los efectos de ejercitar la opción, por el retorno o por la indemnización». Pudiendo y debiendo constar el retorno arrendatario en el Registro de la Propiedad (art. 15 RH), la omisión de su constancia en él no debe obligar al tercero, en principio y como criterio general, a buscar información acerca del mismo en otros medios. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la afirmación de esta sentencia que acabamos de transcribir se hace en ella *ad maiorem abundantiam*. En el caso constaba que el tercero comprador «conocía la inexactitud de las manifestaciones del vendedor relativas a la libertad de cargas del solar que adquiría». Esto bastaba para tener por probada su falta de buena fe.

consultando lo que ese otro Registro, habiéndolo publicado, puso tan fácilmente al alcance de su conocimiento? El problema se plantea por razón de la coexistencia de diferentes Registros cuyos respectivos objetos pudieran superponerse tangencialmente de forma tal que lo inscrito en uno pudiera ser de interés en relación con lo publicado en otro como su objeto o materia principal. Es lo que respecto al Registro de la Propiedad puede ocurrir en nuestro Derecho cuando se trata, concretamente, del Registro Civil y del Registro Mercantil. Un cambio de titularidad inmobiliaria que sea efecto de una fusión de sociedades, una distinta calificación de la finca debida a la modificación del régimen conyugal de bienes, o una limitación de la capacidad dispositiva del titular registral, por ejemplo, no revelada por el Registro de la Propiedad pero publicada en el Registro Civil o en el Registro Mercantil, según sea el caso, ¿puede impedir la buena fe del tercero que en su actuación inmobiliaria confía en lo que el Registro de la Propiedad le publica y a ello exclusivamente se atiene?

El problema, apenas tratado en nuestra doctrina, tampoco ha sido objeto de muy detenida atención en la suiza. Deschenaux lo resuelve diciendo que la cognoscibilidad legal resultante de estos otros Registros impide al tercero la buena fe respecto de lo que el Registro de la Propiedad le silencia³⁸³. Solución que considera contraproducente por ser muy infrecuente la consulta a alguno de estos Registros³⁸⁴. Serrano Serrano, dando noticia del régimen registral suizo aquilataba más en él y añadía un dato de mucho interés para la solución del problema en nuestro Derecho. Es cierto que la cognoscibilidad legal resultante de otro Registro puede impedir la buena fe de quien sólo se atiene al Registro de la Propiedad, pero ello sólo ocurrirá cuando la Ley no haya previsto y dispuesto el traslado de oficio a dicho Registro de lo que, como su propia materia, se publi-

³⁸³ DESCHENNAUX, *op. cit.*, pp. 641-642: «La bonne foi de l'acquéreur selon l'art. 973 peut être écartée par les inscriptions figurant dans un autre registre. Il faut pour cela qu'elles soient censées connues le cas où elles aient une portée en matière de droits réels. C'est le cas pour le registre du commerce. Certes les inscriptions dans ce registre –qui bénéficient de la publicité dite positive (art. 933 al. I CO) –renseignent-elles avant tout sur des faits intéressant le vie du commerce. Mais certaines d'entre elles opèrent des mutations à titre universel: c'est le cas notamment en cas de fusion de sociétés anonymes [...]. Cela étant, un tiers ne peut se fier à l'inscription des immeubles au nom de l'ancienne société si, après la fusion inscrite au registre de commerce, le registre foncier n'avait pas encore été mis à jour. Une situation analogue se présente pour le registre des régimes matrimoniaux, s'il est vrai que les tiers ne peuvent se prévaloir de ce qu'ils ont ignoré une inscription qui y figure. Ainsi, l'apport en communauté d'immeubles des époux s'opère par l'inscription dans le registre ad hoc et par la publication du contrat de mariage adoptant ce régime (art. 248); dès ce moment, un tiers ne peut plus se fier au maintien dans le registre foncier de la propriété individuelle d'un époux».

³⁸⁴ DESCHENNAUX, *op. cit.*, p. 642, nota 80: «Le résultat est fâcheux, car personne (ou presque) ne consulte le registre des régimes matrimoniaux!».

ca principalmente en otro distinto³⁸⁵. En definitiva, pues, que si el Registro de la Propiedad deja de publicar algo sobre lo que podría y debería dar noticia al tercero, la publicación de ese dato en otro Registro distinto no puede impedir la buena fe de dicho tercero. El silencio del Registro de la Propiedad acerca de algo que en él pudiera constar, no arguye de negligencia al tercero que no emprende su indagación recurriendo a ese otro Registro que, como su propia materia, acaso podría publicarlo.

En nuestra opinión, éste es el criterio que, en principio, debe seguirse en nuestro Derecho, y que, aplicado en él sobre el entramado legal relativo al problema planteado, debe llevar a la inversión de su formulación en la doctrina suiza. ¿Por qué esa inversión? La razón es muy sencilla y patente: porque, rompiendo precedentes también en este punto, nuestra Ley Hipotecaria quiso hacer del Registro de la Propiedad el instrumento que, por sí mismo, diera al tercero adquirente completa seguridad sobre la operación inmobiliaria que se propusiera realizar. Para ello, lejos de limitarse a publicar lo estrictamente relativo a la situación jurídico-real de los inmuebles, admitió también como materia en él publicable todo lo que, en relación con ella, pudiera constituir presupuesto necesario de validez del acto inmobiliario que, realizado a su amparo, a él quisiera acogerse por medio de la inscripción. Aparece ello nítidamente en materia de capacidad dispositiva y de obrar del titular inscrito. Aunque la capacidad de obrar, como dependiente del estado civil de la persona, sea objeto propio del Registro Civil, el Registro de la Propiedad no va a desentenderse de ella, ya que para que el tercero pueda adquirir con plena seguridad no basta con que el transmisor sea efectivo y verdadero titular; es, además, necesario que tenga capacidad para obrar y disponer válidamente en Derecho³⁸⁶. De ahí que la Ley Hipoteca-

³⁸⁵ SERRANO SERRANO, *op. cit.*, p. 39: «Dentro de este apartado hay que examinar el papel que juegan los demás Registros en cuanto a la buena fe. Lo contenido en los demás Registros vale como conocido y destruye, por tanto, la presunción de buena fe, salvo los casos en que la ley o las Ordenanzas prevén el traslado de oficio de ciertos datos al Registro de la Propiedad en los cuales éste hace fe plena. En cuanto a saber si un bien es reservado (propio privativamente de un cónyuge) o no, el Registro es decisivo, y si un bien ha sido inscrito como reservado erróneamente a favor de la mujer y ésta lo enajena sin consentimiento del marido, el tercero puede acogerse a la protección del 973. El Registro de la Propiedad hace fe plena en cuanto a los datos que en él deben figurar, y así, si no figuran en él un tercero puede acogerse a la fe pública, aunque esos datos figuraran en el Registro de regímenes matrimoniales».

³⁸⁶ Cfr. EM 1861, p. 243: *Para adquirir con seguridad bienes inmuebles ó derechos reales, no basta que el vendedor ó el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos á otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que trasmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Solo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la ley no atendiera, pues, á que la capacidad de la persona constara en el registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido.*

ria admite a inscripción en el Registro de la Propiedad las resoluciones relativas a tal capacidad (art. 2.4.^º LH) y permita que en el mismo se anoten preventivamente las demandas dirigidas a obtenerlas (art. 42.5.^º LH). Nuestro Registro de la Propiedad, sin dejar de ser tal, es, a la vista de este dato y según decía Gómez de la Serna, un Registro «de derechos e incapacidades»³⁸⁷. La consecuencia que de aquí debe seguirse es clara. Si el Registro de la Propiedad puede y debe dar noticia de la incapacidad del titular inscrito, ¿cómo va a impedir la buena fe del tercero una inscripción de incapacidad publicada en el Registro Civil pero no practicada en el de la Propiedad³⁸⁸? Algo similar puede decirse acerca del posible influjo del matrimonio y del estatuto conyugal de los bienes sobre las titularidades y los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad. La condición de los bienes (arts. 90-96 RH), su estatuto, convencional u *ope legis* (arts. 1333 y 1436 CC), y los hechos o vicisitudes que pueden afectarles (art. 102 CC), deben constar, además de en el Registro Civil (art. 266 RRC) y en el Mercantil, en su caso (arts. 87.6.^º y 386.6.^º RRM), en el Registro de la Propiedad. ¿Cómo, pues, exigir del tercero que, para la práctica de una operación inmobiliaria, tenga que emprender en otros Registros la búsqueda de lo que debería encontrar en el Registro de la Propiedad?

De acuerdo con el criterio propuesto resolvió la STS de 26 de mayo de 1994 el problema de una adquisición inmobiliaria en la que el transmitente, un cónyuge, apoderado por el otro y en representación de éste, actuaba sobre la base de un apoderamiento extinguido al tiempo de la transmisión por consecuencia de su separación conyugal (art. 102 CC): no puede negarse la buena fe del tercero en el caso, ya que «tratándose de un negocio jurídico inmobiliario, no tenía con lógica racional que sospechar de una situación anómala en el estado civil de mandante y mandatario –marido y mujer– máxime cuando pudo muy bien [el cónyuge poderdante] no sólo anotarlo preventivamente en el Registro de la Propiedad al momento de la demanda de separación. [...] Ante esta situación –dice la sentencia– es evidente que el tercero civil de buena fe está protegido por la ley con base en la seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario, sin que pueda sufrir perjuicio por la negligencia del mandante [...] ya que los

³⁸⁷ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 221-222: «No es en el registro de estos derechos e incapacidades la propiedad lo que siempre se inscribe, aunque en unos casos la inscripción sea de un derecho en la cosa que modifique y limite la propiedad y en otros venga ésta a ser protegida poniéndose de manifiesto la verdadera situación legal de las personas y la nulidad de los actos en que tienen participación activa, o de los contratos que celebran...».

³⁸⁸ Remitimos para el desarrollo y argumentación de esta materia a lo que al respecto dejamos dicho en «El objeto de la publicidad...», cit., pp. 545-595 y, anteriormente, en *Capacidad, incapacidades y seguridad de los contratos*, Madrid, 1986, pp. 82-199, esp., 195-196.

terceros compradores se atuvieron a las circunstancias racionales del caso: posesión de poderes, declaración de su vigencia y falta de constancia en el Registro de la Propiedad de esa revocación de poderes producida *ope legis* por la sentencia de separación conyugal»³⁸⁹. La misma doctrina había sido ya mantenida en un caso distinto por la Dirección General de los Registros, en Resolución de 25 de mayo de 1984. Se trataba ahora de discernir cuál de los posibles terceros en conflicto debería ser legalmente protegido en un caso de emancipación no inscrita en el Registro Civil. En rigor, esta falta de inscripción de la emancipación nos saca del problema que aquí venimos tratando; no obstante, la Resolución va a entrar a distinguir el diferente carácter y objeto del Registro Civil y el de la Propiedad³⁹⁰, y va a sentar como doctrina que al tercero que se propone una adquisición inmobiliaria le basta atenerse a lo que respecta al titular inscrito se publique en el Registro de la Propiedad³⁹¹.

³⁸⁹ «Cuando el razonamiento del motivo, como en este caso, se apoya en los artículos 102, 2.^º y 106, ambos del Código Civil, habida cuenta de la sentencia de separación conyugal que invalida la escritura de mandato con representación, lo hace simplemente, sin parar mientes que la calificación de buena fe de los compradores, que hay que mantener aquí puesto que, aun siendo tal calificación una valoración jurídica, no han sido destruidos los hechos-base de los que se deduce tal calificación, cual es la ignorancia de la existencia de esa sentencia de separación conyugal y la consiguiente revocación de poderes que fueron subrepticiamente utilizados en la comparecencia de la escritura notarial con afirmación de su vigencia para la formalización del contrato de compraventa; ignorancia que se apoya con lógico y racional sentido de las cosas ante una tal declaración y la posesión de la escritura de mandato representativo de su marido por su mujer, sin constancia alguna en contrario en el Registro de la Propiedad, ya que dicha escritura no tuvo acceso a dicho Organismo Inmobiliario hasta el 14 de octubre de 1987, por lo que a la fecha de la escritura de compraventa todo aparecía a ojos de un tercero con una transparencia que no ha sido destruida por la prueba de una eventual connivencia entre la mujer y los terceros compradores, que, tratándose de un negocio inmobiliario, no tenían con lógica racional que sospechar de una situación anómala en el estado civil de mandante y mandatario...».

³⁹⁰ «Cdo., Que, como el Registro Civil es un Registro del estado y condición civil de la persona, y no de cada uno de los actos de gestión realizados sobre los distintos derechos subjetivos (para lo que están los Registros de bienes), es necesario referir el precepto que, según el citado art. 318 [CC] ampara al tercero, al ámbito que, según su *ratio*, le es propio y que ya ha sido señalado [...]; y, en cambio, es necesario no extender más allá el amparo que aquel precepto otorga al tercero hasta el punto de estimar incluso que, además en colisión producida entre los derechos adquiridos por aquel tercero y los adquiridos por otros en virtud de actos realizados regularmente por el emancipado mismo con arreglo a las normas que rigen su nuevo estado civil, siempre hubiera de vencer el tercero que ignoraba la emancipación y de tal modo que, en beneficio de éste, el acto realizado directamente por el emancipado hubiera de considerarse un acto viciado».

³⁹¹ «Cdo., Por el contrario, que siendo unos y otros actos –los realizados directamente por el emancipado y los realizados por el representante legal–, suficientes para la adquisición legítima de los derechos –los primeros, por su concordancia con las normas ordinarias y los segundos por una disposición excepcional protectora de terceros–, la posible colisión de los derechos debe resolverse no ya por las normas que rigen la publicidad de la capacidad o de la consiguiente potestad sustitutoria de gestión –que ya han tenido su efecto en el ámbito que le es propio– sino por las reglas ordinarias que resuelven la colisión de los derechos, según la respectiva naturaleza real o personal de los mismos y con aplicación, en su caso, de las normas que rigen la publicidad ya no del estado civil sino de los derechos mismos en los distintos Registros de bienes».

Aun cuando la estimación de la buena fe sea cuestión a resolver prudente y ponderadamente *super casum*, creemos que el criterio indicado es el que debe guiarla como norma general en nuestro Derecho. Nuestro Registro de la Propiedad no sólo se concibió y estructuró de forma tal que el folio relativo a la finca diera información completa sobre ella al interesado en adquirirla (art. 13 LH)³⁹², sino que quiso además traer a sí toda la información necesaria para su eficaz adquisición y transmisión, evitando de este modo al tercero la necesidad de ulteriores o complementarias pesquisas en cualquier otro Registro.

c) Determinación del *cuándo* en que es necesaria

El efecto protector del principio de fe pública registral presupone el desenvolvimiento de un conjunto de actuaciones que, aunque tendentes a un resultado adquisitivo cuya consumación se produce *uno ictu*, tiene que desarrollarse en el tiempo mediante la realización de actos distintos y temporalmente sucesivos. ¿Cuándo es necesaria la buena fe del tercero: cuando el mecanismo adquisitivo se pone en marcha o cuando se consuma? Y, conectada con esta

³⁹² *Vid.*, sobre ello STS de 12 de junio de 2003: «La cuestión jurídica parte de la presunción de exactitud registral, expresión de la eficacia del sistema registral, y en la misma, la presunción *juris et de jure*, plasmada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, conocida como principio de fe pública registral que protege decisivamente al adquirente que es un tercero hipotecario, haciendo que lo que no consta en la inscripción registral no le afecta, en el sentido de que se le mantiene, cuando adquiere de buena fe y a título oneroso, en su adquisición, confiando en lo que expresa el Registro. Los requisitos presupuestos para la aplicación del principio los enumera el primer párrafo de dicho artículo: adquisición de un derecho de quien aparezca en el Registro con facultades para transmitirlo, buena fe, a título oneroso e inscripción del derecho. Todos los requisitos parecen concurrir en el presente caso. Sin embargo, las sentencias de instancia le niegan el primero de ellos, ya que en el Registro de la Propiedad consta también la inscripción de las fincas reivindicadas a favor de la Fundación demandante. Lo cual es cierto, pero esta inscripción no se halla en el folio registral de la finca adquirida. Cuando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria prevé la protección *juris et de jure* al tercero hipotecario, lo hace sobre la base de que le alcanza siempre que la causa que haga ineficaz su adquisición [...] no conste en el mismo Registro, lo cual significa que no consta en el folio real de la finca en cuestión, es decir, que el tercero hipotecario confía en la transmisión y la adquisición, basado en lo que expresa el folio real de la finca objeto de su adquisición; pero no, en lo que pueda resultar del conjunto de los libros del Registro, como si se obligara a todo adquirente, si quiere ser considerado tercero hipotecario, a realizar una exhaustiva investigación para comprobar si en el Registro aparece, en otro folio real de otra finca, una causa de ineficacia que pueda alcanzar a su adquisición. Esto es lo aquí ocurrido. Los codemandados adquirieron su finca al amparo de lo que constaba en el Registro, en el folio real de la misma, y no les afecta lo que consta en unas fincas distintas que, según se ha comprobado, fueron absorbidas tabular y materialmente por S., S. A. [...] En este sentido, dice la Sentencia de 27 de marzo de 1984: “le ampara la fe pública registral que, si de una parte cubre y garantiza la extensión de los derechos reales inscritos, actúa de otra con la base que le presta la hoja registral y por tanto no obliga al tercero a una consulta general del Registro, ni siquiera a la de los asientos de otras fincas de la misma procedencia que la de su interés”».

pregunta, otra: ¿cuándo se consuma la adquisición protegida por el principio de fe pública registral: cuando el tercero adquiere –o parece adquirir– o cuando inscribe su adquisición? La formulación de estos interrogantes nos pone ya en la pista de la más adecuada y correcta formulación de la cuestión que en este punto se plantea: ¿Es la buena fe exigida al tercero un requisito de verificación instantánea, referible al momento –uno en sí, lógica y temporalmente– de la adquisición, o consiste en un estado subjetivo temporalmente duradero y concretamente coextenso con el desenvolvimiento del proceso adquisitivo en cuya sanación y mantenimiento va a cifrarse el efecto de la fe pública registral? Generalmente no es así como se propone el problema. De ordinario, el aspecto temporal de la buena fe del tercero suele plantarse con referencia a un momento determinado. La diversidad de opiniones consistirá en determinar a cuál de los posibles momentos debe referirse la buena fe. Implica este planteamiento que tal buena fe es requisito referible a un solo paso del proceso adquisitivo, y no a todo su desarrollo; lo que, a su vez, supondría dar por parcialmente resuelto el problema en la que, a nuestro juicio, es su verdadera y entera dimensión.

Planteada, pues, la cuestión, podemos avanzar ya que su solución no es pacífica en nuestra doctrina. Convendrá por ello que antes de entrar en ella ampliemos nuestra perspectiva atendiendo al Derecho comparado. En la doctrina suiza se entiende que la buena fe del tercero es referible al momento de la adquisición (art. 973 CC); momento que vendría a coincidir con el de la inscripción del derecho adquirido, ya que en Suiza, como se sabe, la inscripción es normalmente constitutiva (arts. 656 y 971-972 CC) ³⁹³. Resolver de este modo el problema, supone, además de fijar el momento en que la buena fe es necesaria, dar por supuesto que su necesidad se limita el momento temporal de la adquisición. Las particularidades que al indicado criterio puedan añadirse se refieren más a situar la buena fe en el momento de la adquisición cuando ésta no coincide con el de la inscripción, que a plantear la necesidad de su prolongación en el espacio que va del uno al otro de tales momentos ³⁹⁴. Da todo la

³⁹³ Cfr. DESCHENNAUX, *op. cit.*, p. 639: «*d) Le moment à considérer.-* La bonne foi doit en principe exister au moment de l'acquisition du droit réel ou de l'extinction de celui-ci. Quand l'acquisition ou l'extinction s'opère moyennant inscription au registre foncier, c'est au moment de la réquisition correspondante au journal qu'il faut se reporter, en raison de la rétroactivité statuée par l'art. 972 al. 2».

³⁹⁴ DESCHENNAUX, *op. et loc. ant. cit.*, «Quand l'acquisition ou l'extinction s'opère par un autre mode, on considère le moment où celui-ci produit légalement ses effets: par exemple, pour un jugement, la date de son entrée en force. En cas de transfert d'un droit réel autre que la propriété d'un immeuble (servitude personnelle cesible, droit de gage immobilier garantissant une créance) ou de constitution d'un usufruit ou d'un droit de gage mobilier sur ces droits, c'est le moment où ces actes deviennent parfaits selon les règles applicables, qui est déterminant pour juger de la bonne foi de l'acquéreur».

impresión de que el problema, quizá por reputarse sencillo, no ha atraído la atención de la doctrina ni ha provocado su discusión más detenida y a fondo. Tampoco en Alemania este mismo problema constituye hoy una cuestión disputada. El segundo párrafo del § 892 del BGB lo ha resuelto expresa e inequívocamente: si para la adquisición es necesaria la inscripción, lo decisivo es el momento en que ésta tiene lugar –retrotraído, naturalmente, al del asiento de presentación–; pero si el acuerdo transmisivo es posterior a la inscripción será al momento de aquél cuando haya de darse la buena fe del tercero³⁹⁵. También aquí la buena fe se entiende como situación que ha de darse puntual e instantáneamente en el tiempo; y también, aquí como en Suiza, ese instante es aquel en el que se completa o perfecciona el mecanismo adquisitivo, lo que normalmente ocurre al inscribirse la adquisición³⁹⁶. Ni lo que después de la adquisición pueda ocurrir cuenta ya a estos efectos (*mala fides superveniens non nocet*)³⁹⁷ ni lo que ocurriera antes tiene ya interés³⁹⁸. Lo decisivo es el momento de la inscripción, en tanto en cuanto en él se completa o perfecciona el proceso adquisitivo y se produce la adquisición.

Con este dato comparado a la vista, y teniendo en cuenta que en nuestro Derecho la inscripción no es constitutiva, nuestra doctrina vendrá a sostener que es en el momento adquisitivo previo a ella cuando el tercero ha de estar en situación de buena fe. Esta es la tesis prácticamente común entre nuestros autores³⁹⁹; la que pasa por ser también la tesis seguida por la jurisprudencia⁴⁰⁰, y la que,

³⁹⁵ § 892, 2 BGB,: «Ist zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach § 873 erforderliche Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend».

³⁹⁶ STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, ad § 892, Rz 146, 1: «[...] muß der betreffende unrichtige Buchlage jedenfalls in dem Augenblick bestanden haben, in dem sich der unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens stehende Rechtserwerb *vollendet*; also regelmäßig im Zeitpunkt der Eintragung des Erwerbers» (cva. del a.); *vid.*, también, Rz 157-161.

³⁹⁷ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, I, cit., p. 109: «[...] y el conocimiento posterior de la inexactitud no le perjudica (*mala fides superveniens non nocet*)».

³⁹⁸ STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, Rz 146, 1: «Das RG hatte früher angenommen, daß die dem Erwerber günstige unrichtige Buchlage darüber hinaus auch schon im Zeitpunkt des “den Erwerb vermittelnde Rechtsgeschäfts” (und nicht nur, wie es bei MünchKomm-WACKE Rz 58 heißt, bei der Stellung des Eintragungsantrags) gegeben gewesen sein müsse [...] Diese Erwägung war allerdings nicht tragfähig. Die Tatsache, daß § 892 nicht das Erfordernis des guten Glaubens aufstellt, sondern ungekehrt die Unredlichkeit des Erwerbers zum Hinderungsgrund für den gutgläubigen Erwerb erklärt, macht zugleich deutlich, daß der Inhalt des Gundbuches für den Entschluß des Erwerbers, das fragliche Rechtsgeschäft abzuschließen, in keiner Weise ursächlich gewesen sein muß [...]. Das RG hat sich denn auch später selbst korrigiert [...]».

³⁹⁹ La siguen, e. c., DE CASSO, *op. cit.*, pp. 201-202; COSSÍO, *op. cit.*, p. 224; VALLET, «La buena fe...», cit., pp. 449-450; PEÑA, *op. cit.*, p. 602; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 460-461; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización...*, cit., p. 173.

⁴⁰⁰ En la reciente jurisprudencia, para una aplicación de este criterio, *vid.* STS de 14 de noviembre de 2002, que engarza en una línea jurisprudencial de la que son

por fin, a punto estuvo de ser llevada al texto mismo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en el Anteproyecto Porcioletos⁴⁰¹. Tesis, no obstante, que, de entrada, ya provoca una seria y bien fundada reserva: En Alemania y Suiza tanto la adquisición derivativa ordinaria como la adquisición *a non domino* están igualmente sometidas al requisito de la inscripción; en nuestro Derecho, en cambio, la adquisición derivativa ordinaria se perfecciona y culmina, de acuerdo con el sistema del título y el modo, por efecto de la tradición que da cumplimiento al contrato. Pues bien, no siendo la adquisición sanada por la fe pública registral una adquisición derivativa ordinaria, ¿cómo situar en ella el momento adquisitivo en el de la tradición, cuando, a más de ella y como requisito imprescindible para su consumación el artículo 34 exige el paso ulterior de su inscripción? A nuestro juicio la pregunta que así acaba de formularse tiene entidad y peso suficiente para no dar por cierta e indiscutible, en tanto que común, la opinión que, distinguiendo entre adquisición e inscripción, manda atender a la primera para situar sólo en ella el «momento» en que el tercero necesita estar de buena fe para lucrar los efectos de la fe pública registral.

Antes de entrar a indagar la solución al problema será conveniente situarlo exactamente circunscribiéndolo entre sus posibles extremos. Obviamente queda fuera de él el caso de quien adquiere de titular registral y con buena fe, esto es: desconociendo la inexactitud del Registro, pero después se abstiene de inscribir. Sin la inscripción de su derecho no se puede pensar en la aplicación del principio de fe pública registral. Pero, desde los términos en que la cuestión se plantea en nuestra doctrina, tampoco cabe entender, sin más, que puesto que hasta esta segunda inscripción no hay tercero hipotecario, necesariamente tiene que ser a ese momento de la inscripción al que haya de referirse la exigencia de la buena fe. Resolver así, de entrada y sin más, supone entender que la concurrencia de los requisitos que impone el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ha de producirse simultáneamente⁴⁰²; lo cual, no obstante ser por

exponente, entra otras, las SS de 29 de marzo de 1960, 2 de julio de 1965, 31 de enero de 1975, 25 de marzo de 1988, 19 de julio y 13 de diciembre de 1989. En general, para el análisis de la jurisprudencia en este punto, CLEMENTE MEORO, «Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», en *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Valencia, 2002, pp. 139 ss.

⁴⁰¹ Puede verse en *Las Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, III, cit., p. 6: «Se estimará que ha habido mala fe cuando se acredeite que el adquirente, en el momento de la adquisición, tenía conocimiento perfecto de la inexactitud registral, aunque ignorase sus causas».

⁴⁰² CANO TELLO, *Iniciación...*, cit., p. 276: «Por nuestra parte, opinamos que debe existir también [la buena fe] en el momento de inscribirse la adquisición en el Registro, porque los requisitos del art. 34 deben ser concurrentes en el tiempo; deben darse a la vez los cuatro requisitos».

demás razonable, implicaría desde el punto de vista de la común opinión incurrir en una petición de principio. Admitiendo, pues, los términos en que tal opinión plantea el problema, vendría éste a consistir en si el requisito de la buena fe se refiere en el artículo 34 al tiempo de la adquisición o si hay que ponerlo en relación con el momento posterior de la inscripción. Para que tal problema se produzca será necesario, por tanto, que el tercero, después de llevado a efecto el acto adquisitivo de buena fe, demore la inscripción de su adquisición; en todo caso, que al solicitarla le sea ya conocida o registralmente cognoscible la inexactitud registral que ignoró al tiempo de la adquisición. ¿Puede invocar entonces el *mala fides superveniens non nocet?*; ¿cabe alegar ahora la buena fe que entonces se tuvo pero en la que ya no se puede permanecer?; ¿es posible retrotraer los efectos de la inscripción de tal forma que, sin buena fe actual, por ella quede sanada una adquisición pretendida y emprendida en situación de buena fe? Tres son las formas de solución que en nuestra doctrina se han propuesto al problema así planteado: la buena fe es necesaria y basta en el momento de la celebración del contrato de finalidad transmisiva, en el de la adquisición, o en el de la inscripción⁴⁰³. Tratemos de sopesar cada una de ellas para terminar razonando la que, a nuestro juicio, mejor se aviene a la peculiaridad de nuestro Derecho.

La buena fe, según la primera de las opiniones indicadas, sería necesaria sólo en el momento de la celebración del contrato. Es ésta, obviamente, la tesis que más reduce, desde el punto de vista temporal, el juego de la buena fe en el proceso de la adquisición. Aunque, en principio, todas la refieren a un momento temporal concreto, aquí se la sitúa en el que da comienzo al *iter* de la adquisición, permitiendo de tal forma que los que le siguen puedan producirse cuando el adquirente está ya en conocimiento de la inexactitud registral. Contaría esta tesis con el apoyo literal de algunas sentencias del Tribunal Supremo⁴⁰⁴, y ha sido doctrinalmente sostenida, algo confusamente, por Lacruz⁴⁰⁵, a cuya opinión se han sumado posteriormente García García, con mayor precisión y nuevos argumentos⁴⁰⁶, y, no tan decididamente, Monserrat Valero⁴⁰⁷. En la

⁴⁰³ CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pp. 141-142, añade una cuarta posibilidad, siguiendo a GARCÍA-GARCÍA, referir la buena fe al momento del otorgamiento del título inscribible.

⁴⁰⁴ Así la STS de 26 de febrero de 1949, que dio motivo a la nota de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas», *ADC*, 1949, pp. 1231-1244, y las de 24 de abril de 1962, 22 de noviembre de 1963 y 12 de noviembre de 1970.

⁴⁰⁵ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁰⁶ GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. esp., 349-351.

⁴⁰⁷ MONSERRAT VALERO, *op. cit.*, pp. 260-261: «Pero parece más acertado argumentar –dice– [...] que la buena fe debe existir en el momento de la creación del título y no es necesario que subsista hasta la inscripción...».

realidad, esta primera opinión no se diferenciaría mucho de la de quienes sostienen que el momento decisivo para la concurrencia de la buena fe es el de la adquisición. Realizada ésta con vista a su ingreso en el Registro, se la documentará en escritura pública (art. 3 LH), y en tal caso, no resultando de ésta lo contrario (art. 1462 CC), su otorgamiento, haciendo de tradición o entrega, vendrá a hacer coincidir el momento del contrato con el de la transmisión del derecho que con él se pretende adquirir. Pero las cosas no tienen por qué producirse siempre así. El contrato tendente a la transmisión puede también otorgarse por documento privado o incluso verbalmente, y en el rigor de esta primera opinión habría de entenderse que es a la fecha de aquél contrato a la que habría de referirse el requisito de la buena fe; claro está que añadiendo la necesidad, al menos, de que, al plantearse aquí un problema de terceros, el contrato se haya documentado y de su fecha quede constancia fehaciente (art. 1227 CC). Limitación importante y reveladora a las claras de que el puro concierto contractual y la situación subjetiva de quienes como partes lo contraen poco puede decidir cuando andan por medio intereses y derechos de terceros⁴⁰⁸.

¿Cuál es la argumentación principal de esta primera opinión? Que es entonces, en el momento del contrato, cuando se produce el acto de voluntad necesitado de la buena fe para su protección en Derecho⁴⁰⁹. Lo que ocurra antes o después carece, pues, de interés⁴¹⁰. Lo que se requiere y basta es estar de buena fe al tiempo de decidir la adquisición y concertarla. A este principal argumento se han añadido posteriormente otros dos: que si hubiera de atenderse a la adquisición, como se sostiene por los partidarios de la común

⁴⁰⁸ Cfr. al respecto, CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, p. 154, con invocación de la STS de 27 de mayo de 1959.

⁴⁰⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. et loc. ant. cit.*, «[...] el conocimiento debe existir en el momento en que la voluntad pone en movimiento el mecanismo de la creación del título inscribible, pues es entonces cuando puede influir en la formación de esa voluntad»; GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, p. 351: «2.º) Porque, *de acuerdo con la finalidad del requisito de la buena fe y su carácter de hecho intelectivo, su formación coincide con la de la declaración de voluntad negocial*, sin tener nada que ver ni con el momento de la tradición ni con el de la inscripción. [...] 4.º) *Porque desde el punto de vista «realista» y de la lógica del requisito, es mucho más adecuado referir la buena fe al momento en que se celebra el contrato, que es cuando el adquirente sopesa la situación existente y la tiene en cuenta para cerrar o no el contrato*, que atenerse a un momento posterior como el de la tradición, caso de que no coincida con aquél, pues éste responde a un momento ulterior en que ya no tiene remedio la actitud intelectiva plasmada en la firma del contrato» (cavas. del a.); MONSERRAT VALERO, *op. cit.*, p. 261: «[...] no porque en ese momento se adquiera el derecho real, sino porque en ese momento interviene la voluntad del adquirente para la adquisición del derecho real, siendo la inscripción mera consecuencia mecánica, y la tradición una consecuencia obligada».

⁴¹⁰ LACRUZ-SANCHO, *op. cit., ib.*, «La buena fe ha de tenerse, pues, en el momento de contratar, y no basta haberla tenido en otros, anteriores o posteriores: antes, no es suficiente, y después, ha precluido la oportunidad de invocar la protección del Registro».

opinión, habría que esperar, en el caso de la adquisición sanada por el principio de fe pública registral, al momento de la inscripción⁴¹¹; y que cuando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria habla de tercero que adquiere algún derecho se está refiriendo a un momento anterior a la inscripción, puesto que siendo el *modo* ajeno a la Ley Hipotecaria, hay que entender que la expresión legal se refiere al título adquisitivo, esto es: al contrato⁴¹². En nuestra opinión, ninguno de estos argumentos tiene fuerza probatoria suficiente, y contra el sentido de esta primera tesis se alzan motivos en el ordenamiento que fuerzan a rechazarla.

Decíamos antes que Lacruz, su primer valedor, la proponía confusamente. Basta en efecto atender a las líneas que le dedica para comprobar que la propone no como una alternativa a la tesis de Roca Sastre, sino conviniendo con ella y oponiéndose a la que ordena atender al momento de la inscripción. Es cierto que literalmente se refiere Lacruz al contrato, y que en su argumentación atiende a la formación de la voluntad que da vida al contrato, lo que en rigor da pie para pensar que su tesis es distinta a la que pro-pugna atender al momento de la adquisición; pero tampoco puede descartarse que cuando Lacruz razona su posición está pensando en el caso ordinario en que contrato y adquisición se producen simultáneamente con el otorgamiento de la escritura pública en que aquél se documenta (art. 1462 CC). De ser ello así, esta primera tesis habría perdido el argumento extrínseco proveniente de la autoridad de su principal valedor. Aparte ello, sostener que si, con la común opinión, se atiende al momento de la adquisición habría que situar la buena fe en la inscripción y no en la tradición, únicamente puede servir para combatir la tesis dominante pero no para fundamentar la que contra ella se propone llevando la buena fe al momento de la celebración del contrato. Por otra parte, entender que el artículo 34 se refiere al título adquisitivo y no al modo cuando habla del tercero que de buena fe adquiere algún derecho, además de forzar la letra lisa y llana del texto legal, no hace justicia a la forma en que nuestra Ley Hipotecaria se refiere a los derechos

⁴¹¹ GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 350-351: «1.º) Porque si se atiende la momento de “adquisición del derecho”, como hace la doctrina dominante, es absurdo no atender al momento de la inscripción, tanto en la hipoteca como en el supuesto del artículo 34 LH, pues en ambos casos, la inscripción opera como elemento determinante de la adquisición, mucho más que la tradición instrumental, pues en la hipoteca la tradición no existe y en las adquisiciones *a non domino* del artículo 34 LH, la tradición no tiene la fuerza suficiente para provocar tal tipo de adquisiciones».

⁴¹² GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, p. 351: «3.º) Porque, evidentemente, el artículo 34 LH se refiere a un momento anterior a la inscripción, cuando dice *adquiera algún derecho*, pero se refiere al *título adquisitivo* y no al *modo*, pues la Ley Hipotecaria se refiere a los títulos inscribibles» (cvas. del a.).

inscribibles en el Registro de la Propiedad y al modo y medio de su registración o inscripción: cuando la Ley habla de «títulos» en el artículo 2 está haciendo referencia a *la escritura en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene «en» la cosa*⁴¹³. Es indudable: si la escritura acredita el derecho de quien inscribe *en* la cosa, lo que al Registro llega y lo que al mismo interesa no es el contrato de finalidad traslativa en sí mismo, sino ese contrato en cuanto causa del derecho que por efecto de él se ha adquirido mediante la tradición instrumental operada por la escritura pública que sirve de soporte documental a la inscripción. Finalmente, pretender que la buena fe sanadora de la adquisición en aplicación del principio de fe pública registral haya de situarse en el momento del contrato, sin necesidad de prolongarse hasta la consumación del proceso adquisitivo, pondría al principio de fe pública registral en oposición con sus paralelos sistemáticos próximos y remotos. Pensamos al hablar de paralelo próximo en la adquisición mobiliaria *a non domino*. Para que ésta se pueda producir no basta con que el tercero haya contratado de buena fe sobre la cosa que se propuso adquirir; es necesario, además, que en razón de dicho contrato haya entrado en su posesión: la *posesión* de los bienes muebles adquirida de buena fe es lo que, según el artículo 464 del Código Civil, equivale al título. E igualmente, en el paralelo remoto de la adquisición *a non domino* que es la usucapción ordinaria, el justo título no pasa de ser la envoltura que justifica y da causa al dato principal y básico de la posesión (art. 1940 CC). A la vista de estos datos hay que convenir, nos parece, que sería una muy extraña forma de adquisición *a non domino* aquella que necesitara una buena fe referible sólo al contrato adquisitivo, y relevante, por tanto, antes de que por la tradición se haya entrado en la posesión de la cosa que por él se quiso adquirir.

Objetando de este modo la anterior solución, nos hemos situado ya en la posición que ha llevado a la común opinión a entender que es al momento de la adquisición al que hay que atender para calificar la situación subjetiva del tercero y exigir en él el requisito de la buena fe. Al momento de la adquisición se atiende, como vimos, en Alemania y Suiza; la diferencia consiste en que mientras en éstas la adquisición se produce normalmente al tiempo de la inscripción, en nuestro Derecho, no siendo la inscripción constitutiva, la adquisición habrá de entenderse producida cuando, en cumplimiento del contrato de finalidad traslativa, se produzca la tradición. Éste es, en

⁴¹³ La expresión es de GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 250. Sobre ella y su significado tenemos que remitirnos a nuestro estudio sobre *El objeto de la publicidad...*, cit., pp. 537-544.

sustancia, el criterio mantenido por nuestra común doctrina⁴¹⁴; criterio que se completa, particulariza o excepciona del siguiente modo: *a) Siempre*, advirtiendo que aunque sea al momento de la adquisición al que debe atenderse, para que el efecto sanante del principio de fe pública registral se produzca hay que esperar al momento de la inscripción de aquella adquisición, lo que supone atribuir a esta última –o al resultado sanante entonces nacido– el efecto retroactivo reclamado por la necesidad de su conexión con el momento temporal en que la adquisición legalmente protegida y sanada tuvo lugar⁴¹⁵. *b) Generalmente* –Roca Sastre constituye aquí la excepción–, advirtiendo que en el caso concreto de la hipoteca, al coincidir en ella la adquisición con la inscripción, es el momento de la inscripción el que cuenta⁴¹⁶. *Y, c)*: singularmente –es Vallet de Goytisolo quien lo sostiene–, excepcionando el criterio normal que ordena atender al momento de la adquisición cuando al tiempo de la inscripción, por aplazamiento total o por impago, el precio de la adquisición no haya sido satisfecho⁴¹⁷.

⁴¹⁴ ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, cit., p. 695: «Este momento [...] es en el que queda *concluso en negocio jurídico de adquisición por el tercero* [...]. Tal momento no es, pues, el de la *inscripción* [...]» (cvas. del a.); Cossío, *op. cit.*, p. 224: «El momento decisivo para determinar la buena fe, será el de la adquisición del derecho y no el de la presentación del título para su inscripción, rigiendo aquí el principio “mala fides superveniens non nocet”»; VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe...», cit., p. 449: «con lo dicho hemos localizado el momento de la adquisición a *non domino*, que es el del otorgamiento del título con valor de tradición a favor del tercero de buena fe. No, como cree SANZ, en el momento de la inscripción»; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 460: «Nosotros creemos como la doctrina general que la buena fe hay que referirla al momento de celebración del negocio adquisitivo sin que tenga que perdurar hasta el momento de la inscripción»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 602: «¿En qué momento ha de tener el adquirente buena fe? Según la jurisprudencia el adquirente debe ser de buena fe en el momento de la adquisición (tradición), sin que sea necesario que persista hasta la inscripción».

⁴¹⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 701: «La fe pública registral sólo desplegará su función protectora de tal adquisición una vez ésta haya ingresado y sido inscrita en el Registro, pero remontándose al tiempo de haberse producido el referido negocio jurídico de adquisición» (cva. del a.); DE CASSO, *op. cit.*, p. 202: «Y a éste [al tercero adquirente] ampara la inscripción con efecto retroactivo: desde que adquirió el derecho, si entonces tuvo buena fe».

⁴¹⁶ Para la referencia al problema y manteniéndose en los términos de la opinión mayoritaria, cfr. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 461: «Algunas dudas ha suscitado el negocio de constitución de hipoteca, pues como la hipoteca no se adquiere ni constituye nunca extraregistralmente, sino que en ella la inscripción es constitutiva, parece que la buena fe, ligada al momento adquisitivo, debe existir no sólo en el momento del otorgamiento de la escritura pública, sino en el momento de la inscripción». En cambio, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 702: «Nosotros creemos que es indiferente en esta cuestión que sea declarativa o constitutiva la inscripción: porque el artículo 34 de la ley Hipotecaria no distingue; porque la sentencia de 8 de abril de 1912, en materia de constitución de hipoteca, exige que la buena fe del prestamista adquirente de la hipoteca exista al tiempo de “otorgar el préstamo”; porque la razón práctica y la dogmática expuesta antes tiene idéntica aplicación cuando la inscripción sea constitutiva que cuando es declarativa; porque en nuestro sistema inmobiliario registral no es posible referirse al juego de la inscripción constitutiva de los regímenes alemán y suizo, debido a que en éstos no se da la radical separación entre el negocio adquisitivo y el Registro que impera en nuestro sistema, pues carece incluso de los dispositivos adecuados con que aquéllos cuentan; etc.».

⁴¹⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pp. 449-450: «Respecto a la primera cuestión [la determinación del momento en que el tercero adquirente debe tener buena fe] nos abona la

¿Argumentos que sirven de apoyo a esta segunda opinión? Como más general y de fondo, el ya tantas veces indicado: que es al momento de la tradición cuando se produce la adquisición necesitada de la buena fe para su protección; o que es entonces cuando se produce el acto del tráfico que la fe pública registral se propone sanar⁴¹⁸. No es sin embargo esta razón la que como decisiva esgrime Roca Sastre: lo que definitivamente cuenta, en su opinión, es la consideración «realista» de que, normalmente, sólo tras la consulta al Registro y a la vista de la información proporcionada por éste, forma el tercero su decisión de adquirir⁴¹⁹. Aparte estas razones y como refuerzo legal de la tesis, se invocará el tenor literal del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En su párrafo primero se describe la secuencia temporal de dos fases sucesivas: la de la adquisición y la de su inscripción, y es en la primera de ellas, en la de la adquisición, donde la Ley sitúa el requisito de la buena fe⁴²⁰.

solución propugnada otro argumento de justicia y equidad. Éste nos parece tan decisivo que en los casos especiales en que falle y se invierta, no dudamos que sea suficiente su falta para revolverse contra la razón técnica antes expuesta e imponerse a ella. El meollo de esta razón de justicia se halla en el hecho del pago del precio. Si éste fue satisfecho al otorgarse la enajenación o se reconoció entonces su anterior entrega, sin duda que lo justo aunará el peso de su razón a lo técnico. En cambio, en caso de aplazamiento total, la justicia estará en oposición a la técnica si el tercer adquirente pierde su buena fe antes de pagar el precio y de haber inscrito su adquisición. Ante tal conflicto, preferimos sacrificar la técnica ante la equitativa valoración de los intereses en juego».

⁴¹⁸ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 460: «[...] Ello se deduce, a nuestro juicio, de la razón de fondo de la protección del art. 34, que es la protección de la fe pública y del tráfico jurídico, que ha de cristalizar por consiguiente en el momento en que el acto de tráfico o de comercio se lleva a cabo».

⁴¹⁹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 700-701: «Nosotros creemos que la tesis de SANZ [...] se apoya en un malentendido, que es fruto de un defectuoso enfoque en el alcance del problema y de su planteamiento. Por ello creemos que primero hay que proceder a base de situarnos en el terreno puramente práctico, esto es, en la manera de producirse normalmente en la vida real quienes pretenden adquirir bienes o derechos inscritos, con la máxima seguridad posible en su futura y probable adquisición. [...] antes del otorgamiento de la correspondiente escritura o título adquisitivo, y, a veces, antes de cerrar el contrato preliminar en documento privado, *procura enterarse del estado de la finca o derecho en el Registro* por medio de la oportuna consulta a efectuar por sí mismo o por otro [...]. Esta previsión naturalmente responde a la sana idea o precaución de *no vincularse* el potencial adquirente hasta estar cierto que normalmente operará en su favor la protección del Registro, y es sólo a partir de entonces que decide en firme adquirir [...]. Esta visión *realista* es la que nos da la fórmula del buen planteamiento del tema que nos ocupa [...] sólo se trata de determinar si la buena fe requerida al tercer adquirente, ha de tenerla al otorgarse el negocio jurídico de adquisición o al inscribirse éste, y frente de tal cuestión, no cabe más remedio que concluir en que dicho tercero ha de estar *en buena fe* al tiempo de que tal negocio de adquisición se haya cerrado y consumado, con plena independencia de la mala fe sobrevenida en tal adquirente» (cvas. del a.).

⁴²⁰ ROCA SASTRE, *op. et loc. ant. cit.*, «Repetimos una vez más que el art. 34 de la Ley Hipotecaria responde a esta idea, pues en él se distinguen *dos fases*, una de *celebración y consumación del negocio jurídico de adquisición* en sí, independiente, de momento, de si el transferente es o no titular del dominio o derecho objeto de dicho negocio jurídico, y otra fase de *inscripción del mismo*, y tal precepto sitúa en la primera, mas no en la segunda, el requisito de la *buena fe* en el adquirente o, si se quiere, en quien desempeña el papel de adquirente. La inscripción no hace más que cerrar el círculo de presupuestos necesarios para que actúe la fe pública del Registro, y nada más» (cvas. del a.).

Tampoco, en nuestra opinión, estos argumentos son convincentes. El primero y más de fondo nos parece que incluso llega a tocar el terreno de lo tautológico. Sin duda hay que admitir que el momento de la inscripción no lleva en nuestro Derecho, a diferencia de lo que normalmente ocurre en el alemán y el suizo, al de la adquisición; pero concluir, desde esa consideración, en la afirmación de que la buena fe exigida al tercero por el principio de fe pública registral debe referirse al momento de la adquisición, sin necesidad de esperar al de la inscripción, implica dar por supuesto que es en ese momento cuando efectivamente se adquiere por efecto o resultado de la protección dispensada al tercero por el artículo 34, y que este mismo artículo otorga su protección sin necesidad de esperar al cumplimiento de todos los requisitos en él exigidos. Ésta es la cuestión a resolver y probar, y, a nuestro juicio, no se la razona y argumenta cuando, sin más, o por la sola razón de que en nuestro Derecho la inscripción no es constitutiva, se la considera resuelta señalando como decisivo el momento de esa misma pretendida adquisición en la que el tercero sólo será «mantenido» si en ella se cumplen los requisitos –todos– exigidos por el artículo 34. Lo dicho vale, naturalmente y de forma más clara, cuando la protección dispensada por la fe pública registral se traduce en la sanación de una adquisición *a non domino*, cuyo mecanismo, obviamente, es distinto al de la adquisición derivativa ordinaria, ésta sí, necesitada y dependiente tan sólo de la conjunción del contrato y la entrega⁴²¹; pero vale también para el caso en que la fe pública registral actúa en una adquisición *a domino* inmunizando al tercero respecto de las causas de resolución o anulación no inscritas del derecho del *tradens, verus dominus*, o frente a cargas o limitaciones dispositivas igualmente no inscritas. En estos casos no hay defecto radical de titularidad o derecho que deba ser registralmente suplido en favor del tercero adquirente, pero sí hay una situación real del derecho transmitido que, por obra de la protección registral no va a continuarse cuando su titularidad pase al tercero. Es éste un

⁴²¹ Desde este punto de vista hay que convenir con GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 350-351: «[...] si se atiende la momento de “adquisición del derecho”, como hace la doctrina dominante, es absurdo no atender al momento de la inscripción, tanto en la hipoteca como en el supuesto del artículo 34 LH, pues en ambos casos, la inscripción opera como elemento determinante de la adquisición, mucho más que la tradición instrumental, pues en la hipoteca la tradición no existe y en las adquisiciones *a non domino* del artículo 34 LH, la tradición no tiene la fuerza suficiente para provocar tal tipo de adquisiciones». Anteriormente, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 466: «Este efecto [la adquisición *a non domino*] se opera únicamente por la inscripción del título del adquirente: el momento de la adquisición, en tal supuesto, no es el del título, sino el de la inscripción»; GÓMEZ GÓMEZ, «Ámbito de aplicación...», cit., p. 571: «A mi entender, el tercero ha de continuar siéndolo de buena fe en el momento de la inscripción, y precisamente porque en este momento, y no en el de la tradición, es en el que tiene lugar verdaderamente la adquisición».

resultado abiertamente contrario a la ley del *nemo plus juris...* por la que se gobierna la adquisición derivativa de los derechos reales; un resultado, por tanto, no derivado del mecanismo ordinario de la transmisión sino del efecto, ahora inmunizante, del principio de fe pública registral, justamente el principio cuya entrada en acción supone la concurrencia de los requisitos a que lo somete el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. ¿Por qué en este caso, y en el anterior, va a ser bastante la buena fe en la adquisición, cuando en realidad la Ley sigue exigiendo tras ella el requisito de su inscripción, y cuando sin dicha inscripción la adquisición protegida no va a producirse en los términos en que la Ley la va a dar por buena en favor del tercero? Todo lo que no sea responder fundadamente a esta pregunta, limitándose la respuesta a señalar al momento de la adquisición por la sola razón de que en nuestro Derecho la inscripción no es constitutiva, tiene mucho, a nuestro juicio, de pura petición de principio. La cuestión no es ésa. La verdadera cuestión consiste en razonar por qué en una adquisición no derivativa ordinaria y necesitada de inscripción, la buena fe puede bastar en el momento llamado de la adquisición (momento en el cual la adquisición no se logra por no ser entonces consecuencia del mero concurso del contrato y la entrega), sin que se imponga hacerla llegar al momento en que, por la concurrencia de todos los requisitos legalmente exigidos para su producción –el último de ellos, la inscripción– se haya completado el presupuesto normativo de la adquisición registral *a non domino* o, más ampliamente hablando, de la adquisición protegida por la fe pública registral.

Ni el planteamiento o el argumento «realista» de Roca Sastre resuelve mucho más. Simplemente, porque su filosofía nos devuelve a la opinión anterior: a la tesis que requiere la buena fe sólo en el momento de la celebración del contrato tal como vimos en Lacruz y como a veces literalmente se dice en la jurisprudencia. Lo dicho anteriormente acerca de esta opinión, nos exime ahora de tener que volver sobre ello.

Algo parecido cabe decir de la justificación de la tesis común atendiendo a la razón de que es en el momento de la adquisición cuando se produce el acto del tráfico que el principio de fe pública se propone proteger. Es verdad: entonces se produce el acto a proteger; pero también es cierto que la sola producción del acto protegible, sin su posterior inscripción, no basta para que la Ley despliegue su intervención protectora. Con la producción de la pretendida adquisición se ha producido, efectivamente, el acto protegible, pero no se ha culminado el mecanismo legal requerido para su protección.

Sólo queda, pues, el argumento consistente en el tenor redaccional del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La buena fe se referiría en él a la primera fase de la serie temporal en que se desenvuelve el mecanismo protector de la fe pública registral: a la adquisición, no siendo necesaria, por tanto, en la fase segunda o de la inscripción. También este argumento es susceptible de ser objetado. No es que no pueda hacerse la lectura *ad pedem litterae* que se ha indicado; lo que no puede darse por seguro y averiguado es que la redacción del precepto responda realmente a la finalidad de recluir la buena fe en el momento de la adquisición. Muy bien podría ocurrir que se haya debido a razones pura y exclusivamente de estilo, perfectamente explicables cuando se hace necesario indicar una serie numerosa y compleja de requisitos en la tersura grammatical de un breve párrafo. Por otra parte y en todo caso, la sola literalidad del texto legal puede entenderse insuficiente al fin que se persigue. La adquisición del tercero no resultará protegida sino «una vez» que éste haya «inscrito su derecho». Quiere ello decir que para nada cuenta toda la fase anterior si no se llega a la siguiente; que la adquisición de buena fe no basta si tal adquisición no se inscribe: ¿Permaneciéndose en la buena fe al tiempo de inscribir, o bastando haber estado en ella al momento pretendidamente adquisitivo de la entrega que acompaña o sigue al contrato? A nuestro juicio, se concede mucho al tenor literal de la Ley cuando en él quiere fundarse el sentido de la respuesta⁴²².

Frente a las indicadas razones, dos argumentos se alzan contra la tesis común: uno de coherencia extrarregistral sistemática, y otro específicamente registral. El primero: si la adquisición *a non domino* es una especie de usucapión inmediata, y si en la usucapión la buena fe necesita ser llevada desde el momento pretendidamente adquisitivo hasta la consumación del plazo temporal necesario de permanencia en la posesión, ¿por qué razón en la adquisición registral *a non domino* va a bastar que la buena fe se dé sólo en el primer momento y que no sea necesaria su prolongación en tanto no se complete y culmine el presupuesto legal de su protección⁴²³? Y el segundo, exclusivamente registral y, por cierto, advertido pero no resuelto –en

⁴²² Sobre la insuficiencia de la letra del artículo 34 para sobre ella argumentar una respuesta cierta, *vid.* GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.*, pp. 1234-1236.

⁴²³ Así, GÓMEZ GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 571-572: «Refuerza este punto de vista el paralelismo y semejanza existente entre la posesión *ad usucapióinem* y la inscripción en el principio de fe pública. Y tratándose de la prescripción ordinaria [...] para que ésta se consuma *[sic]* es necesario que el prescribiente conserve la buena fe durante todo el tiempo de posesión, según se desprende del artículo 435 del Código Civil en relación con el 1951 del mismo Cuerpo legal [...]. Por tanto, tratándose de la “prescripción instantánea” que la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria entraña, se precisa que el tercero se halle en situación de buena fe en el momento de la inscripción, ya que ésta equivale al plazo de posesión en la prescripción ordinaria».

nuestra opinión– por los partidarios de la tesis común⁴²⁴: por muy de buena fe que haya actuado el tercero cuando creía adquirir, si antes de que inscriba llegara al Registro otra adquisición incompatible con ella, o se produjera una anotación preventiva relativa al derecho del transmitente, tal tercero se verá en la imposibilidad de inscribir lo que creía haber adquirido, o en la necesidad de tener que estar a lo que resulte acerca del derecho preventivamente anotado. Es que, sobre el estado de conocimiento al tiempo de contratar prevalece siempre la información registral inmediatamente anterior al momento de la segunda inscripción⁴²⁵. Implica ello, de una parte, que, como sostuvo Sanz Fernández y viene aplicando la jurisprudencia, no es posible en nuestro Derecho hacer jugar retroactivamente a la inscripción llevando su efecto sanante a la fecha del título adquisitivo⁴²⁶; y, de otra, que contra lo pretendido por González Enriquez, tampoco es posible disociar dentro del juego del artículo 34 de la Ley Hipotecaria un primer momento adquisitivo, perteneciente al mundo germá-

⁴²⁴ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 701: «No cabe duda que mientras el tercero no inscriba su título adquisitivo de un *non dominus* el *verus dominus* podrá reivindicarle la finca comprada; pero éste no es el caso, pues no cabe siquiera dudar de que así será. La cuestión es otra, pues sólo se trata de determinar si la buena fe requerida al tercer adquirente, ha de tenerla al otorgarse el negocio jurídico de adquisición o al inscribirse éste [...]»; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 449: «Con lo dicho hemos localizado el momento de la adquisición *a non domino*, que es el del otorgamiento del título con valor de tradición a favor del tercero de buena fe. No, como cree SANZ, en el momento de la inscripción. Claro que sólo en este último instante será definitiva la anterior adquisición y será mantenida totalmente libre del peligro de que posteriores adquisiciones, derivadas del transferente registral, sean convalidadas con la fe pública e inscritas antes, apagando con otro nuevo el primer milagro. Puesto que cuando la fe pública opera, a favor de distintas personas y sobre una misma adquisición, diferentes milagros, el que primero se inscriba eclipsará a los demás».

⁴²⁵ *Vid.* RD 1558/1992, de 18 de diciembre, de modificación de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, artículo 1, 4: «En todo caso, el Notario hará advertencia expresa en la parte expositiva de la escritura de que prevalece sobre la información a que se refiere el apartado anterior, la situación registral existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la copia de la escritura autorizada».

⁴²⁶ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 467: «Para justificar este absurdo resultado, que trasladaría el juego de la fe pública del Registro al título, sería preciso admitir un efecto retroactivo de la inscripción a la fecha de aquél, que no se puede admitir en nuestro sistema por mucha que sea la fuerza concedida al título de adquisición». En la jurisprudencia, aparte otras sentencias que después se señalarán, *vid.* las de 21 de febrero de 1966: «Que la protección registral que el recurrente propugna, es verdad que se adquiere en el momento en que se practica la inscripción del tercer adquirente en el que concurren los demás requisitos que el artículo 34 señala, pero únicamente se retrotrae a la fecha del asiento de presentación, como se previene en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, y no al momento en que se haya verificado la adquisición; por eso interpreta acertadamente aquel artículo la sentencia que no se le concede, porque de tal precepto no se colige semejante retroactividad», y 23 de enero de 1974: «[...] no debe olvidarse en cambio que ese trámite no produce sus efectos sino a partir del momento de su transcripción, o mejor dicho, el asiento que lo origina no produce sus efectos sino a partir del momento de su transcripción en las hojas correspondientes sin retroactividad de ninguna clase, en cuanto a la legitimación y a la conversión en tercero hipotecario de quienes en el período intermedio adquirieron su dominio –Sentencias de 26 febrero 1949, 24 abril 1962 y 21 febrero 1966–».

nico del principio de fe pública registral y necesitado, por tanto, de la buena fe, y otro posterior, incardinado en el mundo latino de la prioridad, en el que, como tal, la buena fe no sería necesaria⁴²⁷. En nuestro Derecho, donde, como sabemos, la inoponibilidad-prioridad autónoma del artículo 32 de la Ley Hipotecaria está supeditada a la buena fe del tercero, la prioridad embebida en los requisitos del artículo 34 no puede entenderse liberada de ella. No es, por tanto, que la buena fe no deba informar el acto de adquisición; es que, después de haberlo informado, deberá conservarse hasta el momento de la inscripción.

Por vía de exclusión desembocamos, pues, en la tercera opinión, minoritaria respecto a la anterior, propugnada principalmente por Sanz Fernández⁴²⁸, aunque adelantada ya –confusamente, es verdad– por Don Jerónimo González⁴²⁹, y seguida actualmente por varios autores⁴³⁰. Sostiene en sustancia esta opinión que es en el

⁴²⁷ GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.*, pp. 1240-1243: «A nuestro juicio, esta inscripción del adquirente debe ser relacionada, no con la fe pública sino con la prioridad. La fe pública del Registro es sólo un presupuesto para que actúe el principio de prioridad [...]. Pero en este momento de la inscripción sólo juega, como se ve, la prioridad; por eso, aunque este momento es el realmente eficaz, no es necesaria en él la apariencia en ninguno de sus dos aspectos: a) No lo es en su aspecto objetivo (registral), ya que la protección del Registro se otorga también aunque en el momento de la inscripción del tercero conste en el Registro una amenaza a la titularidad del transferente, siempre que tal constancia no sea apta, por las reglas antes dicha, para ganar prioridad. b) Tampoco lo es en el subjetivo (buena fe), según se desprende, como vimos, del propio artículo 34. Y es que en nuestro sistema, como en el francés, las ideas de apariencia registral y buena fe son totalmente ajenas al principio de prioridad. Entendemos que, aunque sujeta a rectificaciones y perfeccionamientos, ésta es la única explicación que puede coordinar las dos verdades, evidentes en nuestra legislación, de que la eficacia de la fe pública no se despliega hasta el momento de la inscripción, y de que, en cambio, basta tener buena fe en el del acto adquisitivo extraregistral».

⁴²⁸ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 465-467.

⁴²⁹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de buena fe», *Estudios...* I, cit., p. 404: «Hasta ahora la atención de los Tribunales ha sido tan absorbida por el contrato inscribible que fuera de él apenas perciben momentos jurídicos de valor; pero si el artículo 41 centra todas las presunciones sobre la inscripción, será preciso desplazar la doctrina y reconocer que no se ha confiado a la inscripción ni merece ser protegido el que pide se extienda a su favor un asiento de eficacia constitutiva, fundándose en otro cuya ineeficacia conoce, o el que acepta un crédito hipotecario después de inscrito a su nombre, pero con pleno conocimiento de que el dueño no es el hipotecante que ha otorgado la escritura de modo unilateral. Doctrina y jurisprudencia, sin embargo, estarán conformes en reconocer que el adquirente a título oneroso que pide su inscripción antes de conocer el defecto de la extendida a favor de otro causante, no puede resultar perjudicado –aparte los efectos de otro título anteriormente inscrito– por el conocimiento posteriormente adquirido».

⁴³⁰ GÓMEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 571: «A mi entender, el tercero ha de continuar siéndolo de buena fe en el momento de la inscripción, y precisamente porque en este momento, y no en el de la tradición, es en el que tiene lugar verdaderamente la adquisición»; CANO TELLO, *op. cit.*, p. 276: «Por nuestra parte, opinamos que debe existir también [la buena fe] en el momento de inscribirse la adquisición en el Registro [...]»; CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pp. esp., 163: «Sobre la base de las anteriores consideraciones se llega a la conclusión de que en los supuestos [...] de adquisición *a non domino*, como es el caso de la que se opera conforme al art. 34 LH, la buena fe ha de perdurar hasta la inscripción, que es el momento adquisitivo, lo que hace innecesario distinguir entre supuestos de inscripción declarativa y de inscripción constitutiva a estos efectos»; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, Com. STS de 18 de diciembre de 2001, CCJC, 59, pp. 642-643: «No cabe, entonces, hablar de buena fe, ni en el momento de

momento de la inscripción cuando el tercero ha de encontrarse en situación de buena fe. Nosotros nos adherimos a ella, añadiendo a su formulación dos detalles o matizaciones.

La primera, y en ella no cabe duda por tratarse de un dato legalmente cierto tanto en nuestra legislación hipotecaria (art. 24 LH) como en el Derecho alemán⁴³¹ y suizo⁴³²: que por momento de la inscripción debe entenderse aquí el del asiento del asiento de presentación. La fecha de éste es la que cuenta en orden el juego de la prioridad registral, y aunque el asiento de presentación no es bastante por sí mismo para desencadenar los efectos del principio de fe pública registral, sí que permite que los de la inscripción, una vez practicada, se retrotraigan al momento de la presentación. La justificación es bien clara y sencilla: en la presentación de su adquisición agota el tercero la diligencia a su alcance en lo relativo a la publicación y aseguramiento de su derecho; lo que tras ella pueda ocurrir en el despacho de su solicitud, escapa ya de sus manos⁴³³.

Y la segunda matización: que la tesis que sostiene la necesidad de atender al momento de la inscripción para calificar la fe del tercero, no debe entenderse como propugnadora de una buena fe sólo

la adquisición del derecho por parte del tercero, ni en el de la inscripción del mismo en el Registro (al que a nuestro entender debe alcanzar también esa buena fe, de modo que ésta se mantenga a lo largo de todo el proceso descrito en ese precepto); ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2005, pp. 211: «No ignoramos que el momento en que debe exigirse la buena fe en el adquirente es uno de los temas más debatidos en nuestra doctrina registral, aunque entendemos que el reiterado criterio de la jurisprudencia en este punto contribuye a clarificar este problema general en el sentido de que la buena fe debe referirse no sólo al momento del negocio adquisitivo sino extenderse hasta la inscripción» y 245: «Por nuestra parte, como ya hemos reiterado, pensamos que el momento hasta el que se debe mantener en el adjudicatario, o en cualquier otro tercero protegido, la ignorancia sobre la verdadera situación jurídica del bien es el de la inscripción». Nosotros mismos la mantuvimos en el comentario a la STS de 23 de mayo de 2002, *CCJC*, pp. 854-855.

⁴³¹ BGB § 892, 2: «Ist zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung [...] maßgebend»

⁴³² ZGB art. 972, 2: «Ihre Wirkung [la eficacia de la inscripción] wird auf den Zeitpunkt der Einstichreibung in das Tagebuch zurückbezogen [...]».

⁴³³ En nuestra doctrina, por todos, SERNA, *op. cit.*, p. 590: «Razón tiene el ilustre juríconsulito: a no establecer la Ley esta disposición, la inscripción debería producir sus efectos solamente desde el día y momento en que se hiciese: el que hubiera acudido a inscribir sin perder tiempo, tal vez en el mismo día en que adquirió el derecho que llevó al registro, podría ser postpuesto al que habiendo obtenido, aunque con posterioridad, otro título, lo llevase también después que el primero hubiera presentado el suyo: la amistad del registrador, o de alguno de sus dependientes, manejos de índole reprobada, descuidos lamentables, pero no tan raros como convendría, podrían así trastornar derechos y causar perturbaciones funestas en la propiedad y en los demás derechos en la cosa inmueble, todo lo que cedería en evidente descrédito de la ley que por su falta de previsión diera lugar a tales abusos». En la alemana, STAUDINGER-GURSKY, *ad § 892*, Rz 161, «Der Erwerb oder sein Scheitern soll nicht von den Dauer des Eintragsverfahrens abhängen, da die Parteien auf den Zeitpunkt der Eintragung ja keinerlei haben und sich je nach Geschäftsanfall beim Grundbuchamt erhebliche Verzögerungen ergeben können».

necesaria, como en la tesis común, en un determinado momento, que ahora, en lugar del de la adquisición, sería el de la inscripción. Por el contrario, la fidelidad a nuestro Derecho exige entender que en el funcionamiento del principio de fe pública registral, la buena fe constituye un requisito necesario en todo el proceso de la adquisición. Ella ha de ser quien inspire desde la decisión de la adquisición hasta su presentación a inscripción en el Registro de la Propiedad, pasando por la celebración del contrato adquisitivo y la entrega que debe seguirle y normalmente coincide con el otorgamiento de la escritura pública de transmisión. Desde el primer momento y hasta llegar a su culminación, toda la secuencia temporal en la que se desenvuelven los requisitos legalmente necesarios para la protegibilidad de la adquisición, debe estar animada por la buena fe del tercero adquirente. Así se encuentra a veces afirmado, con mayor o menor énfasis, en los autores que sostienen esta tercera opinión⁴³⁴; éste es, probablemente, a nuestro juicio y atendiendo más a su *ratio* que al revestimiento de su expresión, el significado de esa reiterada jurisprudencia que ordena atender a la buena fe en el momento de la adquisición; pero no parece ser, en cambio, el pensamiento de Sanz Fernández, quien, al exponerlo, sigue refiriendo la buena fe al tiempo de la inscripción, considerado éste como el *momento* en que se la debe entender necesaria⁴³⁵; pensamiento que, por otra parte, estaría en coherencia con su ya conocida opinión de que para gozar los efectos sanantes de la fe pública registral, basta adquirir de quien todavía no tiene inscrito su derecho, siempre que éste se encuentra ya publicado al tiempo en que el causahabiente presente el suyo a inscripción⁴³⁶. Al sostener este parecer, no se afirma en rigor que pueda ser protegida una adquisición emprendida y pretendida en situación de genérica mala fe, pero sí parece que se da por supuesto que la buena fe específicamente hipotecaria es algo que puede circunscribirse temporalmente ciñéndola al momento de la inscripción. Nosotros, lo repetimos, no lo entendemos así: la buena fe exigida por el principio de fe pública registral, tiene que llegar hasta el momento de la inscripción.

⁴³⁴ GÓMEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 571: «A mi entender, el tercero ha de continuar siéndolo de buena fe en el momento de la inscripción [...]»; CANO TELLO, *op. et loc. ant. cit.*, «[...] porque los requisitos del art. 34 deben ser concurrentes en el tiempo»; CLEMENTE MÉORO, *op. et loc. ant. cit.*, «la buena fe ha de perdurar hasta la inscripción [...]», y, antes, p. 153: «Hemos de partir de dos premisas básicas: [...] Desde luego, ha de existir buena fe en el momento de contratar. Si el adquirente es de mala fe al contratar, no puede resultar protegido en ningún caso».

⁴³⁵ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 465-466: «El requisito de la buena fe puede ser referido a dos momentos diversos: el de la adquisición o el de su ingreso en el Registro [...] hay serias razones para referir la necesidad de la buena fe al momento de la inscripción».

⁴³⁶ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 382.

ción, pero después de haber informado todo el procedimiento adquisitivo que en ella se va a culminar.

Los argumentos a favor de esta tercera opinión han sido ya adelantados, al menos en su sustancia, al tener que rebatir las anteriores. Uno es, según vimos, el paralelo con lo que ocurre en la usucación ordinaria: en ella es preciso que la buena fe se extienda y dure en el tiempo hasta que se agote o consuma el plazo posesorio necesario para la adquisición de la propiedad. Pero otro, y el principal, es el ya varias veces apuntado de que la buena fe necesaria para que se obre el efecto taumatúrgico de la fe pública registral debe tocarse en el tiempo con el momento en que se completa o llega a perfeccionarse la adquisición que por ella resulta sanada⁴³⁷. En el Derecho alemán tal momento se produce, por regla general, sincrónicamente con el de la inscripción; pero cuando ello no ocurre (§ 892 BGB en relación con el 873), el momento de la inscripción, dejando de ser decisivo, cede su puesto al posterior del acuerdo (*Einigung*) por el que se culmina la adquisición. Pues bien, ¿cuándo se culmina, en nuestro Derecho, el mecanismo que lleva a la adquisición registral *a non domino*? Sin duda, cuando se reúnen y cumplen los requisitos exigidos para ella por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: cuando el tercero lleva al Registro su adquisición. Y ello es así, tanto cuando el efecto sanante de la fe pública registral se cifra en una plena y cabal adquisición *a non domino*, como cuando se limita a inmunizar la adquisición protegida respecto al rigor de la ley por la que se gobierna la transmisión ordinaria de los derechos: la del *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*.

No nos salimos de esta razón o argumento, sino que lo concretamos en su fundamentación registral o hipotecaria, cuando fijamos nuestra atención en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para entenderlo en su contexto normativo y comprobar el modo de su interpretación y aplicación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El tercero será mantenido en su adquisición «una vez que haya inscrito su derecho»⁴³⁸. La idea es clara: sólo por la segunda inscripción se cumple o perfecciona el supuesto legal necesario para que entre en funcionamiento el mecanismo sanante de la

⁴³⁷ En la doctrina alemana, STAUDINGER-GURSKY, *Ad § 892*, Rz 157: «Grundsätzlich muß der Erwerber zur Zeit der Vollendung seines Rechtserwerbs gutgläubig sein» (cva. del a.).

⁴³⁸ «Una vez inscritos», decía en 1861 la originaria redacción del artículo 34, refiriendo la expresión a los actos o contratos que, ejecutados u otorgados por persona que el en Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero por efecto de la fe pública registral.

fe pública registral; y sólo a partir de dicha inscripción la adquisición por ella llevada al Registro puede entenderse tocada por la virtud taumatúrgica de la protección registral⁴³⁹. Mientras no se haya llegado a esa culminación del presupuesto legal necesario, esto es: mientras la adquisición emprendida y pretendida en situación de buena fe no haya sido llevada al Registro, su suerte estará supeditada a la amenaza de tener que sucumbir ante otra adquisición emprendida en igual situación de buena fe pero que se le adelante en su llegada al Registro; o de tener que verse afectada por una carga de la que el Registro no daba noticia al tiempo de la adquisición pero que ya consta en él al tiempo de instarse su inscripción. Con el RD de 18 de diciembre de 1992⁴⁴⁰, de nuevo: sobre la información registral simultánea al acto adquisitivo prevalece la inmediatamente anterior a la presentación al Registro de la escritura que lo documenta. Así lo han venido entendiendo el Tribunal Supremo –principal, aunque no exclusivamente, en materia de anotación preventiva de embargo– y la Dirección General de los Registros: la buena fe queda excluida cuando el obstáculo a la adquisición llega al Registro después de haberse celebrado el acto pretendidamente adquisitivo, pero antes de su inscripción⁴⁴¹.

Indica todo ello que la buena fe anterior a la inscripción, si no registralmente indiferente según la califica Sanz Fernández⁴⁴², sí que es indudablemente insuficiente. Lo que, desde luego, nuestro Derecho no alcanza a permitir es que, mediando un obstáculo registral a la inscripción, pueda ésta lograrse en razón de una buena fe hoy ya imposible aunque hacedera al tiempo de la celebración del acto adquisitivo hasta el que habrían de retrotraerse los efectos sanantes de la inscripción. Para que tal inscripción pueda lograrse es necesario que la buena fe sea posible y perdure hasta el momento de su solicitud; y si, una vez ésta instada, la inscripción puede practicarse, la retroactividad de la misma sólo comenzará con ella, no pudiendo, por otra parte, llegar más allá de la fecha del asiento

⁴³⁹ *Vid.* SERNA, *op. cit.*, p. 622, en la glosa al artículo 34: «5. Una vez inscritos.—Sólo cuando el título posterior ha sido inscrito y desde que lo ha sido, tiene lugar este artículo. La Ley Hipotecaria sólo considera los actos con relación a la inscripción; cuando ésta no se ha verificado, o al menos no se ha presentado el título para que se inscriba, quedan los actos y contratos dentro de sus condiciones naturales. No sería justo que el derecho anterior no inscrito fuera anulado por el posterior que tampoco lo estuviese».

⁴⁴⁰ En concreto, en su artículo 1, dando nueva redacción al artículo 175 del reglamento Notarial, núm. 4.

⁴⁴¹ Entre las recientes, *vid.*, e. c., RDGRN de 27 de mayo de 99 y SSTS de 14 de febrero de 2000, 18 de diciembre de 2001 y 9 de diciembre de 2004. Para el examen de esta jurisprudencia en materia de anotación de embargo remitimos de nuevo a la obra de ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles..., cit., passim*.

⁴⁴² SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 467: «Prueba de ello –dice– es que existe un período de tiempo, el que media entre la fecha del título y la de la inscripción, en que el concepto hipotecario de la buena o mala fe es indiferente».

de presentación. Éste es el tope impuesto por el artículo 24 de la Ley Hipotecaria a la ficción legal⁴⁴³ de que la inscripción se ha producido en momento anterior al de su práctica. Todo lo que vaya más allá, concretamente el intento de retrotraer los efectos de la inscripción al tiempo de la pretendida adquisición de buena fe –mucho más cuando tal buena fe no es ya posible al pretenderse el acceso de la adquisición al Registro– se comprueba ser pretensión carente de base o apoyo en nuestro Derecho.

Hay además una cierta razón de coherencia legal en la defensa de que ésta es efectivamente la solución al problema de la dimensión temporal de la buena fe requerida por el principio de fe pública en nuestro sistema registral. La buena fe –también la específicamente hipotecaria– implica una determinada dosis de diligencia. Diligencia que no ha de limitarse a lo concerniente al conocimiento de la titularidad y derecho del *tradens*, sino que ha de extenderse y prolongarse a la llevanza al Registro del derecho que de él se considera haber adquirido. La diligencia entreverada en la buena fe está siempre presente en los mecanismos de la protección registral. A la idea de la mayor diligencia responde el principio de prioridad, que, necesitado sin duda de la concurrencia de la buena fe en nuestro Derecho incluso cuando la prioridad actúa autónomamente y *a se operando* la inoponibilidad del derecho anterior no inscrito (arts. 32 LH y 1473.II CC), tiene que actuar también conjuntamente con ella cuando su juego se produce embebido en el principio de fe pública registral. Quien, adquiriendo de buena fe de titular inscrito, retrasa la inscripción de su derecho, permitiendo con ello que alguien, igualmente adquirente de buena fe, logre inscribirlo a su favor, queda imposibilitado de poder obtener y alegar para sí la protección del Registro. Es manifestación clara de que para tal protección no es bastante la buena fe en el momento de la adquisición. Una tal buena fe así temporalmente limitada y circunscrita no permitirá impugnar como nula la adquisición posterior que se adelanta en su llegada al Registro, como si este adelanto en la inscripción tan sólo atribuyera una preferencia no definitiva y meramente libraria, llamada por ello a ceder ante la alegación y prueba de la adquisición de buena fe anterior y no inscrita. Lo indica Vallet de Goytisolo diciendo que «cuando la fe pública opera, a favor de distintas personas y sobre una misma adquisición, diferentes milagros, el que primero se inscriba eclipsará a los demás»⁴⁴⁴.

⁴⁴³ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 590: «La Ley, fundándose en motivos notorios de justicia [...], introduce aquí la ficción legal de que se ha inscrito un derecho cuyo título sólo ha sido presentado en el Registro».

⁴⁴⁴ VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe...», cit., p. 449.

Lo mismo habría que decir cuando, sin tener que llegar a la estricta adquisición *a non domino*, la protección registral va a ceñirse a liberar la adquisición *a vero domino* del rigor del *nemo plus juris*. La carga o limitación del derecho adquirido cuyo reflejo registral se produce antes de que se inscriba aquella adquisición, tendrá que ser soportada por el adquirente, sin que su buena fe al tiempo de adquirir pueda retrotraer la eficacia sanatoria que por sí misma –faltando la inscripción– no tiene, hasta el punto de obtener para su derecho una preferencia o prioridad contraria a lo que resulta del orden de su acceso al Registro⁴⁴⁵. Por todo ello hemos dicho y repetido que la buena fe exigida al tercero no indica un estado de conciencia o una situación de desconocimiento referible a uno sólo de los distintos momentos que se suceden y encadenan en el mecanismo de la adquisición protegida por el Registro. Y por ello mismo llegamos a la comprobación de que esa misma buena fe comprende un componente de diligencia que igualmente se extiende a todo el proceso de la adquisición: desde que el adquirente intenta cerciorarse de la titularidad y derecho de su transmitente hasta que lleva su adquisición al cobijo protector del Registro. El tercero que de buena fe adquiera de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir será mantenido en su adquisición *una vez que haya inscrito su derecho*.

d) El fundamento y la función de su presunción legal

Con variantes de fondo y de expresión, los sistemas de publicidad positiva coinciden en sujetar el juego del principio de fe pública registral a la concurrencia de la buena fe del tercero, y en liberar a éste de la necesidad de su prueba. Nada dice, expresamente al menos, el § 892 BGB sobre la presunción de tal buena fe, y lo mismo puede afirmarse del artículo 973 del Código Civil suizo, aunque su silencio resulte perfectamente suplido por la disposición general del artículo 3.1 del mismo cuerpo legal⁴⁴⁶. Es nuestra Ley Hipotecaria la que lleva a la descripción normativa del principio de fe pública registral la presunción legal de la buena fe del tercero y

⁴⁴⁵ CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, p. 163: «El tercero adquirente no resultará protegido por el principio de fe pública registral si cuando llega a Registro la finca ya no está inscrita a nombre de su transmitente (cfr. art. 17 LH), aunque éste fuera su titular registral en el momento de la celebración del contrato, en el del otorgamiento del título público inscribible y en el de la tradición. Tampoco resultará protegido si en el momento de la inscripción consta en el mismo Registro alguna causa de anulación o resolución del derecho de su transmitente (art. 34-1 LH), aunque no constase en un momento anterior».

⁴⁴⁶ «Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten».

la indicación de su carácter de presunción *juris tantum*: «La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro».

Por encima de estas variantes, según decíamos, el régimen legal es considerado siempre igualmente cierto y seguro en sus trazos esenciales: sin buena fe, el tercero no puede acogerse a la fiabilidad del Registro; pero para gozar los efectos protectores de la fe pública registral no necesita el tercero probar su buena fe, sino que será su contradictor quien tenga que probar que el tercero conocía la inexactitud del Registro. La primera parte de este aserto es de pacífica y muy fácil explicación: la publicidad nunca llega a sofocar o a suplantar y sustituir la realidad de las cosas. Siempre es por ello posible que lo publicado no coincida con la realidad, y se entiende perfectamente que cuando ello ocurre y el tercero lo sabe, la Ley mande estar a la realidad de las cosas y no a su inexacta publicación. La publicidad, que desde el punto de vista del principio de inoponibilidad impide el desconocimiento de buena fe de lo publicado, no puede impedir, desde el punto de vista del principio de fe pública registral, el conocimiento extra-registral de la realidad. Por ello no puede haber simetría entre la por algunos considerada presunción legal (*juris et de jure*) de conocimiento de lo inscrito, resultante de la cognoscibilidad legal de lo publicado, y la presunción de desconocimiento de lo no inscrito, presunción *juris tantum* incrustada en el funcionamiento del principio de fe pública registral⁴⁴⁷.

Ahora bien, ¿por qué esta presunción *juris tantum*?; o en términos más amplios: ¿por qué esta liberación del tercero respecto a la prueba de su buena fe, y por qué, consiguientemente, la imposición al contradictor de la prueba de la mala fe del tercero? Nuestra doctrina apenas se detiene en este punto, y ni la legislación comparada⁴⁴⁸ ni nuestra jurisprudencia⁴⁴⁹ facilitan aquí una respuesta convincente y segura.

⁴⁴⁷ Cfr. LEVIS, M., *L'opposabilité...*, cit., pp. 188-193, esp., 190-191.

⁴⁴⁸ El *Codice*, e. c., en supuestos normalmente reconocidos como de protección de la apariencia jurídica como el del heredero o el acreedor apparente (arts. 534.2 y 1189), impone al tercero la prueba de su buena fe.

⁴⁴⁹ Mientras, por ejemplo, la STS de 6 de junio de 2002 entiende establecida en nuestro Derecho una norma absoluta de exclusión de la prueba de la buena fe [«La buena fe –dice–, ya como elemento de un supuesto de hecho normativo, ya como principio general (norma jurídica completa), y ora en su perspectiva subjetiva de situación psicológica de creencia o ignorancia, o estado de conocimiento (con que se manifiesta en el campo de los derechos reales, arts. 451 y ss., 1473 y 1950 CC y 34 LH), ora en la objetiva de conducta ética o comportamiento honrado, justo y leal [aplicable en sede de obligaciones y con relación al principio general en el ejercicio de los derechos, arts. 7 y 1258 CC, no necesita ser probada, de tal modo que corresponde la prueba a quien sostenga su inexistencia»], la de 17 de octubre de 1998 impone su prueba al tercero en el caso del pago al acreedor apparente: «El precepto –dice refiriéndose al art. 1164 CC– implica protección de la confianza en la apariencia jurídica al decir que “el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito libera al deudor”, pero ello requiere que quien

Una primera explicación –a descartar en nuestra opinión para nuestro Derecho– es la que interpreta la liberación del tercero respecto a la prueba de su buena fe no como el resultado de una presunción legal, para la cual –se advierte– no habría basa fáctica justificadora, sino como una manifestación o consecuencia de que en el juego de la fe pública registral, propiamente hablando, más que venir exigida la buena fe como requisito positivo de protegibilidad registral, sería la mala fe la que se tomaría en consideración como hecho impeditivo o causa excluyente de la protección del tercero⁴⁵⁰. La apariencia registral, en tanto que supuesto alternativo a la legitimación real del transmitente, sería lo que, sin necesidad del auxilio subjetivo de la buena fe, justificaría la protección del tercero adquirente⁴⁵¹. En nuestra opinión, esta explicación no valdría para nuestro Derecho, porque en ella se niega a la buena fe del tercero el papel de coprotagonista esencial, que, según hemos venido viendo, en nuestro sistema le atribuye el Ordenamiento; y porque la a veces llamada legitimación aparente no puede ser entendida en nuestro Derecho como un supuesto alternativo *a se* y realmente legitimante⁴⁵². Mejor que hablar de legitimación aparente debería hablarse de apariencia de legitimación, y para que la apariencia valga como realidad en favor del tercero es necesario que dicho tercero la crea manifestación de la realidad; es decir: que respecto de dicha apariencia el tercero sea un tercero de buena fe.

Una segunda explicación es la que da por buena la presunción de buena fe en el tercero protegido por la fe pública registral y explica tan presunción como una aplicación pura y simple de la presunción general de buena fe: se presume que las gentes son

se presenta y actúa como acreedor lo haga con una apariencia adecuada, razonable, objetivamente verosímil, revestido de unas circunstancias que, con independencia de móviles subjetivos del que pagó, de su simple error o creencia, sirvan de justificante a su buena fe al pagar a persona distinta del acreedor, porque aquí no se presume la buena fe, cual ocurre en términos generales, y ha de probarla en cada caso concreto aquel que paga a persona distinta de quien es titular del crédito y a cuyo favor estuviese constituida la obligación; sólo la razonabilidad de la legitimación aparente justifica la liberación del deudor».

⁴⁵⁰ STAUDINGER-GURSKY, *ad § 892, Rz 114*: «Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens scheidet aus, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs dem Erwerber im entscheidenden Zeitpunktbekannt ist. Darin liegt zunächst eine für den Erwerber günstige *Beweislastverteilung*: Nicht er muß seine Redlichkeit nachweisen, sondern sein Gegner, der den Erwerb bestreitet, muß den Beweis für die Unredlichkeit des Erwerbers erbringen»; y 138: «Es hat nicht der Erwerber seine Redlichkeit, sondern der Gegner die Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Grundbuches im maßgebenden Zeitpunkt zu beweisen. [...] Es handelt sich nicht (wie KOBER in früheren Auflagen angenommen hatte) um eine "Rechtesvermutung", denn es gibt kein zunächst vom Erwerber zu beweisendes Tatbestandsmerkmal, an das die Vermutung des guten Glaubens geknüpft wäre (wie etwa die Eigentumsvermutung an den Besitz, § 1006). Ebenso wird die Redlichkeit nicht stillsweigend vorausgesetzt in Sinne eines prima-facie-Beweises oder einer "tatsächlichen Vermutung", wie oft gesagt wird [...].».

⁴⁵¹ Cfr. MOSCELLA, R., *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, pp. 69 ss.

⁴⁵² Así lo razonamos en *La representación aparente...*, cit., pp. 350-356.

honestas y leales mientras no se pruebe lo contrario⁴⁵³. Nada tendríamos que oponer a que la buena fe del tercero pueda y deba aquí ser objeto de presunción, ni a la admisión de la presunción general de buena fe. Lo que nos parece discutible es que la adquisición registral protegida por el principio de fe pública registral deba ser considerada como un supuesto de aplicación de tal presunción. Justamente, por el destacado protagonismo que a la buena fe corresponde en el mecanismo y funcionamiento de la fe pública registral. Si constituye ésta un expediente extraordinario de sanación de adquisiciones de suyo inválidas o ineficaces, y si en su juego la buena fe reviste el carácter de requisito positivo o elemento constitutivo del supuesto legal necesario para tal sanación, no se entendería por qué no es necesaria su prueba y por qué no debería correr ésta de cargo del mismo tercero que por ella va a beneficiarse. Una cosa es la presunción general de honestidad y otra la necesidad de una especial situación subjetiva como requisito imprescindible para la obtención de un especial *favor legis*; y la sanación registral de la adquisición *a non domino* es, indudablemente, un especial favor dispensado por la Ley al tercero de buena fe⁴⁵⁴.

¿Cómo puede explicarse, entonces, la presunción de buena fe establecida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria? A nuestro juicio, por dos vías que partiendo de puntos de vista distintos –subjetivo uno y objetivo el otro–, terminan por encontrarse en una misma razón. La primera: la vía de la imposibilidad de la prueba directa de la buena fe subjetiva. Consistiendo ésta en una situación puramente interna, su prueba sólo es posible indirectamente, a través de las circunstancias que la justifican y le sirven de apoyo⁴⁵⁵. Y, la

⁴⁵³ Así, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 460. Antes, en este mismo sentido, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 465: «El art. 34 establece en este punto una presunción de buena fe a favor del titular inscrito. Atiende con ello, más que a fortalecer la posición de éste, a recoger para este supuesto concreto, lo que es una de las bases más firmes de nuestro sistema jurídico, en el que la presunción de buena fe es un principio general de derecho, recogido expresamente por el Código Civil en los arts. 434 y 1951».

⁴⁵⁴ Así, GIAMPICCOLO, G., «La buona fede in senso soggettivo nel sistema del Diritto Privato», *Riv. Dir. Comm.*, 1965, p. 357; en nuestra doctrina y específicamente para el funcionamiento de la fe pública registral, ROCA SASTRE, quien después de haber afirmado (*op. cit.*, p. 706) que la presunción de buena fe en el artículo 34 LH «no es un principio general sino norma excepcional», añade (p. 708): «Nosotros estimamos que esto [lo de la presunción general de buena fe] es cierto, pero hasta cierto punto, pues la presunción legal de buena fe es un *favor legis* que permite al tercer adquirente [...] adoptar estáticamente la postura de sujeto de buena fe en el orden que aquí interesa, sin tener que tomar, en general, la iniciativa de hacer valer tal presunción, mientras el *dominus* o el que sea, impugne su buena fe».

⁴⁵⁵ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. FADDA e BENSA, vol. I, Torino, 1925, p. 643: sobre la presunción de buena fe en la posesión: «La buona fede, come cosa puramente interna, non può essere provata direttamente; la si può soltanto argomentare dalle circostanze cocomitanti la presa di possesso»; sobre la misma materia y en nuestra doctrina, MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, dir, ALBALADEJO, t. VI, 1980, pp. 89-90.

segunda: la vía del valor persuasivo o de convicción inherente a la situación objetiva de la apariencia; en nuestro caso, la apariencia jurídica resultante de la publicidad registral: a la vista de ésta, la buena fe del tercero es la hipótesis más verosímil y probable. Es así cómo históricamente se pasó de la necesidad de la prueba de la buena fe subjetiva a su presunción *juris tantum (rei incertae probabilis conjectura)*, y es así, igualmente, cómo la presunción de buena fe termina por manifestársenos como la prueba elíptica, o indirecta y *prima facie*, de la misma⁴⁵⁶. Concretamente y en cuanto a la presunción que establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, su fundamento específico radica en las garantías del procedimiento registral y en la legitimación aparente que la titularidad inscrita proporciona a quien en el Registro aparece como dueño con facultades para transmitir su derecho⁴⁵⁷.

Innecesario es, por obvio, añadir una referencia final a la importancia práctica de la presunción legal de la buena fe del tercero. No es sólo, en efecto, que tal presunción encuentre su inmediata y más adecuada explicación en las garantías del procedimiento registral y, por consiguiente, en la objetiva fiabilidad de la publicidad del Registro; es, además, que esa misma presunción viene a constituir el natural contrapeso al rigor con que en nuestro ordenamiento se entiende y exige la buena subjetiva. Si en dicho rigor algunos han visto una contraproducente amenaza a la utilidad y efectividad del mecanismo de la publicidad registral, en la presunción de la buena fe habremos todos de reconocer el instrumento por el cual se armonizan las exigencias contrarias de todo sistema de publicidad bien concebido y prudentemente concertado: el de su efectividad, por una parte, y el de su puesta al servicio de la buena fe en la contratación inmobiliaria, por otra.

⁴⁵⁶ Sobre ello, nos remitimos de nuevo a lo que al respecto dejamos dicho en *La representación aparente..., cit.*, pp. 287-288.

⁴⁵⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 706-707: «El fundamento de esta presunción de buena fe del adquirente hay que buscarla en nuestro caso en la circunstancia de confiar éste normalmente en el contenido del Registro, que gracias a la calificación del Registrador merece en general cierta confianza de que concuerda con la realidad, pues estadísticamente sólo en menor medida resulta inexacto, lo que hace que el tercer adquirente descance sobre la legitimación aparente que la titularidad registral proporciona al titular según el Registro».

RESUMEN

Se comienza en este estudio situando el principio de fe pública registral en el marco del principio general de protección de la confianza puesta en la apariencia jurídica y examinando las particularidades derivadas de la concreción legal de tal apariencia en la publicidad registral. A continuación, entrando en el análisis de los requisitos legalmente exigidos para la aplicación del principio registral de fe pública, se pasa al estudio de la figura del tercero hipotecario y a la indagación de las cuestiones relativas a su confianza en la información que le proporciona el Registro. Se procede así al estudio detallado de la buena fe hipotecaria.

Una primera aproximación a los problemas de aplicación de la reforma del Derecho de la compraventa en el BGB¹

PROF. DR. HARM PETER WESTERMANN
Catedrático de la Universidad de Tübingen

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *Relaciones entre el Derecho de la compraventa y el Derecho de contravención de la prestación (incumplimiento).*—III. *Problemas relacionados con la protección de los consumidores.*—IV. *Consideración final.*

I. PLANTEAMIENTO

Como aquí seguramente es sabido, el legislador alemán se ha decidido a realizar una serie de reformas a propósito de la trasposición de la Directiva sobre Garantías de la Venta de Bienes de Consumo. También hubiera tenido la posibilidad de establecer solamente reglas especiales para la compraventa (CV) de determinados bienes entre empresario y consumidor, y dejar el Derecho general de obligaciones y la CV en el BGB tal como venían regulados. En vez de hacer esto, se han aproximado al espíritu de la Directiva una serie de instituciones jurídicas que pertenecen a la parte general del Derecho de obligaciones y que también tienen aplicación a la CV entre empresarios o sólo entre consumidores. La Directiva, por tanto, ha sido traspuesta más allá de la responsabilidad exigible (*Die Richtlinie ist also überobligationsmäßig umgesetzt worden*).

¹ Este artículo es transcripción de la conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, en septiembre de 2005.

TRADUCCIÓN: Julia Ehmerich. Licenciada en Derecho. Abogada.

Revisada por el Prof.Dr. Klaus Jochen Albiez Dormán. Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Granada.

Ello ha llevado a que el nuevo Derecho haya creado nuevos institutos jurídicos y haya tomado nuevas decisiones jurídicas, tanto en la parte general del Derecho de obligaciones como en el Derecho de contravención de la prestación (Derecho de incumplimiento o de la lesión del crédito) que afectan a los contratos de CV, de obra, de préstamo y a otros contratos. Como aquí también es conocido, el Ministerio de Justicia alemán se dejó ayudar en ello por dos comisiones compuestas por jueces de alto rango, funcionarios de los Ministerios y profesores universitarios. No existen protocolos de estas comisiones, sino solamente una explicación y justificación de la ley muy detallada en la cual se reflejaron las reflexiones de las comisiones. Para ese trabajo tan pretencioso, las comisiones solamente dispusieron de tres meses y por ello no sorprenderá que el pronóstico del mundo científico no fuese muy favorable.

También hubo fuertes críticas respecto al contenido de la Reforma, por ejemplo, se dijo, en relación con la regulación de la imposibilidad inicial de prestaciones, que los autores del borrador no habían llegado a entender todos los problemas que suscitaba; se les reprochó que estaban trabajando de una manera muy superficial y que su comprensión de las relaciones contextuales no estaba desarrollada. En relación con § 275.2 BGB, que trata un caso de desproporcionada dificultad en el cumplimiento de la prestación, se ha dicho que se debe a un pensamiento –creciente– de difusa protección del consumidor, que puede dar lugar a un tutela legal y judicial de las partes, lo que parece poner de manifiesto que los responsables de la Modernización del Derecho de las obligaciones no se querían tomar el tiempo para «hacer buena dogmática». En el ámbito del Derecho de la CV y de las garantías, la crítica ha sido más moderada desde el principio, porque el Derecho de garantías recogido en el BGB, que se basa en el Derecho romano y en las acciones edilicias, había sido criticado desde hacía mucho tiempo. No obstante, también en este ámbito hay que estar prevenido ante los graves problemas de aplicación. Nosotros partíamos de la base de que estos problemas se iban a manifestar sobre todo en dos puntos; por un lado, allí donde se habían producido importantes desviaciones sistemáticas respecto del Derecho vigente, y, por otro lado, allí donde se habían tomado desde el punto de vista de política-jurídica valoraciones totalmente nuevas y discutidas. Pero también se escuchan voces que afirman que se puede trabajar bien con la nueva regulación. Aun así, ambos puntos neurálgicos, donde tememos que vaya a haber problemas de aplicación, han sido vistos, sin lugar a dudas, con realismo.

Por un lado, la estrecha vinculación existente entre las normas de la CV, en la medida en que afecta a los remedios por vicios en la

cosa, y las normas sobre el incumplimiento (contravención de la prestación), plantea al parecer dificultades. Concretamente, se manifiesta en que, por ejemplo, el § 437 BGB remite a las reglas generales del incumplimiento respecto a las acciones del comprador frente a la entrega de una cosa defectuosa, en cuanto a la resolución del contrato de compraventa, a las pretensiones de indemnización de daños y perjuicios y a la rebaja del precio. Sólo la pretensión –totalmente nueva– del comprador al cumplimiento posterior mediante la sustitución o reparación es concebida como un derecho propio de la compraventa (§ 439). Esta innovación sistemática se debe a una decisión de política legislativa que era bastante discutida y que hoy se sigue criticando: el comprador al que se le ha entregado una cosa defectuosa ya no puede, como estaba previsto en la regulación anterior, resolver el contrato directamente o reclamar la rebaja del precio de compraventa, sino que tiene que hacer efectiva su pretensión al cumplimiento posterior otorgando un nuevo plazo. Esto significa, por otro lado, que el vendedor tiene derecho a un segundo suministro antes de que el comprador resuelva el contrato y pida la devolución del precio. Esto ha sido criticado especialmente por las organizaciones de consumidores. Otra diferencia en relación con el Derecho anterior se encuentra en que normalmente el comprador sólo cuenta con una pretensión de indemnización de daños y perjuicios por defectos de la cosa si el vendedor resulta culpable del defecto; lo mismo sucede respecto de otras consecuencias perjudiciales para el patrimonio del comprador por defectos de la cosa. En la anterior regulación, por el contrario, estaba prevista la posibilidad de reclamar del vendedor daños y perjuicios si éste había garantizado que la cosa no tendría defectos.

Puede comprobarse que tanto cuestiones sistemáticas como la estrecha vinculación entre las normas de la CV y las normas generales sobre el incumplimiento han repercutido al mismo tiempo en innovaciones jurídico-políticas en lo que refiere a las consecuencias jurídicas de un defecto en la cosa. Semejantes consecuencias tienen su base en el hecho de que el legislador haya regulado las relaciones jurídicas derivadas de la compraventa de un bien de consumo entre un consumidor y un empresario como un supuesto especial de los §§ 474 y ss., pero esta regulación especial no contiene una regulación completamente desarrollada de las garantías por defectos. Así que en este caso también es necesario trabajar con los preceptos generales de los §§ 434 y ss. La particularidad de la CV de bienes de consumo es, sustancialmente, la indisponibilidad de la mayor parte de las pretensiones del comprador en caso de suministro de una cosa defectuosa. Además, para el éxito de las

pretensiones de un consumidor frente a un empresario está prevista la facilitación de la carga de la prueba en el § 476, lo cual ha originado arduas controversias y una primera sentencia del BGH sobre el tema. En cuanto a los problemas singulares que han surgido en estos dos ámbitos, los iré comentando en lo siguiente a través de casos concretos.

En contra de lo que se esperaba, hasta ahora no ha habido críticas demasiado fuertes a la Reforma por lo que respecta a su conformidad con la Directiva. Pero para demostrar lo que se puede esperar quizá aún en este ámbito pongo un ejemplo: según el § 323.1 BGB, el acreedor puede resolver el contrato si ha fijado, sin éxito, un plazo razonable a favor del deudor para la prestación o cumplimiento, en caso de incumplimiento de la obligación; esto rige también para el comprador al que le es suministrada una cosa defectuosa. La Directiva concede al consumidor en el artículo 3.5 un derecho de resolución si el vendedor no ha puesto remedios dentro de un plazo razonable. En este caso, sin embargo, no se habla del otorgamiento de un plazo por el comprador, sino simplemente de que sea un plazo objetivamente razonable. Entonces, la duda es si es conforme a la Directiva que el propio comprador pueda fijar un plazo, que ha de ser razonable. Pero si se interpreta prudentemente el citado precepto del BGB, también se podrá deducir de la Directiva que el plazo no puede ser otorgado por persona distinta que no sea el comprador o el acreedor. Que este plazo tenga que ser objetivamente razonable –ya que de lo contrario se crearía una inseguridad jurídica inadecuada– es también conforme a la Directiva. En lo sucesivo dejaré apartada la cuestión de la conformidad con la Directiva.

II. RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA COMPRAVENTA Y EL DERECHO DE CONTRAVENCIÓN DE LA PRESTACIÓN (INCUMPLIMIENTO)

1. Como se dijo anteriormente, en el caso de la CV, el comprador a quien se le ha entregado una cosa defectuosa tiene, en principio, una pretensión al cumplimiento posterior. Esto rige para vicios en la cosa y vicios jurídicos (éstos se equiparan básicamente a los vicios de la cosa por el § 435). Ello ha dado lugar a la cuestión de si serán de aplicación las reglas sobre vicios jurídicos cuando en un supuesto de suministro de una cosa la misma no pertenece al vendedor en contra de sus manifestaciones, pero el comprador no puede adquirir de buena fe porque se trata de una cosa extraviada

(§ 935 –la expresión «extraviado» ha de entenderse en sentido amplio como compraventa del robo, pérdida o cualquier otra forma de desposesión involuntaria–). Esto significaría que el comprador podría, en principio, reclamar el cumplimiento posterior, esto es, la obtención de la propiedad de la cosa, o, incluso, la transmisión de otra cosa del mismo valor. Está claro que en este caso el vendedor está obligado a hacer lo posible para transmitir la propiedad al comprador; si el propietario verdadero es conocido, el vendedor está obligado, entonces, a conseguir la autorización posterior de aquél para lograr la transmisión. Pero si esta autorización es denegada, significaría, si se considera simplemente que se trata de un vicio (defecto), que el comprador pudiera ahora resolver el contrato porque ha fracasado el cumplimiento posterior (§ 437, núm. 3, en relación con el § 326.1). No obstante, si se parte en este caso de una imposibilidad inicial, no serían de aplicación las reglas sobre vicios jurídicos, sino solamente el § 311-a. Esto tiene como consecuencia, según el § 311-a, apartado 2, que el comprador/acreedor pueda reclamar indemnización de daños y perjuicios en lugar de la prestación incluso en el caso de que el vendedor no sea culpable. No obstante, el vendedor se puede liberar si puede probar que él, en el momento de la celebración del contrato, no conocía el impedimento de esa pretensión y que tampoco no tiene que responder por su desconocimiento. Esto es, en parte, atendiendo a las particularidades, distinto de la pretensión de indemnización de daños y perjuicios que resulta cuando el vendedor ha de responder por el defecto.

Sobre la verdadera consecuencia ha habido controversia en un supuesto no poco frecuente. El OLG Karlsruhe, en una sentencia de 14 de septiembre de 2004 (ZGS 2004, 477), solamente se basó en el § 311-a, apartado dos, y concedió al comprador demandante, al cual el vendedor no le había podido lograr la propiedad, una pretensión de indemnización de daños y perjuicios, según establece este precepto. De hecho, la opinión mayoritaria en la doctrina (aquí solamente: Bamberger/Roth/Faust § 435 marginal 15; MünchKomm/H.P.Westermann § 435 marginal 7; Staudinger/Matusche/Beckmann § 435 marginal 13) defiende que la falta de la propiedad del vendedor, que tampoco puede ser superada por la adquisición de buena fe, no supone un vicio jurídico, sino que es, en todo caso, un simple supuesto de incumplimiento, de modo que el camino elegido por el OLG Karlsruhe, al aplicar el § 311-a, apartado 2, es correcto (no así, últimamente, Scheuren/Brandes, ZGS 2005, 295 y ss).

Uno puede preguntarse si este caso merece tanta excitación dado que apenas hay diferencia entre hacer responsable al vende-

dor por causar culpablemente el vicio jurídico o hacerle responsable por no haberlo conocido. De todos modos, los distintos grados de culpa podrían tener consecuencias en casos singulares. Pero esto también demuestra que la duda que se tiene respecto de que un déficit en la prestación del vendedor debe ser atribuida a los derechos de garantía o al Derecho general de incumplimiento, puede acarrear ciertas diferencias en las consecuencias jurídicas.

Mayor atención llamó el hecho de que, según el nuevo Derecho, ya no existen casi diferencias entre las cosas genéricas y específicas, y, en consecuencia, tampoco entre la CV de cosas específicas y genéricas. Cuando se suministra un género, y no tiene las cualidades normales de ese género (§ 243.1), entonces la pretensión de cumplimiento posterior no supone mayor problema, como tampoco lo era en el § 480 antiguo. Sin embargo, es más complicado cuando se compra y se suministra una cosa individual que resulta ser defectuosa. En las obligaciones específicas anteriormente se suponía que la obligación del vendedor queda reducida a esta obligación, de modo que en el caso de que la cosa fuera defectuosa, el comprador solamente podía resolver el contrato o reclamar una rebaja del precio, y, en algunas ocasiones, también la indemnización de daños y perjuicios. Esta diferenciación ya no se puede deducir del Derecho vigente, que, según todas las apariencias, parte del § 437, de manera que también en el caso de una obligación específica se puede considerar una pretensión de suministro posterior. Esto se puede ilustrar mucho mejor con el caso de la compra de un vehículo usado. Se trata seguramente de una obligación específica. Si la cosa tiene defectos, no se puede oponer nada a la pretensión del comprador contra el vendedor de subsanar el defecto. No obstante, resulta problemática una pretensión dirigida al suministro de una cosa sin defectos: ¿tiene que intentar ahora el vendedor encontrar un vehículo que sea cualitativamente comparable al vehículo usado vendido?; ¿tiene que aceptar el comprador tal suministro aunque en realidad solamente era debido el coche defectuoso?

En vista a esta situación, justo tras la entrada en vigor del nuevo BGB, se ha alegado que el § 437 no sería aplicable a la obligación de una cosa específica, que el vendedor no podría cumplir posteriormente, que el comprador tendría que resolver inmediatamente el contrato. Mientras tanto –a raíz de algunas resoluciones judiciales– parece imponerse la opinión de que básicamente también en el caso de la CV de cosa específica puede existir una pretensión de suministro posterior a favor del comprador (LG Ellwangen NJW 2003, 517; OLG Braunschweig NJW 2003, 1053; MünchKomm/H.P.Westermann § 439 marginal 11). Esta pretensión, sin embargo,

no es posible, por norma general, en la compraventa de cosas usadas, de modo que serán de aplicación las reglas establecidas en el § 439. Pero si la CV de cosa específica es, en realidad, y como ocurre frecuentemente, una CV de un género que ya ha sido especificado, entonces no supone una mayor dificultad para el vendedor el cumplimiento posterior mediante el suministro de otra cosa del género pactado y sin defecto.

3. Pero si la cosa defectuosa perece antes de la transmisión del riesgo, es decir, antes de la entrega, la situación jurídica ha empezado, hace poco tiempo, a ser controvertida (más detallado, Balthasar ZGS 2004, 411): Uno puede preguntarse si entonces no se trata de una imposibilidad en el sentido del § 275, liberándose el vendedor totalmente de su deber de cumplimiento, por lo que tampoco tiene ya la obligación de entregar otra cosa que sea conforme al género. También aquí, no obstante, no parece del todo acertado el planteamiento teórico de la cuestión, ya que en la mayoría de los casos el comprador tendrá un interés en desvincularse cuanto antes del contrato, mientras que será el vendedor quien intentará conservar sus derechos para la obtención del precio mediante el cumplimiento posterior. Por eso, podría ser importante saber si el vendedor, para sustraerse de la resolución del contrato por parte del comprador por imposibilidad (según los §§ 275 y 326.1), tendría, en tal caso, el derecho de suministrar otra cosa de un valor semejante, así, por ejemplo, a elegir de su parque de coches de segunda mano otro que sea semejante en cuanto a la antigüedad y el estado de conservación. Yo personalmente, he restringido la pretensión de suministro posterior del comprador a la CV de cosa específica cuando se trata de suministro de cosas fungibles, es decir, las cosas que en el tráfico suelen ser determinadas según número, medida o peso (§ 91). En fin, yo no iría tan lejos en extender el derecho del vendedor a un segundo suministro. Está por ver cómo se desarrollarán estos temas en el futuro.

4. Ahora les expondré un caso que ha causado sensación en Alemania, pero que en otros sitios tal vez no se comprenda del todo. Su particularidad consiste, en parte, en que se trata de reglas generales de la CV que son tenidas en cuenta también en la CV en la que un consumidor ha comprado de otro particular, es decir, no de un empresario. Esto es una consecuencia del hecho de que, como ya se hizo ver al principio, las reglas generales de la CV también pueden ser tomadas en consideración en la compraventa de consumo si los §§ 474 y ss. no determinan otra cosa.

La construcción de un caso real es fácilmente imaginable: un particular vende su coche usado a otro particular y hace algunas

afirmaciones en relación al estado del vehículo, que luego resultan inexactas. Esto significa, según el § 434, que el comprador cuenta con la pretensión de cumplimiento posterior contra el vendedor, de modo que el vendedor tiene que subsanar o –como hemos dicho anteriormente– tiene que suministrar otro vehículo con posterioridad. Es obvio, que el comprador no confía en el vendedor particular que le vaya a suministrar posteriormente otro vehículo, que quizás ni siquiera sea posible, y que tampoco le va a conceder la subsanación de los defectos. Imagínese que el vendedor particular, que en su tiempo libre tiene como pasatiempo la reparación de coches, empieza a subsanar él mismo los defectos del vehículo vendido o intenta que se subsane en su propio taller, que, por su propia experiencia, es extraordinariamente barato, pero que no trabaja del todo bien. En la práctica será mucho más factible que el comprador encargue a su propio taller de confianza la subsanación de los defectos y que envíe al vendedor la factura. Este planteamiento ya existía anteriormente en el contrato de obra, y ahora empieza a manifestarse también en el contrato de CV, dado que ahora el comprador tiene, inicialmente, una pretensión al cumplimiento posterior, y no puede resolver inmediatamente el contrato. También una pretensión de indemnización por gastos en relación con la factura del propio taller contratado, que posiblemente podría resultar del § 284, solamente puede ser concedida si se cumplen los requisitos de una pretensión de indemnización por daños y perjuicios (§§ 281 y 283), lo cual, no obstante, requeriría un otorgamiento de un plazo posterior por parte del comprador y que se consumara sin éxito este plazo. Aquí ha surgido la tremadamente importante pregunta de si el comprador no otorga un plazo posterior o no quiere esperar la consumación del plazo posterior impuesto por él mismo, puede arreglar el defecto él mismo y cargar los gastos al vendedor.

El derecho del comprador a la realización de la prestación del vendedor por sí mismo, con una pretensión de cobro posterior de los costes, había sido negado por parte de varios tribunales de instancia, lo que propició una crítica fuerte; actualmente también el BGH, en su sentencia de 23 de febrero de 2005 (NJW 2005, 1348; ZGS 2005, 194), parte de la opinión de que el comprador que subsana el defecto antes de la consumación del plazo razonable para el cumplimiento posterior, no puede hacer valer la pretensión restitutoria contra el vendedor. No obstante, una opinión mayoritaria en la doctrina no está de acuerdo con esta solución y otorga al comprador una pretensión de actuar por su propia cuenta. En este contexto –recuerdo mi punto de partida– hay que tener en cuenta que

no se trata sólo de un caso en el que compradores se encuentran como consumidores frente al vendedor-empresario, sino que el § 284 es también de aplicación cuando el vendedor es un particular. Y de hecho, se duda a la hora de conceder al vendedor particular un derecho a una subsanación por él mismo o a la elección de un vehículo sin defectos. Por otra parte, no se puede hacer otra cosa que exigir también a un consumidor que el vendedor tenga el derecho a una segunda oportunidad de suministro. Por ello, el BGH ha hecho depender la aplicación de las reglas sobre la indemnización de perjuicios, que también llevarían a la pretensión de indemnización de los gastos según el § 284, de que se haya otorgado un plazo razonable por parte del comprador y que el plazo se haya consumado sin éxito. Por supuesto, tiene el comprador el derecho de resolver inmediatamente el contrato si el vendedor se niega a la subsanación, pero si no es éste el caso, entonces se tiene que reservar al vendedor el derecho a un segundo suministro. El BGH ha considerado esto como el criterio fundamental, y por eso no quiere conceder tampoco al comprador una pretensión de enriquecimiento injustificado, ni siquiera bajo el punto de vista de que la subsanación haya supuesto para el vendedor un ahorro de gastos. Esto es uno de los puntos en los cuales una parte de la doctrina no acepta la decisión legislativa según la cual el vendedor tiene derecho a un segundo suministro (críticos al respecto, Dauner/Lieb ZGS 2005, 169 y ss.). El problema se encuentra de manera parecida en el contrato de obra, y anteriormente había sido decidido de la misma manera por el BGH para la CV. No obstante, no debe olvidarse que, en esta situación, el consumidor que no confía en el cumplimiento posterior o la subsanación del defecto por parte del vendedor particular, puede encontrarse también en una situación incómoda.

III. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

1. Como es sabido, la aplicación de las reglas sobre la CV de bienes de consumo se caracteriza por el hecho de que como parte vendedora encontramos al empresario y en el lado del comprador a un particular. La mejora de la condición de comprador particular, especialmente en relación con la irrenunciabilidad de las reglas que le protegen, también mediante las condiciones generales de los contratos, es muy importante, y eso parece que ha llegado al conocimiento de los consumidores. También es una consecuencia lógica

de la situación jurídica legal de que un vendedor empresario esté dispuesto, teniendo en cuenta el precio de la venta y demás condiciones, a conceder al comprador ciertas concesiones si puede excluir su responsabilidad de garantía por saneamiento debido a que el comprador no reúna la condición de consumidor. Esta era la situación sobre la que tenía que decidir el BGH en su sentencia de 22 de diciembre de 2004 (NJW 2005, 1045; ZGS 2005, 114). En este caso, el demandante había comprado de un concesionario un coche de segunda mano de la marca Fiat a un precio relativamente barato, por lo que el vendedor, en sus formularios de contratos, había excluido su responsabilidad de garantía por saneamiento en cuanto a la antigüedad del coche y otras cualidades. El intermediario en las negociaciones, que sabía que el concesionario solamente quería vender el vehículo a otro concesionario, hizo creer al vendedor que el cliente interesado en el vehículo era un empresario. Cuando aparecieron los defectos del vehículo y se supo que, en contra de las afirmaciones en el contrato, el vehículo había sido autorizado en Italia antes de ser matriculado en Alemania, el comprador solicitó la resolución del contrato de compraventa.

Con una motivación muy extensa, el BGH rechazó, con base en el § 474, apartado 1, que la exclusión de la obligación de garantía es eficaz, dado que en el lado del comprador no había un comprador, sino un consumidor. Las normas de protección de los consumidores establecidas solamente serían aplicables –así el BGH– en el marco de la buena fe. Además, en el caso concreto, el intermediario que actuó para el comprador, y cuyas actuaciones son por lo tanto atribuibles al comprador, sabía que solamente podía obtener condiciones ventajosas para el comprador si conseguía despertar en el vendedor la impresión de que la exclusión de las condiciones de garantía sería eficaz. Esta sentencia seguramente es acertada, aunque tuvo que pasar en Alemania por tres instancias hasta el BGH, siempre con la fundamentación de que, al fin y al cabo, se trata de un consumidor que debe ser protegido bajo cualquier precio. No obstante, este argumento no se podía llevar a este extremo, y la alegación del demandante de que la protección de los consumidores por encima de todo es conforme a la Directiva no tuvo éxito.

Las diferencias entre el negocio entre empresarios y con consumidores también se mostraron en la práctica bajo otras formas. Así, se ha afianzado nuevamente la práctica según la cual un concesionario vende un vehículo usado no en su nombre sino en nombre del cliente, que le compra otro vehículo, previo entrega del vehículo usado en concepto de pago. Estos «negocios de agencia» pueden ser configurados de tal manera que el concesionario acuerde con su

cliente sobre el precio de venta y el valor del vehículo dado en pago, para después vender el vehículo bajo su propio riesgo. En estos casos, podría tratarse, en el sentido del § 475, apartado 2, de un fraude para evitar las consecuencias del contrato de consumo. En una nueva sentencia, el BGH (NJW 2005, 1039; ZGS 2005, 150) rechazó la posibilidad de un negocio fraudulento; en el caso concreto, no obstante, el concesionario no había garantizado a su cliente un precio mínimo de venta, sino que sólo pagó el precio que realmente había obtenido. En otros casos, no obstante, el BGH entendió que se podría aceptar la compra de vehículos usados por parte del concesionario con la consecuencia de que la siguiente venta estaría completamente sujeta a las reglas de protección de consumidores. No obstante, la discusión sobre la estructura de este tipo de negocios de agencias acaba de empezar (*vid.*, en principio, Maultzsch ZGS 2005, 175 y s.).

2. Los mencionados casos en los que el comprador mismo subsana los defectos de la cosa que le ha sido entregada, pero que no quiere depender del procedimiento normal del § 439, también pueden darse en un negocio entre particulares. Esto significa que el vendedor podría ser provocado a tener que buscar otro vehículo usado pero del mismo valor –aproximado– o a realizar las reparaciones necesarias en su propio taller de confianza. Estas consecuencias muchas veces no tienen en cuenta los casos de los vendedores particulares que venden su vehículo usado a otros particulares, como tampoco el verdadero consumidor que adquiere un vehículo usado y que considera que la solución práctica es la reparación de los defectos en el taller de su confianza a costa del vendedor.

También puede encontrarse con sorpresas el vendedor en un «negocio puramente privado» por el cual mediante una cláusula insertada en un formulario –que antes se podía adquirir en cualquier estanco– quiere excluir su responsabilidad. Son extendidas las fórmulas «comprado como visto, bajo exclusión de cualquier garantía». Aun cuando en el formulario del contrato de CV no hay más datos que el precio y el estado del vehículo, una cláusula, como la citada, es una condición general, por lo que podría tratarse de una infracción del § 276, apartado 3, lo cual, no obstante, no parece acertado, siendo más bien de aplicación el § 309.7 a) o b). En cualquier caso, esto exigiría que la responsabilidad por dolo o negligencia grave o también por lesiones corporales estuviese excluida, lo cual no está recogido expresamente en la fórmula. La jurisprudencia sobre condiciones generales de los contratos, no obstante, aplica, entre otros, el principio de la interpretación en contra del consumidor (*verbraucherfeindliche Auslegung*), e inter-

pretaría en estos casos la cláusula de tal manera que una exclusión de la responsabilidad por daños corporales y por dolo y culpa grave no quedaría expresamente fuera. En consecuencia, ya no sería viable la reducción conservadora de validez, y, por consiguiente, la cláusula es totalmente ineficaz, debiendo responder el vendedor ilimitadamente (así, OLG Hamm ZGS 2005, 318). Por eso, se está ahora pensando cómo se podría formular de la manera menos embarazosa la limitación de la responsabilidad entre particulares (sobre el particular, Stöltzing ZGS 2005, 299 y ss.).

3. Como ya se ha mencionado, es de gran importancia práctica que se facilite al comprador –cuando es un consumidor que ha adquirido una cosa de un empresario– el logro de sus pretensiones. Por lo tanto, no es una sorpresa que en la praxis y en política jurídica haya llamado atención la predisposición del § 476, que es la primera que ha sido analizada y aplicada en una controversia que llegó hasta el BGH. Para una mejor comprensión conviene señalar que todavía es el comprador el que tiene la carga de la prueba cuando alega defecto de la cosa suministrada, debiendo acreditar que el defecto ya existía en el momento de la transmisión del riesgo, es decir, en la mayoría de los casos, con la entrega de la cosa.

a) Desde siempre, esto ha dado lugar a problemas cuando se trata de defectos que se manifiestan con posterioridad, donde la jurisprudencia se ayudaba generalmente de la presunción de que algunos de los defectos que aparecen después de la transmisión del riesgo ya tenían que haber existido antes. Esto funcionaba, por norma general, en el caso de cosas nuevas, pero no en el caso –que es extraordinariamente importante en la práctica– de la CV de vehículos usados. Pero incluso cuando se trata de cosas nuevas cabía la posibilidad de que ciertas piezas se estropearan por el uso antes de la consumación del antiguo plazo de prescripción de seis meses, sin que se estuviera seguro de su existencia en el momento de la transmisión del riesgo. Por esta razón, ha sido frecuente en algunos sectores económicos, y en especial en la industria productiva, la concesión de una garantía que indicaba que «un defecto que aparece dentro del plazo determinado en la garantía –en el caso de la CV de vehículos también dentro de un número determinado de kilómetros– será considerado como ya existente en el momento de la transmisión del riesgo». Pero hay que tener en cuenta que este tipo de garantías no solamente se daban por parte del vendedor, sino que se concedían sobre todo en la rama de automóviles por parte del fabricante, que entonces conseguía que el respectivo concesionario de coches tuviera que subsanar, sin coste para el comprador, el defecto que había aparecido durante el tiempo de garantía.

Ante este trasfondo, el § 476 establece una inversión de la carga de la prueba, según la cual se presume que un defecto que aparece dentro de los primeros seis meses desde la transmisión del riesgo ya existía en ese momento. Esto equivale casi a una garantía contractual, pero con la importante singularidad de que ya no hace falta una convención contractual, sino que el consumidor siempre puede alegar esta inversión de la carga de la prueba frente al empresario, a diferencia de un comprador que ha comprado de un particular o un empresario que ha intervenido como comprador. Sobre la exención de la presunción que parte de la prueba de que la presunción es incompatible «con la clase de la cosa (*Art der Sache*) o del defecto» todavía tenemos oportunidad de hablar.

b) El § 476 no puede ser entendido en el sentido de que desplaza sustancialmente la carga de prueba para el comprador de una cosa usada. Si aparecen desgastes con los que se debía de contar dada la antigüedad y el estado de la cosa, pero que con el transcurso surge una incapacidad funcional si no se cambia la pieza desgasada, entonces no entra en juego la presunción legal del § 476. En una cosa usada el comprador tiene que contar desde un principio con defectos de uso después de un uso prolongado, incluso en el caso de que los defectos que se manifiestan posteriormente y que causan una minoración considerable de las prestaciones ya existían en el momento de la entrega al comprador. De manera parecida hay que solucionar los casos en los que el defecto es una consecuencia típica de un uso negligente, lo cual puede ocurrir fácilmente con aparatos técnicos. Por ello, la presunción se referirá básicamente a cosas nuevas y recién fabricadas así como a cosas usadas en las que se manifestó posteriormente un defecto en una pieza que había sido sustituida antes de la transmisión del riesgo.

Ésta era también la situación que se dio en la sentencia del BGH de 2 de junio de 2004. El vehículo usado que había sido vendido, había sufrido dentro de los seis meses un daño en el motor cuya causa no pudo precisarse. El perito determinó que la causa fue una polea no suficientemente ajustada que se había cambiado justo antes de la celebración del contrato y que la duración normal de uso de la polea tendría que ser claramente superior a ocho meses. Pero tampoco podía excluir que la causa de que se soltase la polea podría haberse debido a una conducción brusca por parte del comprador. En este punto, el comprador alegó la presunción de que el hecho de que se soltase la polea era debido a un defecto existente antes de la transmisión del riesgo, lo que el vendedor nunca podría desvirtuar, ya que no puede valorar la conducta en la conducción del comprador por no haber estado presente. El BGH, sin

embargo, no entendía aplicable la presunción si no podía concretarse si el daño podía ser debido a un defecto en la polea. En contra de ello, la doctrina entiende –lo cual es comprensible– que se trata precisamente de un caso de libro sobre las dificultades probatorias del vendedor, que justamente con el § 476 deberían haber sido facilitadas. El significado amplio de la presunción, no obstante, está claro, y, en consecuencia, en una sentencia del OLG Celle (NJW 2004, 3566) se dictaminó que si los requisitos de la presunción legal concurren, al vendedor se le impone no solamente la obligación de desvirtuar esta presunción sino también la prueba plena de lo contrario. Depende sobre todo, entonces, de si se dan o no los presupuestos de la presunción.

La cuestión determinante es, según opinión del BGH y de los autores que le siguen, si el defecto existente, que sin embargo se manifestó después de la transmisión del riesgo, puede reconducirse a un defecto que ya existía en el momento de la transmisión del riesgo. El mero hecho de que el defecto es sólo visible después de la transmisión del riesgo no permite alcanzar tal conclusión. Una primera sentencia que se aleja de la opinión del BGH es la del OLG Stuttgart, de 17 de noviembre de 2004, que declaró que ya de por sí no es aplicable la presunción cuando no era posible una conclusión suficientemente probable sobre el momento de aparición del defecto. En un caso como el del BGH trasladaría el riesgo al vendedor cuando hay informes periciales controvertidos.

Es interesante que hace poco otra Sala (Senado) del OLG Stuttgart (18 de enero de 2005, ZGS 2005, 276) vio las cosas de una manera completamente distinta. Aquí también se dio el caso de la CV de un vehículo usado que dos meses después de la entrega empezó a pararse en la carretera por un defecto en el catalizador. A causa de este defecto, el comprador quería resolver el contrato y el vendedor negó la existencia de este defecto en el momento de la entrega. En el marco de este pleito se interrogó a un perito que determinó que los daños en el catalizador habían sido originados por un roce del vehículo en el suelo que posteriormente, al usar el vehículo, había producido un tapón en el tubo de escape. No podía determinarse por el perito si el roce con el suelo, que era la causa de los daños en el vehículo, se había producido antes o después de la posesión del demandante. Este supuesto es más o menos comparable con el caso del BGH y no se quería cargar al vendedor con la carga de probar que había sido el comprador, con su conducción incorrecta, quien había causado el roce en el suelo, y, por tanto, se desestimó la demanda.

En otro caso, que todavía se encuentra ante los tribunales de instancia, se puso en duda la aplicación del § 476 porque el comprador se había tenido que servir de la ayuda de otro empresario para poder montar la cosa comprada, lo cual abría la posibilidad de que se hubiera actuado incorrectamente. Aquí parece ser que no es posible desvirtuar la presunción mediante la intervención de un profesional competente para ello.

c) Soy perfectamente consciente de que los casos expuestos, que han ocupado una gran parte de mi conferencia en la CV de vehículos, y en especial, de vehículos usados, ocurren también en España. Pero también podría aparecer aquí alguna vez, como en Alemania, un caso sobre la CV de un caballo. Aquí la aplicación de las reglas sobre CV de bienes de consumo y también del § 476 resulta problemática en muchos aspectos, y se discute apasionadamente entre los que tratan este tema. Así lo demuestra una sentencia del OLG Düsseldorf de 2 de abril de 2004 (ZGS 2004, 271).

Se trató de la resolución de un contrato de CV de una yegua que había costado la cantidad considerable de 30.000 euros y se pidieron, como daños y perjuicios por los gastos de tratamiento médico, 6.000 euros más. El OLG Düsseldorf, en este caso, tenía que ocuparse de la exclusión de responsabilidad que parece ser bastante común en los contratos de CV sobre caballos y que era ineficaz según el § 475.1 si se trata de una CV de bienes de consumo. Resultó sobre todo dudosa la condición de empresario del vendedor que no era comerciante de caballos, pero que solía vender con cierta regularidad caballos que él había criado y que estaban en los campos de una hacienda de su madre. El OLG no le consideró como un empresario, y, por lo tanto, tenía que admitir la exclusión establecida de la garantía, la cual, según el § 309, núm. 8 d) bb), hubiera sido ineficaz si se hubiera tratado en el caso a la yegua como una cosa nueva fabricada en el sentido de este precepto. Aquí un jurista tiene que tener valor para lo grotesco: la cuestión de la novedad de una cosa ha surgido, por ejemplo, en truchas y cachorros de perro, y en nuestro caso el OLG Düsseldorf entendió que, como la yegua tenía cuatro años en el momento de la venta, ya no podría decirse que se trataba de una cosa «fabricada» recientemente, y eso sería así, según el OLG, independientemente de si la yegua ya había sido utilizada para el uso para el que estaba prevista, que era la cría de caballos.

En otras sentencias, los tribunales de instancia no se ocupan de estas disposiciones legales, sino directamente del § 476. Eso puede ocurrir respecto a enfermedades del caballo a las cuales, según el periodo de incubación, puede aplicarse la excepción

recogida en el § 476 y, según la cual, la presunción es incompatible con la clase de defecto, que es el caso si el periodo de incubación es más breve que el tiempo de posesión del comprador. Más difíciles serán aquellos casos, que se dan con mucha frecuencia, en los cuales un caballo muy valorado no cumple las expectativas que tenía el comprador al efectuar la compra, y que, según suelen alegar los vendedores, se debe a que el comprador no sabe tratar el caballo. Si en estos casos nos basamos en la referida sentencia del BGH, el comprador tendría que demostrar que el defecto que aparece posteriormente no se deriva de un trato incorrecto. Es casi seguro que próximamente uno u otro caso citado sobre la CV de caballos llegarán al BGH.

d) Tanto en Alemania como sobre todo en España se plantearán las cuestiones de la garantía del vendedor con mucha frecuencia en el contexto de la entrega de materiales de construcción. La particularidad de estos casos consiste en que los defectos muchas veces se manifestarán después de la aplicación de los materiales, así que no solamente se discute la entrega posterior de cosas nuevas, sino también los gastos de montaje y desmontaje. El problema, que hace algunos años ya había llegado al BGH alguna vez (caso de las tejas, BGHZ 87, 104), ahora ha sido resuelto básicamente de la siguiente manera por el OLG Karlsruhe (ZGS 2004 432). Es un caso de venta de baldosas de suelo por parte de una señora que tenía un establecimiento de materiales de construcción, el demandante había montado las baldosas él mismo en su casa. Resultaron defectuosas y tenían que ser desmontadas otra vez. Las baldosas nuevas sin defecto, que tenía que entregar el establecimiento de materiales, tenían que volver a ser montadas. El primer problema consistía en determinar el contenido de las obligaciones de la demandada; ¿debía meramente la entrega de baldosas sin defecto o también su montaje? En la segunda suposición nos encontraríamos ante una compra con la obligación de montaje del § 434, apartado 2, frase 1, pero que entonces debería ser resuelto según las normas de la compraventa; sería diferente si la demandante debía desde el principio la realización de un suelo de baldosas en la casa del demandante, ya que entonces se trataría de un contrato de obra. El OLG Karlsruhe no reparó mucho en esta distinción, sino que se ocupó directamente de la cuestión de lo que significa la «subsanción del defecto» en el sentido del § 439, apartado 1, relacionado con la cuestión de si entonces la vendedora estaría obligada a asumir los gastos necesarios para el cumplimiento posterior, según el § 439, apartado 2. El OLG no quería incluir los gastos que se hicieron necesarios para el montaje de nuevas baldosas dentro de las

desventajas que el comprador había tenido en relación con la celebración del contrato; una pretensión de restitución solamente se podría tomar en consideración si se hubieran dado los requisitos de una pretensión de indemnización de daños y perjuicios (§ 437, apartado 3, en relación con el § 281). Ello exigiría la culpa del vendedor teniendo en cuenta el desarrollo de los hechos. La decisión del OLG de atribuir los gastos de montaje al comprador ha provocado, a su vez, una crítica de la sentencia, la cual, no obstante, se ha suavizado por el hecho de que, según la misma, el desmontaje de las baldosas defectuosas que ya no podían ser usadas iba a ser a cargo del vendedor. El OLG partía de la obligación del vendedor, resultante del efecto retroactivo de la resolución de la compra de las baldosas, de recoger las cosas siempre y cuando esto correspondiera al interés del comprador (así también se vio esta situación en la sentencia anteriormente mencionada del BGH). Esto lleva al resultado llamativo de que el desmontaje, que posiblemente iba a ser bastante costoso, de las baldosas que había montado el mismo demandante, tuvo que ser asumido por la vendedora, pero no el montaje de las baldosas sin defectos que tenía que entregar, el cual podía ser realizado por el mismo comprador. Si esta sentencia es salomónica, se podrá juzgar quizás cuando la revisión del BGH, estimada por el OLG, haya concluido.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

En lo anterior he intentado mostrarles unos casos que no son exclusivos para Alemania, sino que pueden darse en cualquier economía desarrollada en negocios entre empresarios y consumidores. Y pese a los casos expuestos en la primera parte de este conferencia, que han mostrado las dificultades de la asimilación de la regulación de la CV y de las normas generales sobre contravención de la prestación, creo que las sentencias a las que me he referido en la última parte demuestran que la idea de una protección de los consumidores incondicional o absoluta en la CV tiene que ser tratada de una manera bastante más prudente de lo que, en general, suele ser actualmente la opinión en Europa. Y eso es así tanto para los casos de la CV entre particulares como para la aplicación de preceptos que están pensados para proteger a los consumidores frente a los empresarios. Es de esperar que tanto Alemania como España den impulsos al Derecho privado europeo que se encuentra todavía en desarrollo, y que, de esta manera, se puedan conseguir resultados factibles para la industria productiva y el comercio.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la problemática derivada de la nueva regulación de la compraventa en el BGB, con examen minucioso de las soluciones adoptadas por la jurisprudencia posterior a la reforma legal, así como las opiniones doctrinales suscitadas en la interpretación de los nuevos preceptos legales. Se hace un especial hincapié en los remedios del incumplimiento (resolución contractual, pretensión de indemnización, reducción del precio, sustitución o reparación de la cosa defectuosa, fijación de nuevo plazo), y se examinan las particularidades de la compraventa entre empresarios y consumidores, en comparación con las compraventas generales entre particulares.

Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán¹

JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA

Profesor Titular de Derecho civil

Universidad de Málaga

*Wo Anmaßung mit wohlgefällt?
An Kindern: denen gehört die Welt
Goethe, LYRISCHE DICHTUNGEN*

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Evolución legislativa.*–III. *Protección estatal del menor.*–IV. *Medidas civiles para la protección del menor.*–V. *La reciente reforma legislativa en materia de protección del menor.*–VI. *El Derecho de corrección después de la Ley de 7 de noviembre de 2000.*–VII. *La actuación del Juzgado de Familia. Las medidas provisionales.*–VIII. *Intervención del Jugendamt.*–IX. *Protección penal del niño.*–X. *La voluntad del menor.*–XI. *El bien del menor en la Jurisprudencia alemana:* A) Grupos de casos recogidos por la jurisprudencia alemana al aplicar el principio del interés superior del menor o bien del niño. B) Interpretación del BGB por los Tribunales alemanes al aplicar el del principio del interés superior del menor o bien del niño. –XII. *La adopción del menor por persona homosexual tras la reforma de 15 de diciembre de 2004.*

I. INTRODUCCIÓN

Al estudiar el «interés superior del menor» o «el bien del niño» tratamos una materia de gran actualidad en nuestro Ordenamiento

¹ Este trabajo es fruto de las investigaciones realizadas en la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt am Main (Alemania) durante dos estancias que tuvieron lugar los meses de marzo a junio de 2003 y agosto a septiembre de 2004. Agradecemos encarecidamente la ayuda prestada por el Prof. Dr. Dr. h.c. HANS LEO WEYERS en la realización de este estudio, así como la colaboración de la Prof. Dra. GISELA ZENZ miembro del *Institut für Sozialpädagogik und Erwachsenenbildung* de la Universidad J. W. Goethe de Frankfurt en cuyo Seminario sobre «Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung» pude participar entre los meses de marzo y junio de 2003.

lo cual justifica el trabajo que presentamos ahora sobre la aplicación de dicha materia en el Derecho alemán. Podemos afirmar al respecto que Alemania es el país más avanzado de nuestro entorno europeo en la regulación de la protección jurídica del menor. Efectivamente la doctrina alemana se ha centrado en el estudio del «interés del menor» desde los primeros años setenta resultando que lo que para ellos es un tema muy tratado, para nosotros supone una materia novedosa. Si a ello unimos la reciente reforma que paulatinamente se ha venido operando en el Derecho de familia alemán en los últimos años, podemos concluir que el análisis de los avances conseguidos en dicho Ordenamiento nos puede servir de gran ayuda ahora que nosotros también nos encontramos en un período de reforma legislativa del Derecho de familia. En todo caso, debemos reseñar el espíritu avanzado que la doctrina alemana ha demostrado tener durante el último tercio del siglo XX al tratar el bien del niño. Igualmente procede considerar el modelo que la reforma realizada por el legislador alemán nos ofrece al procurar introducir en el BGB los nuevos avances normativos del Derecho de familia antes que reducirlos a disposiciones contenidas en leyes especiales.

Al iniciar este estudio, la primera cuestión que debemos señalar es que la doctrina alemana considera temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor². Se trata éste de un concepto que no puede acotarse debido a su propia naturaleza. Es decir, la ciencia jurídica alemana no aporta una definición de este concepto sino que lo contempla como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor. Si no media conflicto, no ha lugar a aplicarlo. Por tanto, los autores alemanes se ciñen a recoger los distintos supuestos en los que pueda existir un conflicto entre el menor y su entorno para ofrecer una simple pauta: Por muy legítimos que sean otros intereses ha de prevalecer el interés del menor, el bien del niño. Y ello teniendo en cuenta que cada niño, en cada conflicto, merecerá una solución específica y distinta, por ello no es posible buscar conceptos abstractos, sino concretar, centrarse en cada supuesto planteable³.

² Por todos, ZITELMANN, Maud, *Kindeswohl und kindeswille: im Spannungsfeld von Pädagogik und Recht*, Münster, 2001, pp. 127-128: «Una definición exacta del interés del menor ni es razonable ni es posible...», considera que todo intento legislativo o doctrinal de acotar en una definición este principio generaría grandes riesgos tanto de imprecisión como de omisión de supuestos. Lo que nos importa es su función de contrapeso (protección del menor considerado parte débil en sus relaciones sociales) y de control (ante toda amenaza que le afecte).

³ GERNHUBER, Joachim, y COESTER-WALTJEN, Dagmar, *Lehrbuch des Familienrechts*, Munich, 1994, 57, IV, «Das Wohl des Kindes», p. 164, señalan que el «kindeswohl» sólo posee un contenido concreto cuando se observa un caso particular.

El estudio de esta materia en Alemania se realiza principalmente por civilistas centrándose en el ejercicio de la patria potestad y especialmente en el derecho de corrección de los padres, lo cual es lógico, pues dicho derecho está regulado en el artículo 1631 BGB. Sin embargo, en otros ordenamientos parece ser una materia reservada al Derecho Penal, lo cual no debería obstaculizar su tratamiento civil. No obstante, en el Derecho alemán el juego que proporciona este instrumento es mucho mayor que el mero control del derecho de corrección, siendo un auténtico principio básico del Derecho de familia que obliga a su completa reinterpretación.

El primer paso para aplicar este «instrumento de resolución de controversias» es acotar un determinado conflicto de intereses en el que esté inmiscuido el niño o el joven menor de edad. Normalmente será un conflicto en el seno familiar, fruto de un incorrecto ejercicio de la patria potestad, si bien encontramos otras muchas posibilidades. En estos casos, el interés superior del menor, el bien del niño, legitima la intervención del Estado⁴, es un principio que dirige la intervención y fija pautas para los tribunales. Por ello la doctrina alemana ha señalado que «el bien de menor» es la pieza clave que resuelve las tensiones que se crean entre los padres y las autoridades estatales encargadas de velar por el niño⁵. La directriz fundamental es la prioridad del interés del menor sobre cualquier otro interés. Tiene una doble función, dirigir y vigilar, obligando a adoptar medidas orientadas hacia el bien del menor rechazando los puntos de vista ajenos a dicha finalidad. Además implica la prioridad de la justicia adaptada al caso concreto sobre la regla general, teniéndose en cuenta que se trata de una materia condicionada por el espíritu propio de cada época, pues se formulan modelos sociales que cambian con el tiempo⁶.

⁴ El Estado al interpretar el interés del menor tiene la facultad de fijar cuál ha de ser el cuidado básico que debe recibir el niño teniendo en cuenta la sociedad en que está integrado. En ocasiones será la propia unidad familiar la que sufra de una situación social marginal, en estos supuestos el problema puede devenir de la situación social de la familia, lo cual exigirá medidas de apoyo a dicha unidad familiar antes que la separación del menor de sus padres. ZITELMANN, MAUD, ob. cit., pp. 128-129.

La intervención estatal para proteger al niño es necesaria e imprescindible, se trata de un avance en el estado social de derecho, sin embargo este logro ha sido en su momento duramente criticado por los autores que anclados en concepciones decimonónicas de la familia consideraban toda intervención como un auténtico «intrusismo» estatal, autores que en muchas ocasiones llegaban a fundar en el «derecho natural» sus posiciones involucionistas considerando abusiva toda intervención del Estado, desde cualquier posible separación del menor de su familia al injustificado «monopolio estatal» del sistema educativo. Véase GIESEN, DIETER, *Familienrecht*, Tübingen, 1994, pp. 613-614.

Por el contrario, hoy es comúnmente admitido que es precisamente el bien del niño el que justifica y legitima la intervención del estado en el ámbito familiar. DETTENBORN, Harry, *Kindeswohl und Kindesville, Psychoflogische und rechtliche Aspekte*, Munich, 2001, p. 49.

⁵ DETTENBORN, Harry, *Kindeswohl und Kindesville*, Münichen 2001, p. 46

⁶ GERNHUBER, Joachim, y COESTER-WALTJEN, Dagmar, ob. cit., 57, IV. «Das Wohl des Kindes», p. 164.

En el actual momento evolutivo de nuestra sociedad es exigible que de mediar amenazas corporales, mentales o espirituales sobre el menor se adopten medidas válidas y proporcionadas para neutralizarlas⁷. Normalmente dichas amenazas supondrán riesgos cumulativos, dado que se darán varios conjuntamente, pero sólo con que un elemento amenace el interés del menor queda legitimada la intervención del tribunal. El gran problema que nos encontramos en este materia es la superficialidad con la que normalmente es tratado al reducirlo al aspecto corporal, excluyendo el espiritual (entiéndase el sicológico también). En la literatura alemana encontramos la opinión de Zitelmann⁸ quien propone superar dicha superficialidad y centrarnos especialmente en los problemas mentales, sus secuelas y consecuencias. Desde esa perspectiva considera que a la hora de tomar medidas, debe de tenerse en cuenta el estado de salud y las perspectiva de futuro del menor, añadiendo que dichas medidas deben procurar el total desarrollo armónico de la personalidad del menor. Por su parte Gernhuber y Coester-Waltjen señalan que todo ello implica que el juez ha de ser capaz de apreciar la importancia que en esta materia tienen las aportaciones de la sicología y las ciencias sociales, el gran problema se dará cuando se dicten decisiones judiciales prefijadas ideológicamente fundadas en posiciones que se autodefinan incontestables, posiciones que en realidad navegan ajena a los cambios sociales⁹. Es decir, el bien del menor le exige al juez remitirse a ámbitos extrajurídicos por tratarse de una materia interdisciplinar¹⁰. La intervención del sicólogo resulta decisiva por ser él un auténtico intérprete del lenguaje, querencias y necesidades del niño, lenguaje y circunstancias que sólo un experto podrá comprender y concretar.

Los juristas se concentran en las ideas guías del artículo 1666 BGB. Entre las situaciones problemáticas y de riesgo para los niños que llegan a los tribunales destacan: el maltrato del niño, abandono del niño, abuso sexual, conflictos de autonomía, conflictos de relaciones (el niño en ocasiones llega a no saber de quien depende). Estos criterios están igualmente recogidos por la doctrina alemana a

⁷ Así lo ordena el artículo 1666 BGB.

⁸ ZITELMANN, Maud, ob. cit., pp. 122-123.

⁹ GERNHUBER, Joachim, y COESTER-WALTJEN, DAGMAR, ob. cit., p. 164. Autores que desconfían del poder absoluto que en ocasiones tiene el juez, refieren especialmente la experiencia del régimen anterior en el que en muchas ocasiones los jueces fueron excesivamente complacientes con las opiniones y voluntades estatalmente dirigidas por la ideología imperante respecto al tratamiento, educación y desarrollo de los menores. Añaden que actualmente no se tiene suficientemente en cuenta las influencias que el entorno social y sicológico suponen sobre el menor, pues, a fin de cuentas, el comportamiento paterno se proyecta sobre el menor.

¹⁰ ZITELMANN, Maud, ob. cit., p. 128.

la hora de determinar el bien del niño, criterios que por otro lado se encuentran anclados en la Constitución en tanto a educación, auto-responsabilidad, voluntad racional y emocional del niño, formación, lazos de consanguinidad, relaciones de cuidado y educativas.

Concluimos señalando que el bien del niño, el interés del niño es una materia interdisciplinar: desde el punto de vista jurídico es un concepto indeterminado, una cláusula general que debe ser interpretada y aplicada en cada supuesto, y desde el punto de vista sicológico implica que partiendo de un apreciable conjunto de factores conectados unos con otros que resultan perjudiciales para el menor, debe buscarse un punto de referencia que oriente al menor reduciendo la intensidad y complejidad de dichos factores. Si se tiene en cuenta dicho punto de referencia (*v. gr.* el tipo de relaciones que serían beneficiosas para el menor) resultará posible adoptar una decisión correcta. En todo caso lo acertado de la decisión dependerá tanto de si se logra una correcta comprensión de las causas que provocan la concurrencia de dichos factores perjudiciales como de si se logra apreciar correctamente la dimensión o alcance de éstos¹¹. Finalmente señalar que debe siempre individualizarse teniendo en cuenta el niño concreto en cada caso determinado. Intentar aislar el aspecto jurídico al tratar el interés del menor equivaldría a cosificar al niño e impediría alcanzar conclusiones fundadas.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Desde la perspectiva decimonónica el ámbito de la protección del menor comienza y termina en el seno familiar. En dicho período histórico no encontramos normas que prevean una intervención del Estado, sin embargo, lentamente fue consolidándose la idea de que la protección del menor (sea niño, sea joven) es competencia estatal¹². Con anterioridad a la publicación del BGB encontramos las llamadas *Fürsorgegesetze*, leyes de carácter patriarcal contra-

¹¹ DETTENBORN, Harry, *ob. cit.*, p. 45, autor que señala que desde el campo de la sicología se ha intentado definir este concepto, refiriendo que el bien del niño será lo que convenga al desarrollo de la personalidad del niño y se dará cuando medie una relación «adecuada» entre las necesidades del menor y las condiciones de vida que lo rodean. No obstante añade dicho autor que la desventaja de esta definición está en que queda por determinar cuándo dicha relación será «adecuada» y cuándo no. En realidad también en el campo de la sicología finalmente encontramos que no se trata de un ideal imaginario o una medida constante sino de un concepto flexible que ha de interpretarse teniendo en cuenta tanto los múltiples casos como los múltiples factores de riesgos planteables lo cual nos lleva a individualizar el concepto en el caso concreto.

¹² ZENZ, Gisela, *Kindermisshandlung und Kindesrechte*, Frankfurt am Main, 1979, p. 90.

rias a todo trato cruel del menor. Posteriormente, el Código civil alemán incluyó en su libro IV ciertas medidas protectoras del menor. A partir de este momento se considera que es el Estado el último garante del menor y fruto de ello fue la *Jugendwohlfahrts gesetz*¹³ que sería remplazada por la *Kinder- und Jugendhilfegesetz*¹⁴. No obstante los mayores avances logrados se ha debido a una serie de leyes recientes, en primer lugar la *Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts*¹⁵, continuada por la *Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung*¹⁶, la *Gewaltschutzgesetz*¹⁷ y la *Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten*¹⁸. Concluimos que actualmente presenta Alemania un período de frenética actividad legislativa (en absoluto terminada) en lo que al interés del menor respecta, actividad que da respuesta a la necesidad ineludible de reconocer al menor como el sujeto más desprotegido en nuestra sociedad, el sujeto necesitado de la mayor protección.

Por otro lado añadir que con esta sucesión de normas el legislador ha querido adaptar el Derecho alemán a los patrones internacionales, especialmente a lo acordado en la Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas¹⁹, que establece el interés superior del menor e impide todo maltrato corporal, mental o espiritual del niño²⁰. De hecho, la Ley de 6 de julio de 2000 al reformar el BGB ha seguido estas pautas prohibiendo todo tipo de violencia en la educación del menor. En general se considera que todo el Derecho de familia (y especialmente la patria potestad) ha de ser reinterpretado a la luz de dicha Convención para reforzar la posición del menor en una sociedad en la que el concepto tradicional de familia ha sido superado. Es decir el fomento y fortalecimiento de la posición del menor obligan a considerarlo como un ser humano con creciente madurez intelectual que cuando por tener

¹³ JWG de 9 de julio de 1922.

¹⁴ SGB VIII de 26 de junio de 1990.

¹⁵ KindRG que entró en vigor el primero de julio de 1998. Dicha reforma fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, finalmente el Tribunal constitucional alemán en sentencia de 29 de enero de 2003 consideró que la norma no se apartaba de lo constitucionalmente permitido. La causa del recurso fue que tras la reforma se le da prioridad a la madre soltera para el ejercicio de la patria potestad del menor respecto al otro progenitor, otra cuestión sería que ambos progenitores de mutuo acuerdo decidieran ejercer la patria potestad de forma compartida (anteriormente a la reforma se le negaba al padre no casado toda posibilidad de ejercer la patria potestad del menor). MOTZER, Stefan, «Gesetzgebung und Rechtsprechung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit dem Jahr 2001», *FamRZ*, 15 de junio de 2003, p. 793.

¹⁶ Ley de 6 de julio de 2000.

¹⁷ GewSchG de 11 de diciembre de 2001

¹⁸ KindEVerbG de 12 de abril de 2002.

¹⁹ Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

²⁰ KÖSTER, Thomas, *Sorgerecht und Kindeswohl. Ein vorschlag zur Neuregelung des Sorgerechts*, Frankfurt am Main, 1996, p. 1

capacidad natural pueda tomar decisiones racionales ha de poder decidir por sí mismo²¹. Igualmente la observación de la Convención de los Derechos del niño implica que ha de darse prioridad al interés superior del niño, es decir, hay que primar el bien del niño.

La diversidad normativa que en materia del Derecho del niño encontramos en Alemania si bien impide la existencia de un cuerpo legal homogéneo, no obstante encuentran un referente común en la Constitución de 1949²², puesto que el Tribunal constitucional alemán ha interpretado el artículo 6 GG²³ considerándolo garante de la primacía del interés del menor. Ya en la sentencia de 3 de noviembre de 1982²⁴ señaló el Alto Tribunal que el artículo 6 GG recoge un derecho-deber de los padres dirigido en primer lugar al cuidado y protección de los hijos, añadiendo la sentencia de 13 de mayo de 1986²⁵ que en absoluto supone un poder incontrolado de los padres sobre los hijos. En realidad la reforma legislativa ha sido reiteradamente exigida por la doctrina alemana que desde hace más de treinta años otorgaba un nuevo enfoque al derecho del menor (siguiendo en gran medida las pautas marcadas por los autores norteamericanos). Por ello, no es de extrañar que el Tribunal constitucional alemán ya en 1968 incidiese en esta perspectiva al afirmar que el respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad el niño influye en la interpretación del derecho de los padres permitiendo al Estado actuar como vigilante, el niño tiene un derecho a ser protegido por el Estado²⁶. El Tribunal constitucional ha mantenido esta línea evolutiva incidiendo en el interés del menor como pauta para resolver distintos supuestos, a título de ejemplo señalemos el caso en que se discutía entre los padres biológicos y los

²¹ KÖSTER, Thomas, ob. cit., p. 1-5.

²² GRUNDEGESETZ (GG)

²³ Artículo 6 GG: «El matrimonio y la familia se encuentran bajo la especial tutela del ordenamiento estatal.

(2) El cuidado y la educación de los niños corresponden por derecho natural a los padres y suponen obligaciones para los padres. Al Estado le corresponde controlar su cumplimiento.

(3) En contra de la voluntad de los titulares de la patria potestad sólo pueden ser separados los menores bajo el amparo de las leyes de familia cuando los titulares de la patria potestad fracasen en sus funciones o cuando los menores por otros motivos presenten riesgos de abandono o dejadez.

(4) Toda madre tiene el derecho a la protección y ayuda de la sociedad.

(5) Los hijos extramatrimoniales merecen el mismo trato legislativo para lograr su evolución física y sívica, y su situación en la sociedad, que los hijos matrimoniales.»

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 3 de noviembre de 1982. BVerfGE 61, 358 (371).

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 13 de mayo de 1986. BVerfGE 72, 155 (172).

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 29 de julio de 1968. BVerfGE 24, 119 (144). Pensemos en el derecho a la intimidad personal del menor que determina una esfera mínima en la que los padres no deben inmiscuirse especialmente a determinadas edades.

padres adoptivos la posible relación de los primeros con el menor²⁷. De hecho, son reiterados los pronunciamientos del Alto Tribunal en el sentido de considerar que el artículo 6 GG incluye la exigencia de observar el interés superior del menor²⁸.

D'Heur²⁹ señala que además debemos considerar el conjunto de derechos constitucionales de los que es portador todo niño en tanto ser humano, los cuales van a constituir el núcleo de cualquier reflexión constitucional sobre el alcance del bien del menor. Como indica Salgo³⁰ toda actuación de los padres que no sea conforme con el interés del menor quedará fuera del ámbito constitucionalmente permitido.

III. PROTECCIÓN ESTATAL DEL MENOR

Se considera que el artículo 6 GG otorga a la comunidad una función de vigilancia y control sobre el menor. La cuestión es determinar cuándo dicho control justificaría una intervención encaminada a separar al niño de sus padres. La sentencia del Tribunal constitucional alemán de 5 de noviembre de 1980³¹ (seguida por la de 31 de enero de 1989³²), intentó dar respuesta a esta cuestión entendiendo que debe partirse de la imagen que la Constitución tiene del hombre en tanto ser humano autorresponsable y pleno. Los padres han de procurar que su hijo pueda evolucionar, formarse y llegar a ser un auténtico reflejo del ideal pensado en la carta magna, por ello cuando causen al menor perjuicios síquicos o físicos que le impidan evolucionar y formarse como persona queda legitimada la intervención estatal.

Se trata de una doble tarea dirigida tanto a combatir un peligro presente, como a paliar el daño ya sufrido³³. Por ello la función estatal recogida en el artículo 6.3 GG es doble tanto de guarda como de protección y permite separar al niño de sus padres aun

²⁷ Cuestión resuelta por el Tribunal constitucional alemán dando preferencia al bien del niño. BVerfGE 68, 176.

²⁸ BVerfGE 1998, p. 612, *EuGRZ*.

²⁹ D'HEUR, Bern Jean, «Kindeswohl staatliches Wächteramt und Reform des Kinder- und Jugendhilferechts», *RdJB*, 1992, p. 165.

³⁰ SALGO, Ludwig y HEILMANN, Stefan; «Der Schutz des Kindes durch das Recht. Eine Betrachtung der deutschen Gesetzeslage», en *Das misshandelte kind*. Frankfurt am Main, 2002, p. 958. Se trata de un capítulo añadido en la versión alemana de la obra original inglesa: *The battered child*, Autores varios, dirigida por KRUGMAN, Richard, y Kempe, Ruth, Chicago-Londres, 1997.

³¹ BVerfGE 55, 171 (179).

³² BVerfGE 79, 256 (268).

³³ D'HEUR, Bernd Jean, *Der Kindeswohl-Begriff aus verfassungsrechtlicher Sicht*, Bonn, 1991, p. 33.

contra la voluntad de éstos cuando han fracasado en sus tareas paternales o el niño está de hecho amenazado por diversos motivos con grave riesgo para su integridad física, para el correcto desarrollo de su personalidad, o incluso se encuentra afectiva y socialmente desarraigado. Pero, se señala que esta medida extrema (la separación del menor de sus padres) no busca que el menor obtenga la mejor educación posible en las mejores condiciones, sino que sólo queda justificada cuando se protege al menor de un daño concreto, y siempre ha de ser proporcional y apta para el logro de la meta querida³⁴.

La proporcionalidad exige optar por la medida menos severa lo cual implica agotar antes de la separación del menor toda medida de apoyo y asistencia que pueda paliar el fracaso parental. Como señala el Tribunal constitucional alemán³⁵, sólo cuando estas medidas no son suficientes, como último remedio, procede la intervención y aplicación de medidas más severas, intervención que deberá ser gradual.

Debemos partir del hecho de que normalmente donde mejor cuidado está un niño es en una familia, así lo señaló ya el Tribunal constitucional en la sentencia de 3 de octubre de 1979³⁶, en el seno familiar es donde normalmente el menor recibe todo lo necesario para su bienestar. Como ya tiene señalado dicho Alto Tribunal³⁷, las medidas estatales de protección han de dirigirse en primer lugar a procurar que la relación entre los padres e hijos funcione correctamente. Pero en ocasiones la separación del hijo es inevitable debido al riesgo que supone mantenerlo en el seno familiar, se trata de supuestos en los que el bien del menor se encuentra seriamente amenazado. Evidentemente han de juzgarse las ventajas y desventajas de tal medida y calcular la probabilidad de que los riesgos persistan y se materialicen. En este punto nos parece muy interesante la opinión de Heilmann³⁸ quien considera que lo importante es determinar la gravedad del peligro, la magnitud de la lesión que el menor pueda sufrir, porque cuando la lesión que pueda sufrir el niño es muy grande queda justificada la adopción de medidas preventivas aunque la probabilidad de que el daño efectivamente se llegue a dar sea pequeño.

³⁴ SALGO, Ludwig, y HEILMANN, Stefan, ob. cit., p. 960.

³⁵ Sentencia del Tribunal constitucional alemán de 17 de febrero de 1982, BVerfGE, 60, 79 (85).

³⁶ Sentencia del Tribunal constitucional alemán de 3 de octubre de 1979, BVerfGE, 52, 214 (217).

³⁷ Sentencia del Tribunal constitucional alemán de 29 de julio de 1968, BVerfGE, 24, 119 (145).

³⁸ HEILMANN, Stefan, «Das staatliche Wächteramt im Spannungsfeld zwischen Elternrecht und Kindeswohl», U.S., 2001, p. 417.

IV. MEDIDAS CIVILES PARA LA PROTECCIÓN DEL MENOR

Los artículos 1666 y 1666a BGB suponen una concreción del mandato constitucional contenido en el artículo 6 GG dirigido a proteger al menor. Son normas que legitiman intervenir al Juzgado de familia para adoptar las medidas necesarias para neutralizar toda amenaza física o síquica cuando los padres no puedan o no quieran rechazarlas³⁹. El legislador ha optado por recoger en estos artículos supuestos generales, auténticas cláusulas generales, lo cual ha dado lugar a una ardua discusión doctrinal en Alemania porque al optarse por conceptos indeterminados faltos de concreción se afirma que queda perjudicada la seguridad jurídica.

Por un lado, se considera que este es el único medio para lograr una efectiva, completa e integral protección del menor, pues todo supuesto planteable queda comprendido en el supuesto de hecho de la norma. Aún más se considera que al recogerse conceptos genéricos se deja libre el acceso a nuevos conocimientos extrajurídicos (de la sicología, pedagogía...) que sucesivamente nutrirán el ámbito de aplicación de la norma⁴⁰. Pero, por otro lado, en los últimos treinta años se ha venido criticando que al optarse por un sistema de cláusula abierta se dejaba un gran espacio al juego interpretativo lo cual podía dar lugar a decisiones injustas e incluso no suficientemente previsibles en un marco sumamente sensible⁴¹. Al respecto la doctrina mayoritaria considera que en realidad no hay alternativa a la cláusula general cuando se quiere conseguir la protección exigida por el artículo 6 de la Constitución⁴², pues ya hemos señalado que el interés del menor es un concepto que no puede reducirse a una mera fórmula descriptiva.

Al cuestionarnos sobre el interés del menor planteamos una pregunta explosiva pues se trata de prever el supuesto de hecho que habilita al Juzgado para la adopción de las medidas protectoras del menor, medidas en principio subordinadas a las que los propios padres puedan tomar en un primer momento⁴³. Pero dicho supuesto de hecho queda vinculado no sólo al campo jurídico sino también y en gran medida al

³⁹ HEILMANN, Stefan, *Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht*, Neuwied, 1998, p. 261.

⁴⁰ SIMITIS, Spiros, «Familienrecht» en *Rechtswissenschaft der Bonner Republik*, Coor. SIMON, DIETER, Frankfurt am Main, 1994, p. 431.

⁴¹ MNOOKIN, Robert H., «Was stimmt nicht mit der Formel Kindeswohl?», *FamRZ*, 1975, 1-6.

⁴² SALGO, Ludwig, y HEILMANN, Stefan; «Der Schutz...», p. 963.

⁴³ PALANDT, Otto, y DIEDERICHSEN, Uwe, Comentario al artículo 1666 BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 61 Auflage, Munich, 2001.

extrajurídico, de hecho juez deberá solicitar al Jungamt⁴⁴ un informe que le deberá orientar para ponderar tanto la intensidad del peligro que amenaza al niño como la probabilidad de su persistencia⁴⁵.

El artículo 1666 BGB prevé en su supuesto de hecho cuatro grupos de amenazas o peligros que habilitan la intervención judicial, dichas amenazas pueden deberse al ejercicio abusivo de la patria potestad, al estado de dejadez del niño, al fracaso no culpable de los padres o al comportamiento perjudicial de un tercero⁴⁶. Con esta fórmula abierta considera el Tribunal Constitucional alemán que quedan englobados todos los supuestos posibles para proteger el bien del niño (especialmente porque queda incluido el daño producido por un comportamiento no culpable)⁴⁷. Heilmann y Salgo han comentado esta norma⁴⁸, señalan que al prever el ejercicio abusivo de la patria potestad se hace referencia a un comportamiento activo que daña al niño incluyendo tanto los maltratos físicos y síquicos como los abusos sexuales; por su parte al referirse al estado de dejadez del niño la norma recoge un comportamiento pasivo que implica un abandono de hecho del niño cuando los deberes que conlleva la patria potestad exigirían actuar, principalmente para procurar alimentos al pequeño y mantenerlo en unas condiciones de higiene mínimas. Respecto al tercer grupo de casos recogidos, esto es el fracaso no culpable de los padres, se trata de una fórmula abierta y supletoria que busca garantizar la efectiva protección del menor en aquellos supuestos en que los padres han intentado lograr el desarrollo armónico del menor en el seno familiar sin conseguirlo por diversos motivos. Incluye todo tipo de incumplimiento no culpable de los padres y puede deberse a un conflicto entre ambos, a que

⁴⁴ Servicio público de protección de la juventud. Dicho informe será elaborado por un equipo de trabajadores sociales siendo relevante la intervención de los sicólogos.

⁴⁵ Así lo ha señalado el BGH (Tribunal Supremo federal) FamRZ, 1956, 350.

⁴⁶ Artículo 1666 BGB: «Medidas judiciales ante una amenaza al bien del niño: Cuando el bien corporal, mental o espiritual del niño o su patrimonio resulten amenazados por un ejercicio abusivo de la patria potestad, por la desatención del menor, por un fracaso no culpable de los padres o por el comportamiento de un tercero, y los padres no estén dispuestos a evitar dicho peligro, o bien no estén en situación de poderlo evitar, podrá el Juzgado de familia tomar las medidas que sean necesarias para evitarlo.

Se considera que el patrimonio del niño resulta amenazado si el titular de la patria potestad sobre los bienes del menor (la patria potestad “*elterliche Sorge*” se puede desglosar en Alemania en dos partes según recaiga sobre la persona del menor “*Personensorge*” o sobre sus bienes “*vermögenssorge*”), no cumple con su deber de alimentos respecto al menor o infringe los restantes deberes que le son propios o no obedece las órdenes que en consideración al menor le haya impuesto el Juzgado que le hubiera atribuido dicha patria potestad.

El Juzgado podrá privar de la patria potestad a su titular.

En relación con la patria potestad sobre la persona del menor podrá también el Juzgado tomar medidas que tengan efecto sobre un tercero.»

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 17 de febrero de 1982, BVerfGE 60, 79 (90).

⁴⁸ SALGO, Ludwig, y HEILMANN, Stefan, «Der Schutz...», p. 964.

padezcan una enfermedad notoria (Salgo y Heilmann incluyen en este supuesto incluso el alcoholismo o una drogodependencia). Finalmente la referencia al comportamiento de un tercero supone un verdadero cajón de sastre y acompañará normalmente al fracado de los padres en la educación y cuidados del menor. Podemos pensar en los supuestos en que medien amenazas del padrastro o del propio abuelo cuando su relación con los padres sea tensa. Amenazas que pueden sustanciarse en daños físicos o síquicos y pueden llegar a perjudicar al niño al sufrir tensiones que impiden su desarrollo equilibrado.

Cuando medie una de las amenazas previstas en el supuesto de hecho del artículo 1666 BGB el juez deberá adoptar la medida necesaria para neutralizarla, disponiendo de una gran libertad de actuación, pues puede escoger entre una amplia gama de posibilidades siendo la más extrema la intervención para apartar al menor de su progenitor⁴⁹. Evidentemente la actuación judicial deberá fundarse en el principio de la proporcionalidad optándose por la medida viable menos dañosa, puede privarse a un progenitor de ciertos derechos sobre su hijo (*v. gr.*: se le priva de la posibilidad de decidir sobre su residencia⁵⁰), o puede llegar a optarse por privarle de la patria potestad⁵¹. Las posibilidades son diversas, si se opta por privar total o parcialmente a uno de los progenitores de la patria potestad, corresponderá ésta al otro progenitor (art. 1680 BGB), cuando se opte por privar a ambos progenitores de la patria potestad, deberá nombrar el juez un tutor (arts. 1773 y 1774 BGB) y si finalmente el Juzgado opta por privar parte de la patria potestad sin que haya lugar a su transmisión al otro progenitor deberá nombrarse un «cuidador»⁵² en virtud de lo dispuesto por el artículo 1909 BGB.

⁴⁹ ZENZ, Gisella, ob. cit., p. 352. En muchas ocasiones se opta por asignar la vivienda familiar al cónyuge con quien permanecerán los menores, obligando al otro, causante del daño al bien del menor, a abandonar la casa, medida normalmente acompañada de la prohibición hecha al padre violento de entrar en la vivienda familiar.

⁵⁰ STAUDINGER, y SALGO, Ludwig, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, art. 1631, n. 21a., Berlín, 2002.

⁵¹ Preferimos identificar la expresión «elterliche Sorge» con patria potestad, si bien podría también ser guardia y custodia: En el Derecho alemán no se disocia entre patria potestad y guardia y custodia. El progenitor que pierde la guardia y custodia se ve privado de la patria potestad igualmente. Podemos plantearnos si en realidad tal opción es más realista que la prevista por nuestros legisladores: pues cuando un progenitor pierde la guardia y custodia cabe preguntarse por cuál es el efectivo alcance de la patria potestad residual, más aún si tenemos en cuenta que la relación paterno-filial (y los deberes básicos que conlleva) perdurará aunque el progenitor se haya visto privado de la patria potestad (arts. 110 ó 160 CC).

Sin embargo la «elterliche Sorge» si se disocia entre «Personensorge» en cuanto se extienda sobre la persona del menor y «Vermogensorge» en cuanto se extienda sobre el patrimonio del menor.

⁵² «Ergänzungspfleger». No olvidemos que en ocasiones la urgencia de la situación provoca que el Jugendamt actúe como auténtico tutor o curador *ad hoc* (supuestos encuadrables en los arts. 1791b y 1915 BGB).

Consecuentemente el artículo 1666a BGB⁵³ señala que sólo habrá lugar a la retirada de la patria potestad cuando la amenaza al bien del niño no pueda evitarse por otros medios, este artículo reconoce la necesidad de intentar proporcionar ayuda social a la familia con carácter previo⁵⁴. Normalmente será el Jugendamt el encargado de prestar esta ayuda prioritaria, entre estas medidas destacan, aparte de las que impliquen aportación material de alimentos y bienes, las dirigidas a la educación de la familia (arts. 16 y ss. SGB VIII) y a la ayuda en la educación del menor (arts. 27 y ss. SGB VIII). No obstante, las estadísticas informan que no siempre se logra el fin perseguido y estas medidas sociales no son suficientes para neutralizar el daño, ello da lugar a la aplicación de los artículos 1666 y 1666a del BGB⁵⁵, no obstante en muchas ocasiones se prefiere suspender temporalmente el ejercicio de la patria potestad ex 1674 BGB antes de proceder a su privación ex 1666 BGB.

V. LA RECIENTE REFORMA LEGISLATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MENOR

En Alemania se ha producido una paulatina y reciente reforma del Derecho de familia encaminada a garantizar la efectiva protección del interés del menor. En primer lugar referiremos la Ley 18 de julio de 1979⁵⁶ que reformó la regulación de la patria potestad. La patria potestad (*elterliche sorge*) comprende en el Derecho alemán tanto el cuidado de la persona del hijo (*personensorge*) como el cuidado del patrimonio del hijo (*vermögenssorge*) como su representación (arts. 1626, 1629 BGB). Además la patria potestad se identifica con la guarda y custodia del menor, de forma que el titular de la patria potestad tiene siempre la guarda y custodia del menor. El único supuesto en que hay previsión de una patria potestad «inactiva» es decir sin ejercicio de la guarda y custodia del menor se dará,

⁵³ Artículo 1666a BGB: «Separación del menor de sus padres. Privación completa de la patria potestad sobre la persona del menor: Las medidas que impliquen una separación del niño de sus padres sólo serán admisibles, cuando no pueda ser neutralizada la amenaza sobre el menor de otro manera, incluyendo la ayuda social.

La patria potestad conjunta sólo podrá ser retirada cuando las otras medidas resulten infructuosas o sea previsible que no son suficientes para evitar el peligro.»

⁵⁴ ZENZ, Gisella, ob. cit., p. 351, considera que la ayuda pública es prioritaria pues lo primero es procurar que la familia retome su estabilidad y cubra sus necesidades mínimas, sería ésta normalmente la mejor ayuda al interés del menor.

⁵⁵ HEILMANN, Stefan, «Hilfe oder Eingriff? Verfassungsrechtliche Überlegungen zum Verhältnis von staatlichem Wächteramt und Jugendhilfe», *ZfJ*, 2000, s. 41-50. Señala que siempre debe buscarse la proporcionalidad y la idoneidad de la medida teniendo en cuenta el fin buscado.

⁵⁶ Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge de 18 de julio de 1979.

en su caso, cuando el padre sea incapaz (art. 1673 BGB). En caso de separación o divorcio, uno de los padres podrá conservar la patria potestad con su facultad de guarda y custodia de la persona y bienes del menor, entonces el otro perderá la patria potestad al verse privado de la guarda y custodia, lo cual no afectará a la relación paterno-filial entre este último y el menor que subsistirá con todas las obligaciones que le corresponden.

Pues bien, la reforma de 1979 supuso considerar la patria potestad desde una nueva perspectiva. Hasta entonces se había considerado que era una institución a favor de los padres (o en su caso del cabeza de familia), institución en la que los intereses de los padres se consideraba prioritarios implicando una sumisión del menor a la voluntad paterna. Institución fundada en el derecho de corrección de los padres, derecho que justificaba la fuerza (incluso violencia) sobre el menor. La voluntad del niño y sus intereses quedaban en un segundo plano totalmente secundario. Se trataba de una idea de autoridad paterna que se aproximaba a la idea romana de patria potestas. Por ello su denominación era «elterliche Gewalt» expresión que podemos traducir tanto como «poder paterno» como «fuerza paterna» o como «violencia paterna». De hecho una traducción literal de los términos latinos «patria potestad» equivaldría a «poder-fuerza del padre» (pensemos que la patria potestad romana otorgaba al Pater Familias un señorío sobre su hijo que incluía poder decidir sobre su vida y su muerte).

La reforma de 1979 supuso adaptar la legislación a la nueva realidad social y significó que el centro de gravedad de la relación paterno filial se trasladó desde la posición del padre a la posición del hijo. A partir de ese momento ya no son prioritarios los intereses del padre, por el contrario adquiere prioridad el interés superior del menor. El cuidado y protección del menor aparecen en un primer plano en la relación paterno-filial, ello implicó que se diera una nueva denominación a la institución desechándose tanto la denominación latina «patria potestas» como su traducción literal alemana «elterliche Gewalt», expresiones que fueron sustituidas por la de nuevo cuño «elterliche Sorge» que podríamos literalmente traducir como «cuidado paterno»⁵⁷. Es cierto que en la práctica ya se había producido el cambio de una concepción paternalista de la «patria potestas» a una concepción tuitiva y protectora del menor, y ello precisamente obligó al legislador a reformar la ley, empezando por la propia terminología.

En segundo lugar referir la reciente equiparación legislativa del hijo extramatrimonial al matrimonial. Evidentemente se ha conside-

⁵⁷ HENRICH, DIETER, *Familiefecht*, Regensburg, 1995, p. 215.

rado que lo mejor para el menor será garantizar una relación estable con su padre con independencia de que éste sea marido de su madre. Ya al entrar en vigor la Ley de 19 de agosto de 1969 sobre el correcto trato legislativo de los hijos extramatrimoniales⁵⁸ se consiguió dar un primer paso, hasta ese momento legalmente no se consideraba pariente del padre al hijo extramatrimonial. Dicho hijo carecía tanto de derechos hereditarios como de toda posibilidad de participar del nivel de vida de su progenitor, el cual únicamente quedaba obligado a una deuda alimenticia, era lo que se ha venido a llamar un *Zahlvater* o padre pecunario. Con la reforma de 1969 se consiguió que el parentesco natural también lo fuera legal. Sin embargo la posición del hijo extramatrimonial no llegó a equiparse a la del hijo matrimonial, así la patria potestad le correspondía a la madre no casada (1705 BGB⁵⁹) y se contemplaba una especial regulación del derecho de alimentos para el supuesto de que se tratase de un hijo extramatrimonial, hechos en su día criticados por la doctrina que exigía una total equiparación entre los hijos con independencia de su condición matrimonial o no matrimonial⁶⁰. Precisamente este trato discriminatorio provocó que el Tribunal constitucional alemán dictase la importante sentencia de 7 de mayo de 1991⁶¹ exigiendo el padre no

⁵⁸ Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder de 19 de agosto de 1969.

⁵⁹ Artículo 1705 BGB en la redacción que le dio la Ley de 18 de julio de 1979: «El hijo extramatrimonial, en tanto sea menor de edad, está bajo la patria potestad de la madre. La regulación de la patria potestad para el hijo matrimonial vale (es aplicable) a la relación entre el hijo extramatrimonial y su madre, en lo que no contradiga lo dispuesto en este Título» [se refiere al Título sexto cuyo encabezamiento rezaba: «Patria potestad para el hijo no matrimonial» (actualmente el BGB ha cambiado la terminología y preferiere denominarlo hijo extramatrimonial)].

En dicho Título sexto se recogían las siguientes previsiones: El artículo 1706 preveía el nombramiento de un «curador» (Pfleger) para determinados supuestos (averiguación de la paternidad, cambio de apellidos, reclamación de alimentos (que podría pactarse en una suma global que sustituyera el pago continuado) y la reclamación de la legítima del menor. Por su parte el artículo 1707 preveía que a petición de la madre podría limitarse o anularse el nombramiento previsto por el artículo anterior. El artículo 1708 preveía que el Juzgado de menores pudiera nombrar dicho «curador» antes del nacimiento del hijo extramatrimonial. Por su parte el artículo 1709 preveía que el «curador» referido en el artículo 1706 fuera el Jugendamt cuando el menor al nacer residiera en Alemania, ello salvo que ya se le hubiera nombrado otro «curador» o que por no corresponder la patria potestad a la madre procediera nombrar un tutor. Quizá la norma más discutida (y perjudicial para el padre biológico) de las contenidas en este Título era la recogida en el artículo 1711 que regulaba el trato personal del padre con su hijo extramatrimonial disponiendo que en estos supuestos quien fuera titular de la patria potestad (sólo podía serlo la madre) podía decidir el trato que el menor tuviera con su progenitor biológico, incluso podía negarle todo tipo de contacto. Dicho artículo remitía al artículo 1634 que establecía como excepcionalmente (cuando fuera conveniente para el bien del niño) podría el Juzgado de menores permitir una relación del niño con su padre biológico (redacción conforme a la Ley de 1979). Evidentemente todo este Título ha quedado derogado al entrar en vigor la nueva normativa reguladora del Derecho del niño (nos referimos a la reforma del BGB lograda con la KindRG).

⁶⁰ HENRICH, DIETER, *Familiefecht*, Regensburg, 1995, p. 9.

⁶¹ BverfGE 84,168.

casado pueda ser titular de la patria potestad, es decir exigiéndose que la patria potestad sea común en estos supuestos (supuestos en los que *v. gr.* los padres eran una pareja de hecho que convivía en un mismo hogar). Resultaba que según el artículo 1705 BGB cuando no mediaba matrimonio la patria potestad del niño sólo correspondía a la madre, el padre no tenía derecho a la misma. El bien del menor exigía que esta situación no perdurase⁶².

Finalmente la Ley para la reforma del Derecho del niño (KindRG), que entró en vigor el primero de julio de 1998, introdujo el artículo 1626a BGB que refiere que corresponde la patria potestad compartida a los padres que al nacer su hijo no estuvieran casados uno con otro si manifiestan ambos que quieren ejercerla conjuntamente o si se casan uno con otro, añade el artículo que en otro caso tendrá la madre la patria potestad. Precisamente en este contexto se comprende la reforma del artículo 1626 BGB prevista por la Ley de 16 de diciembre de 1997, fecha en la que se le añadió un tercer párrafo que refiere: «El bien del niño exige, por regla, su relación con sus dos progenitores...» Ciertamente el texto dado al artículo 1626a BGB no llega a igualar la posición del hijo extramatrimonial respecto al matrimonial en lo que concierne al trato con su padre. En un caso la posibilidad de ser titular de la patria potestad depende del consentimiento materno y en otro no. Ello dio lugar a que dicha reforma fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, finalmente el Tribunal constitucional alemán en sentencia de 29 de enero de 2003 consideró que la norma no se apartaba de lo constitucionalmente permitido. La prioridad a la madre soltera para el ejercicio de la guarda y custodia del menor (es decir, para ser titular de la patria potestad) respecto al otro progenitor se consideraba constitucional⁶³. Finalmente señalar que el nuevo tratamiento dado a la patria potestad implica considerar al hijo como un ser humano joven con creciente madurez intelectual, que cuando esta dotado de capacidad natural es capaz de tomar decisiones racionales, motivo por el que se hace particularmente necesario el conocimiento de la sicología infantil. Todo ello supone que la reorganización de la patria potestad ha de fundarse en el respeto a la autonomía de voluntad del menor, no sólo los padres sino también el niño ha de poder decidir y por ello debe ser oído y tenido en cuenta en todas las cuestiones que le afecten⁶⁴.

⁶² KÖSTER, Thomas, *Sorgerecht und Kindeswohl. Ein Vorschlag zur Neuregelung des Sorgerechts*, Frankfurt, 1996, p. 2.

⁶³ En este punto es obligado referirse al artículo 1671 BGB que tras la reforma introducida por la KindRG ha permitido que, si es conforme al bien del niño, tras el divorcio de los padres puedan mantener éstos compartida la patria potestad (que en la práctica se traduce en compartir la guarda y custodia del menor). Nos detendremos en esta norma posteriormente.

⁶⁴ KÖESTER, Thomas, ob. cit., p. 4.

El concepto «interés del menor» o «bien del niño» ha sido finalmente insertado en el Código civil alemán, fue la Ley para la reforma del Derecho del niño (KindRG) de primero de julio de 1998⁶⁵, Ley que ya anteriormente hemos referido, dicho normativa modificó distintos artículos del BGB⁶⁶, en concreto el principio del interés superior del menor o bien del niño se comprende en el nuevo artículo 1697a BGB, artículo que refiere que el tribunal tomará toda decisión en el proceso en el que se resuelva sobre cuestiones reguladas en el Título de la patria potestad teniendo en cuenta lo que más se adecue a los fundados intereses propios del bien del niño. Se aprecia que al enunciar este principio, el legislador ha huido de todo concepto abstracto para observarlo como instrumento para resolver un determinado conflicto de intereses. La exigencia de buscar «lo que más se adecue al interés del niño» implica que se le da prioridad a dicho intereses sobre cualquier otro concurrente, y ésta es la pauta general en la aplicación del interés del menor.

Para lograr comprender el alcance de la Ley para la reforma del Derecho del niño debemos proceder a los motivos incluidos en el Proyecto de Ley que fue presentado ante el Bundestag en tanto las leyes alemanas carecen en su redacción final de una exposición de motivos⁶⁷.

En dichos motivos se recogen los dos objetivos básicos de la Ley que eran, en primer lugar, el activar el desarrollo del Derecho del niño para conseguir lograr en la mejor forma posible el bien del menor, y en segundo lugar, suprimir todas las diferencias jurídicas existentes hasta la fecha entre los hijos matrimoniales y los hijos no matrimoniales. Para lograr tales objetivos se proponían como líneas directrices de la reforma las siguientes: Potenciar el bien del menor teniendo muy en cuenta su entorno y el trato con las personas que le son importantes y le suponen puntos de referencia. Subordinar toda relación del menor con sus familiares (incluyendo en caso de acogimiento a la familia biológica) al bien del niño, incluso se prevé que el propio menor pueda instar ante la oficina de protección del menor que se mantengan sus relaciones con sus

⁶⁵ Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (KindRG) de primero de julio de 1998.

⁶⁶ El bien del niño o interés superior del menor está presente en los siguientes artículos del BGB como veremos más adelante, a título de ejemplo señalamos los siguientes: 1666, 1632, 1671, 1672, 1678, 1680.2, 1681.2, 1684.4, 1685.2, 1686, 1688.3, 1696, 1697a, 1741, 1751, 1761 y 1757. También la KJHG lo encontramos presente en los artículos 27 (derecho de asistencia y subsidios para la educación), 38 (intervención del Jugendamt para tutelar la guarda y custodia del menor), 42 y 44 (respecto a la guarda del menor).

⁶⁷ Se trata del impreso (drucksache) del Bundestag 13/4899, de 13 de junio de 1996, en cuyo texto se recogen tanto los motivos que justifican la reforma como el propio Proyecto de Ley.

parientes y allegados. Posibilitar que la patria potestad del hijo extramatrimonial pueda ser compartida, estableciendo una igualdad de trato jurídico a todo tipo de hijo, sea matrimonial o no. Se consideraba en dicho documento que la patria potestad en lo sucesivo no podría tener un rol tan amplio como el que anteriormente se le había reconocido y por otro lado, se señala que el progenitor que no conviva con el niño debe poder relacionarse con el menor en todo caso (medie matrimonio o no).

Se señala que el bien del menor deberá ser determinante para decidir a que progenitor le corresponderá el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre el hijo común en los supuestos de separación y divorcio. Dicho bien del menor deberá sopesarse teniendo en cuenta los lazos afectivos del menor con sus padres y hermanos. Incluso si media acuerdo de los padres, el Juzgado de familia podrá no tenerlo en cuenta si lo considera contrario al interés del menor, pudiendo el hijo que tenga catorce años cumplidos igualmente oponerse a tal acuerdo⁶⁸. Igualmente será el interés del menor el que decida si en el supuesto de fallecimiento del progenitor titular de la patria potestad ésta se trasmita al otro progenitor del menor⁶⁹.

Tras la reforma que supuso la Ley de 1998 el concepto Kindeswohl (que podemos traducir como «bien del niño» o interés del menor) ha quedado incorporado en numerosos artículos del Código civil alemán, podemos señalar los siguientes: El artículo 1666 que prevé una serie de medidas dirigidas a apartar al menor de distintos peligros y riesgos para su desarrollo, el artículo 1632 sobre la permanencia del menor con la familia de acogida o su restitución a la familia de origen, los artículos 1671, 1672, 1678, 1680.2, 1681.2 en materia de patria potestad, los artículos 1684.4, 1685.2 que regulan la relación del niño con sus padres, parientes y allegados, el artículo 1686 que refiere el derecho de información de los padres, el artículo 1688.3 referido a la intervención del Juzgado de familia, 1696 igualmente referido a la intervención del Juzgado de familia en relación con las medidas previstas en los artículos 1666 y 1666a, el artículo 1697a que recoge el principio general del interés superior del niño al que ya hemos hecho referencia, los artículos 1741, 1751, 1761 sobre adopción y determinados consentimientos y audiencias del menor, y finalmente el artículo 1757 sobre el cambio de apellidos del menor.

Nos interesa ahora detenernos en el artículo 1671 BGB porque su actual texto recoge una de los mayores logros conseguidos por la reforma introducida por la KindRG en 1998. Se trata de la posi-

⁶⁸ Se corresponde con el artículo 1671 BGB.

⁶⁹ Se corresponde con el artículo 1678.2 BGB.

bilidad de que tras el divorcio los padres puedan mantener compartido el ejercicio de la patria potestad del menor si ello es conveniente para el bien del menor (recordemos que en Alemania no se distingue entre patria potestad y guarda y custodia). Dicho artículo 1671 BGB titulado vida separada con patria potestad compartida (es decir, ejercicio de patria potestad compartido) señala que si en la convivencia de los padres, a los que corresponde el ejercicio conjunto de la patria potestad, se produce una separación no transitoria, podrá solicitar cada uno de ellos al Juzgado de familia que se le adjudique de forma exclusiva el completo ejercicio la patria potestad o bien una parte de él.

Añade el párrafo segundo de dicho artículo que dicha solicitud será atendida si el otro progenitor está de acuerdo salvo que el hijo común con catorce años cumplidos se oponga, o si el bien del niño exige que se suspenda el ejercicio de la patria potestad conjunta. Termina el artículo señalando que si no hay lugar a admitir tal solicitud, el ejercicio de la patria potestad se regirá de acuerdo a otras consideraciones.

Se aprecia que el bien del niño resulta ser la piedra angular para decidir, se parte de la idea de que lo mejor para el menor es que el ejercicio de la patria potestad tras la separación o divorcio de sus padres se mantenga compartido (1671.2.2 BGB). La excepción a la regla precisamente la da el propio inciso segundo del párrafo segundo de esta norma al señalar que «no habrá lugar al ejercicio de la patria potestad compartida si así lo exige el bien del niño».

Evidentemente en Alemania tras la entrada en vigor de la KindRG en 1998 se ha producido un notable giro en las decisiones judiciales que ahora en los procedimientos de divorcio tienden a conceder la guarda y custodia (patria potestad) compartida. De hecho, Motzer, Stefan⁷⁰ ha realizado un seguimiento de la aplicación del artículo 1671 BGB y los resultados han sido contundentes a favor de la guarda y custodia compartida. En el año 2000 del total de divorcios habidos en Alemania resultaron los siguientes porcentajes: En el 69,35 por 100 de los casos hubo lugar a una guarda y custodia compartida de los padres. En el 21,62 por 100 la guarda y custodia correspondió exclusivamente a la madre y en el 1,52 por 100 correspondió exclusivamente al padre. Es claro que el bien del niño se relaciona en Alemania con la guarda y custodia compartida, opción que podría seguirse en otros ordenamientos.

⁷⁰ MOTZER, Stefan, «Die Entwicklung des Rechts der elterliche Sorge und des Umgangs seit 2002», *FamRZ*, 2004, p. 1145.

No obstante, señalar que el propio Tribunal constitucional alemán ha optado en la sentencia de 18 de diciembre de 2003⁷¹ por interpretar el artículo 1671.2 BGB en el sentido de que la necesidad de que la guarda y custodia compartida no perjudique al bien del niño implica que debe mediar una mínima armonía entre los padres. En el mismo sentido el Tribunal Supremo Federal alemán ha considerado que el ejercicio de la patria potestad conjunta exige que medie una «relación social firme entre los padres» que haga posible el consenso y la cooperación necesarias para posibilitar el correcto desarrollo del niño⁷².

Del numeroso articulado referido se deduce que el «bien del niño» o «interés superior del menor» cumple muy distintas funciones en el ámbito del Derecho de familia y ello precisamente puede ser fuente de complicaciones y confusiones a la hora de intentar acotar este concepto⁷³. Como ya hemos señalado en el comienzo de este trabajo, en esta materia es peligroso intentar buscar definiciones abstractas, por el contrario lo adecuado es centrarse en el caso concreto, en el niño concreto y ante el conflicto de intereses en el que se encuentre inmerso, hacer prevalecer su interés sobre los otros concurrentes.

En unos supuestos el bien del niño obligará en su caso a fijar cual de las medidas que permite tomar el artículo 1666 BGB será la más adecuada en caso de que medie un peligro o riesgo para el menor, teniendo en cuenta que no se trata de buscar lo mejor para el menor (la medida que le proporcione el máximo beneficio posible), sino de buscar una medida suficiente, una medida que baste para neutralizar el perjuicio que acecha al niño. En este sentido señalar que a título de ejemplo sólo habrá lugar a la adopción cuando sirva al «interés del menor», es decir, se busca la proporcionalidad, la adopción (separación del menor de su familia de origen) sólo podrá justificarse como última medida posible. Ésta es la interpretación que debemos dar al término kindeswohl (bien del niño) en los artículos 1741.1, 1680.2 y 1685 BGB⁷⁴.

En otros supuestos, el término Kindeswohl aparece en el BGB como principio informador del Derecho de familia (en concreto la regulación de la patria potestad) (art. 1697a). Norma, ya referida, que obliga a reinterpretar todas las disposiciones conexas teniendo en cuenta el interés superior del menor.

⁷¹ BverfG, *FamRZ*, 2004, p. 354.

⁷² BGH, *FamRZ*, 1999, 1646.

⁷³ DETTENBORN, Harry, ob. cit. p. 52.

⁷⁴ Idem, p. 57.

También se ha señalado que el Kindeswohl contiene una «metafunción» a la luz del artículo 1696.1 BGB, parágrafo que señala que los Juzgados han de cambiar sus decisiones cuando aprecien que, (a pesar de tales decisiones), el bien del niño es perjudicado por causas persistentes. Se trata de una norma que obliga a revisar todo proceso que afecte a un menor, norma directamente dirigida al juez que ha de estar alerta en la búsqueda del bien del niño mediante la adopción de la medida que mejor se adecue a su interés⁷⁵.

En otras ocasiones este término se utiliza como pauta para determinar si es conveniente la relación entre el menor y un familiar o allegado. Así el artículo 1626.3 BGB en su texto vigente señala que el bien del niño exige, por regla, su relación con sus dos progenitores. Añade que también exige su relación con otras personas, con las que el mismo tenga ya relaciones, si su mantenimiento es conveniente para su desarrollo. Este artículo debemos conectarlo con el artículo 1685 BGB que señala que los abuelos y hermanos tendrán el derecho a relacionarse con el menor cuando ello sirva al bien del niño. En este punto, debemos felicitar al legislador alemán que lejos de guiarse por criterios biológicos fundados en «el deber ser de las cosas» o el llamado «orden natural» se centra en el bien del niño, y en su caso, en la previa existencia de una relación afectiva, porque es en estos supuestos en los que la ruptura de dicha relación puede dañar al menor⁷⁶.

En todo caso, debemos señalar que aunque los supuestos legales que recogen el interés del menor son múltiples, ni encontramos en el articulado del BGB una escala que fije los criterios concretos que determinen su aplicación, ni debemos buscarla (*v. gr.*: Ninguna norma establecerá cual es el nivel de maltrato que haya de sufrir un menor para que quede justificada su separación de sus padres). El legislador se ha limitado a introducir un principio informador en un

⁷⁵ DETTENBORN, Harry, ob. cit., , pp. 57-58.

⁷⁶ Me remito al trabajo que con el título «El artículo 160.2 y 3 del Código civil: Norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos» publiqué en el diario *La Ley* en fecha 26 de abril de 2001, núm. 5296. En dicha ocasión consideraba que la relación entre el menor y sus abuelos debía fundarse en vínculos afectivos antes que biológicos, por ello consideraba que ante un conflicto de intereses entre los padres y los abuelos (supuestos en los que se niega el derecho de visita), debía primar el interés superior del menor y ello implicaba que no procedía una presunción de conveniencia de la relación entre el menor y sus abuelos fundada en razones biológicas (presunción que, en dicho conflicto, sería en contra de los padres titulares de la patria potestad) sino que dicha presunción sólo podría fundarse en la existencia de una previa relación afectiva. De no existir relación previa entre el menor y su abuelo, de no conocerse, no cabría aplicar una presunción fundada en el lazo biológico, sino que el juez sin prejuicio alguno debería libremente sopesar cuál sería en ese punto el interés superior del menor, pues en todo caso se trataría de un derecho de visita en beneficio del menor, y no en beneficio del abuelo.

marco determinado (el Derecho de familia) y a incorporar dicho instrumento en la reformulación de determinadas normas para utilizarlo como criterio resolutorio de determinados conflictos⁷⁷.

VI. EL DERECHO DE CORRECCIÓN DESPUÉS DE LA LEY DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2000

Es evidente que el interés superior del menor, el bien del niño, es hoy pieza clave de todo el Derecho de familia alemán, las consecuencias del nuevo tratamiento que merecen las relaciones paterno-familiares a la luz de tal principio no se han hecho esperar. Nos centraremos en el nudo gordiano de esta regulación, es decir en el artículo 1666 BGB, norma cuyo texto actual se debe a la Ley para la reforma del Derecho del niño (KindRG) de primero de julio de 1998. Ya sabemos que el artículo 1666 BGB recoge en su supuesto de hecho que tanto el ejercicio de daño corporal como de daño sicológico pueden dar lugar a una intervención estatal. Nos centramos ahora en dichos daños y nos planteamos hasta qué punto pueden considerarse como un ejercicio permitido del derecho de corrección de los padres y hasta qué punto pueden ser considerados como un maltrato del niño, porque ésta ha sido una cuestión muy debatida en Alemania últimamente.

Creemos que este tema fue correctamente tratado por Honig⁷⁸ al considerarlo como el resultado final de una lenta evolución. El castigo corporal fue en un principio descartado en el derecho penal, posteriormente también fue socialmente rechazado en las relaciones entre adultos, finalmente queda reducido como medida aparentemente justificada al ámbito de la educación del menor. Efectivamente, la modernización y democratización de la sociedad supuso el abandono a principios del siglo XX de ciertas medidas de fuerza del empresario sobre sus subalternos medidas que implicaban el castigo corporal y que anteriormente había sido socialmente aceptadas, posteriormente se dejó de considerar la fuerza como medida correctora, anteriormente tolerada, que el marido pudiera ejercer sobre su mujer y ahora, en los albores del siglo XXI encontramos que el último grupo sobre el que el ejercicio de la violencia ha

⁷⁷ Por último, debemos referir aquí la *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts* de 15 de diciembre de 2004 que entró en vigor el primero de enero de 2005; ley que ha modificado tanto la *Lebenpartnerschaftgesetz* como el propio BGB, otorgando a las parejas de hecho registradas determinados derechos sobre el menor cuando así lo exija en interés superior del niño (incluyendo la adopción en determinados supuestos). Dicha normativa es tratada en el último capítulo de este trabajo.

⁷⁸ HONIG, Sebastian, *Verhäuslichte Gewalt*, Frankfurt am Main, 1986, p. 261.

resultado aun legítimo es el de los niños, quienes son precisamente los seres socialmente más desprotegidos e indefensos⁷⁹.

Consecuentemente, la doctrina alemana últimamente venía abogando por una reforma de su Código civil para prohibir sin excepciones todo tipo de violencia sobre el menor. El primer intento se produjo en 1998 momento en que se reformó el artículo 1631 del BGB cuyo texto pasó a decir que las medidas de educación humillantes, especialmente el maltrato físico y síquico eran inadmisibles. Dicho texto evidentemente no aclaraba cuál era la frontera hasta la cual podría llegar el derecho de corrección de los padres, en realidad el objetivo de la reforma era meramente aclarar que ni el maltrato físico ni el síquico podrían ser medios aptos en la educación de un menor, pero no entraba en determinar que podría considerarse maltrato en un supuesto concreto. En todo caso si nos remitimos a las discusiones habidas en el Parlamento alemán deducimos que se consideró maltrato como todo trato inadecuado que perjudicase el bienestar de la salud corporal y síquica del menor en un grado que no fuera irrelevante⁸⁰. En dicha ocasión (XIII legislatura) los partidos de la oposición no pudieron imponer sus reivindicaciones que exigían la prohibición total y general de todo tipo de violencia (fuerza) en las relaciones paternofiliales. El problema, como señalan Salgo y Heilmann⁸¹, es que con el texto que en 1998 se le dio al artículo 1631 resultaba que una medida educativa de fuerza sólo llegaría a ser inadmisible cuando traspasara el umbral de lo permitido, dejando a los padres un amplio margen difícilmente controlable en el que podían ejercer castigos físicos a sus hijos. En absoluto se había conseguido vetar el uso de violencia en la educación del menor, por el contrario ésta quedaba consagrada como legítimo ejercicio del derecho de corrección de los padres. La coalición gubernamental alegó que ése era el precio que había que pagar para lograr un derecho de educación adecuado⁸².

Posteriormente, la Ley de 7 de noviembre de 2000, ley para la ilegalización de la violencia en la educación y modificación del derecho de alimentos del niño, ha vuelto a reformar el artículo 1631 del BGB⁸³ vetando definitivamente y sin excepciones todo

⁷⁹ SCHUMACHER, Sylvia, «Mehr Schutz bei Gewalt in der Familie», *FamRZ*, 2002, p. 645; SCHWIKERT, Birgit, «Wer schlägt, der geht?; Das geplante Gewaltschutzgesetz- Hintergrund, Chancen und offene Fragen», *Streit* 2001, p. 51. PRENGEL, Annedore, «Gewalt-freies Erziehen in Familien –Widerspruch von Freiheit und Strukturierung», Bündesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend, in *Materialien zur Familienpolitik*, nr.8, Bonn, 2001, p. 20.

⁸⁰ BT-Drucks 13/8511, p. 65.

⁸¹ SALGO, Ludwig, y HEILMANN, Stefan, ob. cit., p. 969.

⁸² BT-Drucks 13/8511.

⁸³ Artículo 1631 BGB, texto vigente: «Inhalt und Grenzen der Personensorge. Die Personensorge umfasst insbesondere die Pflicht und das Recht, das Kind zu Pflegen, zu

tipo de fuerza o violencia sobre el menor. Dicha norma actualmente refiere que los niños tienen derecho a una educación libre de violencia, castigo corporal, ofensas síquicas u otros comportamientos humillantes por ser inadmisibles⁸⁴. Se trata de una prohibición en términos absolutos porque el legislador premeditadamente ha querido evitar que en lo sucesivo subsistan terrenos fronterizos que den lugar a la ambigüedad. El niño tiene derecho a una educación libre de todo tipo de fuerza o violencia, al igual que la mujer tiene derecho a una convivencia con su pareja libre de todo tipo de fuerza o violencia o el trabajador a una relación laboral libre de toda fuerza o violencia, sin duda se trata del punto final de una larga, lenta y tortuosa evolución. Las medidas correctoras en Alemania y en lo sucesivo deberán fundarse en la inteligencia antes que en la fuerza, cualquier tipo de azote ha quedado prohibido. De hecho, se considera que no es la mejor forma de educar la fundada en la fuerza, pues puede provocar secuelas físicas y síquicas indelebles. El legislador germano ha seguido la línea marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha venido condenando el castigo corporal tanto en el sistema penal de sanciones, como en el ámbito escolar como muy particularmente en las medidas correctoras de los padres, convirtiéndose en el primer legislador europeo que prohíbe de forma radical todo tipo de castigo físico o psíquico sobre el menor⁸⁵.

Quizá, en este punto, el concepto más difícil de definir sea el de «maltrato psíquico» recogido en el artículo 1631 BGB, concepto condicionado por múltiples factores entre los que han de tenerse muy en cuenta tanto la edad como el sexo del menor; se considera que el maltratado síquico puede darse por las siguientes causas: Por un comportamiento enfermizo del padre que continuamente desmoralice a su hijo o lo trate con extrema frialdad, por el hecho de que se le prive de toda comunicación durante un cierto

erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig.

Das Familiengericht hat die Eltern auf Antrag bei der Ausübung der Personen sorge in geeigneten Fällen zu unterstützen..»

«Contenido y límites de la patria potestad. El ejercicio de la patria potestad comprende especialmente el deber y el derecho, de cuidar al niño, educarlo, vigilarlo y fijar su residencia.

Los niños tienen derecho a una educación libre de violencia, castigo corporal, ofensas síquicas u otros comportamientos humillantes por ser inadmisibles.

El Juzgado de familia ha de ayudar a los padres para lograr el adecuado ejercicio de la patria potestad.»

⁸⁴ PESCHEL-GUTZEIT, Lore-Maria, «Das Kind als Träger eigener Rechte», *Frühe Kindheit*, 2001, p. 6.

⁸⁵ EHRHARDT-RAUCH, Andrea, «Das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung und seine Auswirkungen auf die soziale Arbeit», *ZfJ*, núm. 2/2004, p. 60.

período de tiempo, por zarandearlo delante de sus amigos o terceros, por burlarse del hijo, por atacarlo con ironías o sarcasmos o finalmente por el mantenimiento de un comportamiento ambiguo con el menor⁸⁶.

Igualmente el texto del artículo 1631.2 BGB se refiere a otros «comportamientos humillantes», entre los cuales la doctrina incluye los que produzcan al menor la pérdida de su autoestima o de su dignidad, comportamientos que incluyen no sólo la coacción para realizar actividades criminales o para prostituirse, sino también atar al menor o determinados castigos no tolerables, como p. ej. raparle el cabello⁸⁷.

Esta prohibición absoluta de toda fuerza o violencia física o síquica conlleva determinadas consecuencias jurídicas, que se materializan no sólo en forma de sanciones previstas tanto en el ámbito civil como en el penal, sino igualmente en el derecho a una indemnización de daños y perjuicios materiales y morales contra el autor del maltrato⁸⁸. Sanciones que en el ámbito civil no están totalmente perfiladas, si bien cuando hayan mediado malos tratos severos se considera que lo razonable es impedir todo futuro contacto entre el maltratador y su víctima⁸⁹, en otros casos en los que se ha ejercido violencia de «baja intensidad» la solución adecuada parece que ha de ser otra. Se propone en esta línea la toma de soluciones alternativas a la separación del menor de sus padres mediante la privación de su guarda y custodia o incluso de su patria potestad. Sanciones que impliquen vincular a toda la familia en la correcta educación del menor mediante diversos mecanismos tales como una intervención terapéutica de la familia, o la obligación de someterse a un curso dirigido a aprender técnicas de comunicación, por todo ello se considera que queda una larga tarea por desarrollar⁹⁰.

⁸⁶ EHRHARDT-RAUCH, Andrea, ob. cit., p. 61. Al respecto comenta el debate habido con razón de la aprobación de la Ley de 7 de noviembre de 2000 (véase: BT-Drucks 14/1247, p. 8).

⁸⁷ EHRHARDT-RAUCH, Andrea, ob. cit., p. 61. Autor que considera que hay otras vías para educar distintas a las que conllevan amenazas o castigos síquicos o físicos. De esta forma los elogios, las recompensas deben administrarse racionalmente en la educación del menor. Considera que otras medidas como las que puedan implicar la prohibición de una determinada actividad (como p. ej. la prohibición de ver la televisión o de usar el ordenador) o la retirada de la paga semanal pueden resultar válidas y adecuadas.

⁸⁸ Por un lado, encontramos las medidas previstas por los artículos 1666 y 1666a BGB ya referidas, por otro lado y en el ámbito penal lo dispuesto por los artículos 185, 223 y ss., 239 y 240 StGB, y finalmente respecto a la indemnización de daños y perjuicios lo previsto por los artículos 823 y 847 BGB.

⁸⁹ HÖFLINGER, Astrid, «Bei Partnerschaftsgewalt kein elterliches Umgangsrecht nach der Trennung». FFM, *ZfJ*, núm. 2/2004, p. 63.

⁹⁰ EHRHARDT-RAUCH, Andrea, ob. cit., p. 63.

La actividad legislativa dirigida a la prohibición de la violencia sobre menores no se ha agotado con la reforma del artículo 1631 BGB, por el contrario ha continuado dando lugar a la Ley para el mejoramiento de la protección civil por actos de violencia o persecución y de adjudicación de vivienda familiar en el caso de separaciones, Ley de 11 de diciembre de 2001 que entró en vigor el primero de febrero de 2002⁹¹. Se trata de una normativa dirigida contra la violencia doméstica, que procura mejorar la protección preventiva y que incidentalmente afecta al niño. Decimos incidentalmente porque en principio cuando la persona que cause un daño físico o síquico al menor sea titular de su patria potestad o su tutela se aplicará directamente el artículo 1666 BGB, sólo cuando el causante del daño sea un tercero a quien no corresponda el cuidado del menor procederá la aplicación de la Ley de 11 de diciembre de 2001⁹². En virtud de esta normativa se puede lograr que dicho tercero sea obligado a salir del hogar familiar (en el supuesto de que allí residiera), y da lugar a las llamadas órdenes de protección para evitar que el autor del daño pueda volver a entrar en la vivienda familiar así como para evitar que pueda volver a relacionarse en el futuro con la persona ofendida.

Finalmente recogemos la Ley de primero de febrero de 2002 para el mejoramiento de los derechos del niño⁹³ que ha venido a ampliar el artículo 1666 BGB. Esta Ley protege al niño respecto al causante del daño, la novedad la encontramos en que no sólo afecta al progenitor causante del daño al que podrá prohibírselle el acceso a la vivienda donde resida su hijo, sino también al tercero ajeno a la patria potestad o a la tutela del menor que le hubiera causado el daño (puede ser un vecino) quien igualmente verá judicialmente vetado el acceso al bloque donde resida el menor. Se trata de una normativa que abre muchas vías de actuación al juez, quien en lo sucesivo tendrá un amplio margen de actuación.

VII. LA ACTUACIÓN DEL JUZGADO DE FAMILIA. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

La intervención estatal usualmente se realizará mediante la intervención del Juzgado de familia. En el procedimiento previsto

⁹¹ Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung de 11 de diciembre de 2001, conocida como Gewaltschutzgesetz (GewSchG).

⁹² Podemos pensar en el supuesto de que el daño lo cause el padrastro o incluso el padre privado de Patria Potestad.

⁹³ Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz) KindRVerbG.

el juez podrá conocer de oficio⁹⁴ si bien su intervención podrá haber sido impulsada por el Jugendamt, por un tercero relacionado con el menor (médico, responsable de guardería...) o incluso anónimamente. En dicho procedimiento se prevén una serie de audiencias a los padres, cuidadores y al propio menor⁹⁵, esta última ha cobrado últimamente gran importancia y busca –según señala Weyers⁹⁶– el trato humano del niño que no puede quedar cosificado. Se trata de facilitar al Juzgado un mayor entendimiento de su personalidad y situación, de sus necesidades y sentimientos⁹⁷.

En todo caso, cuando el menor haya cumplido catorce años deberá ser oído siempre, y si no llega a tal edad deberá dársele audiencia si «las inclinaciones, compromisos o deseos del niño tuvieran significado en la decisión a tomar...»⁹⁸. La cuestión podría ser determinar la edad mínima en la que el menor en todo caso podría ser oído, en este punto encontramos autores que consideran que incluso un niño de tres o cuatro años ha de ser oído, si bien lo importante sería saber valorar e interpretar la voluntad y querencias del niño⁹⁹. El Tribunal constitucional alemán considera que la voluntad del menor ha de tenerse en cuenta cuando se tomen decisiones que le afecten¹⁰⁰ y si bien es cierto que han de tenerse en cuenta la situación en que se encuentre el niño al expresar su voluntad (edad, estado de desarrollo, condición mental), también es cierto que los jueces alemanes cada vez tienen más en cuenta la voluntad del niño¹⁰¹.

Cuando medie proceso civil en el que se entienda sobre un maltrato de menores la Ley impone la participación del Jugendamt que es una oficina pública para la protección de la juventud. Los artículos 49 y 50 SGB VIII¹⁰² prevén una audiencia para que el Jugenda-

⁹⁴ Artículo 12 FGG.

⁹⁵ Artículos 50a, 50b y 50c FGG.

⁹⁶ WEYERS, Hans Leo, Seminario sobre *Kindeswohl*, Frankfurt am Main, marzo-julio 2003.

⁹⁷ STAUDINGER y COESTER, ob. cit., (comentario al art. 1666 BGB) núm. 215.

⁹⁸ Artículo 50b ap. I, FGG.

⁹⁹ ZITELMANN, Maud, ob. cit., p. 126.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de noviembre de 1980, BVerfGE 55, 171 (182). Ante todo se considera que el niño es una persona provista de derechos fundamentales, persona que ha de ser oída al tomarse decisiones que le conciernan.

¹⁰¹ Así lo refieren STAUDINGER y COESTER en su comentario al artículo 1666 BGB, ob. cit., núm. 71.

¹⁰² *Sozialgesetzbuch (SGB) Achtes Buch (VIII) Kinder- und Jugendhilfe* (entró en vigor el primero de enero de 1991, reforma el 8 de diciembre de 1998), artículo 50:

«(1) El servicio de ayuda a la juventud (Jugendamt) apoyará tanto al Juzgado tutelar como al Juzgado de familia en todas las medidas que sean necesarias adoptar para garantizar el cuidado personal de niños y jóvenes. Igualmente intervendrá en los procesos que tanto del Juzgado tutelar como del de familia se deriven y sean referidos en los artículos 49 y 49.^a de la Ley sobre jurisdicción voluntaria.

(2) El servicio de ayuda a la juventud informará especialmente sobre resultados ofrecidos y producidos, aportará puntos de vista pedagógicos y sociales para el desarrollo del niño o joven e indicará sobre ulteriores posibilidades de ayuda.

mt tenga la oportunidad de expresar su opinión y colaborar con el Juzgado. El Jugendamt ayudará al juez en la indagación de las circunstancias necesarias para la toma de decisiones y su participación tiene como objetivo establecer los puntos jurídicos, educativos y sociales claves para el desarrollo del niño o joven. El Jugendamt no es una mera oficina auxiliar para la ayuda judicial sino de un organismo dotado de autonomía con un *status propio*¹⁰³.

Ya hemos indicado que no hay lugar a tratar el interés superior del menor si no se contempla como instrumento para la resolución de los distintos conflictos de intereses en los que pueda quedar inmiscuido el menor. Pero cuando el conflicto se da entre los intereses de los padres y los intereses del menor se produce un desequilibrio procesal que obliga al Estado a intervenir. Para estos supuestos encontramos en nuestro Ordenamiento la figura del defensor judicial y en Alemania tras la reforma del derecho procesal operada por la Ley de primero de julio de 1998 que ha dado nueva redacción al artículo 50 FGG¹⁰⁴ se dispone de la figura del *Verfahrenspfleger*¹⁰⁵ para cuando exista una notable contraposición de intereses entre los padres y el menor, dicha norma señala que el Juzgado sólo podrá omitir tal nombramiento fundamentando su decisión. La doctrina, no obstante, sigue considerando que tal previsión legal no es suficiente en tanto que no está previsto que dicho «abogado del menor» deba acreditar una determinada formación, por el contrario en principio podría ser defensor del menor cualquier persona. Por ello se afirma que la Ley debería haber optado por prever el nombramiento de un «defensor de oficio» experto en la materia y conocedor de los derechos del menor¹⁰⁶.

Cuando el Jugendamt conoce la existencia de un menor necesitado de ayuda por hallarse en cualquiera de los supuestos previstos por el artículo 1666 BGB lo comunicará al Juzgado. En un primer momento se tomarán las medidas provisionales pertinentes en un procedimiento de urgencia, para ello basta con que las alegaciones hechas sean creíbles, si bien la decisión definitiva deberá fundarse

(3) Al servicio de ayuda a la juventud le corresponde mantener una posición activa ante el Juzgado en lo que sea necesario para evitar una amenaza al bien del niño o del joven, es decir acudir ante el Juzgado a los efectos expuestos en el párrafo segundo.»

¹⁰³ WIESNER, Reinhard, y MÖRSBERGER, Thomas, *SGB VIII –Kinder- und Jugendhilfe*, Munich, 2000, p. 50.

¹⁰⁴ FGG, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

¹⁰⁵ La palabra *Verfahrenspfleger* podría traducirse como curador judicial, en la práctica desarrolla las mismas funciones que corresponden al defensor judicial en el caso de conflicto de intereses del titular de la patria potestad con su hijo.

¹⁰⁶ SALGO, LUDWIG, *Der Anwalt des Kindes*, Frankfurt am Main, 1996, p. 5 y ss. y en «Die Implementierung der Verfahrenspflegschaft», *FPR*, 1999, pp. 313-321. También WEYERS, Hans Leo, Seminario sobre Kindeswohl, marzo-julio 2003.

en alegaciones probadas. Entre las medidas previstas por los artículos 1666 y 1666a del BGB que pueden ser adoptadas, la más extrema será la de separar al menor de sus padres, medida que sólo se justifica cuando se han practicado todas las pruebas necesarias y se ha comprobado la veracidad de los hechos alegados, pudiendo razonablemente evaluarse las circunstancias concurrentes y el grado de la amenaza al bien del niño¹⁰⁷. Estas decisiones podrán cambiarse en todo momento en tanto se compruebe que se favorece el interés del menor¹⁰⁸.

Estas medidas provisionales en principio carecen de un plazo legal, sólo perderán vigencia cuando sean sustituidas por las definitivas. Este hecho ha sido duramente criticado por la doctrina, pues se afirma que existe un deber constitucional de añadir un plazo a cualquier decisión provisional¹⁰⁹. Sin embargo, en la práctica judicial ocurre justamente lo contrario, en ocasiones estas medidas civiles para la protección del menor dan lugar a efectos definitivos, pensemos que en ocasiones el menor alcanza la mayoría de edad sin que el proceso haya terminado y resulta que una decisión provisional se convierte en decisión final.

Además debemos tener en cuenta el sentimiento infantil del tiempo, un año en la vida de un niño tiene distinto significado a un año en la vida de un adulto, de hecho un lapso pequeño de tiempo puede significarle una eternidad. Pero además si se opta por separar al pequeño de sus padres para insertarlo en una familia de acogimiento se debería ser muy cauto. No debe jugarse con los sentimientos del menor y en principio debemos considerar contrario al interés del menor el que tras un período de tiempo estimable en el seno de una familia de acogimiento el menor fuera separado de ésta¹¹⁰.

Finalmente señalar que en Alemania están totalmente separadas la jurisdicción civil y la jurisdicción penal, siendo posible que de mediar maltratos simultáneamente se desarrollos dos procedimientos, uno civil para privar a los padres de la patria potestad y otro penal para enjuiciar el delito. Sólo hay lugar a iniciar previamente la vía penal si se tratase del ejercicio de una acción civil para reclamar una indemnización de daños y perjuicios por la comisión de un

¹⁰⁷ Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional alemán repetidamente: BVerfG, *FamRZ*, 1994, 233 y BVerfG, *FamRZ*, 2002, 1021.

¹⁰⁸ WEYERS, Hans Leo, Seminario sobre Kindeswohl, marzo-julio 2003.

¹⁰⁹ HEILMANN, Stefan, *Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht*, Neuwied, 1998, p. 257.

¹¹⁰ Recogemos la opinión de SALGO, Ludwig, en *Pflegekindschaft und Staatintervention*, Darmstadt, 1987, p. 50 y ss., autor que considera que el tiempo en los procedimientos sobre el bien del menor se presenta como problema nuclear del Derecho de familia.

hecho tipificado como delito. En todo caso, de mediar maltratos, el juez de lo civil no estará obligado a dar parte al juez de lo penal de los maltratos causados al menor¹¹¹.

VIII. INTERVENCIÓN DEL JUGENDAMT

El Jugendamt es un servicio público para la protección de la juventud que presenta oficinas tanto a nivel municipal como comarcal, su función principal consiste en la adopción de las medidas necesarias para la protección del niño y del joven (Jugendhilfe), destacando su intervención en los supuestos de maltrato de niños. Se rige por la SGB VIII de 1991¹¹², norma que sustituyó la JWG de 1922¹¹³, frente al carácter administrativo e intervencionista de esta última destaca el carácter protector y asistencial de la primera. La nueva Ley antes que perseguir la intervención busca el ofrecimiento de prestaciones asistenciales. Se trata de una apertura hacia los padres en busca de su cooperación en la formación del menor mediante una serie de ayudas principalmente educativas. Wiesner considera que existe una exigencia constitucional que obliga a la protección preventiva del menor –sea niño o joven– mediante un apoyo familiar en lo que pueda servir para neutralizar determinadas amenazas para el desarrollo del menor¹¹⁴.

La SGB VIII prevé un amplio abanico de medidas a considerar, de entre ellas tienen especial relevancia las previstas en el artículo 16.1.3 enfocadas al fomento de la educación, destaca la exigencia legal de aleccionar a la familia en la búsqueda de vías de solución de conflictos familiares¹¹⁵. Por otro lado encontramos las prestaciones ofertadas a los responsables del menor por los artículos 27 y siguientes SGB VIII, entre estas ayudas destacan el asesoramiento en la educación (art. 28), la asistencia pedagógica-social (art. 31), el cuidado del niño a tiempo completo (art. 33). Por su parte el artículo 34 SGB VIII prevé la posibilidad de prestar viviendas colectivas a los jóvenes menores de edad, en ellas éstos vivirán

¹¹¹ Queda al libre arbitrio del juez de lo civil decidir si los hechos son los suficientemente graves como para dar lugar a un proceso penal, en absoluto está obligado a poner en conocimiento del juez de lo penal tales hechos. Además en ocasiones puede juzgarse que, ante una conducta irregular de los padres pero no reiterada, no sea lo mejor para el bien del niño el inicio de una causa penal contra sus padres.

¹¹² SGB VIII, Sozialgesetzbuch Achtes Buch. Kinder –und Jugendhilfe, de primero de enero de 1991, reformada el 8 de febrero de 1998.

¹¹³ JWG, Jugendwohlfahrtsgesetz de 1922.

¹¹⁴ WIESNER, Reinhard, *SGB VIII –Kinder- und Jugendhilfe*, Munich, 2000, pp. 15 y ss.

¹¹⁵ Medidas introducidas por la *Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung* de 6 de julio de 2000.

en comunidad asistidos por un «curador»¹¹⁶, de esta forma se les deja a los jóvenes un amplio campo para su propia iniciativa bajo un control asistencial. Por otro lado, el artículo 8.3 SGB VIII permite al joven o niño (a cualquier edad) dirigirse al Jugendamt para pedir una consulta privadamente, sin conocimiento del titular de su patria potestad o tutela, siempre que considere que el conflicto existente con sus padres o tutor es grave y exige la adopción urgente de medidas¹¹⁷.

Considera Heilmann¹¹⁸ que aunque la SGB VIII (art. 3) prevé que estas funciones asistenciales puedan en ocasiones ser realizadas también por organizaciones no gubernamentales de carácter asistencial, sin embargo la responsabilidad para el ejercicio de esta función de guarda estatal (que comprende tanto la vigilancia como el control) corresponde en última instancia al Estado a través del Jugengamt.

Cuando la amenaza al bien del niño no puede neutralizarse mediante ayudas educativas en el ambiente de origen procede una intervención de crisis dirigida a la protección del menor, pero tal opción de por sí crea tensiones estructurales¹¹⁹. De la lectura de la SGB VIII y de la Constitución resultan antinomias, por un lado se propone no intervenir con demasiada intensidad en el ámbito de actuación de los padres, por otro se exige neutralizar la amenaza al interés del menor a tiempo y con eficacia. En la práctica surge un conflicto entre la eficacia buscada y el principio de intervención mínima, lo cual ha dado lugar a no pocos reproches por quienes no han comprendido la orientación buscada por el servicio de asistencia al menor. En todo caso ha de distinguirse entre el derecho constitucional a reactivar las relaciones paterno-familiares y el deber constitucional de proteger al menor separándolo de su familia cuando ello sea obligado.

El Jugendamt podrá actuar directamente en casos de urgencia¹²⁰, en dichos supuestos el Jugendamt podrá decidir tanto la residencia del menor como las tareas educativas pertinentes (art. 42 SGB VIII), se trata de medidas a tomar durante un espacio de tiempo limitado. Dicho artículo establece como función primordial en estos supuestos la de informar y aconsejar al menor sobre su situa-

¹¹⁶ Betreuer.

¹¹⁷ WIESNER, Reinhard, ob. cit., p. 8.

¹¹⁸ HEILMANN, Stefan, «Hilfe oder Eingriff?», *ZfJ*, 2000, p. 41. Refiere a título de ejemplo instituciones tales como Caritas, Cruz Roja u otras especializadas.

¹¹⁹ MÜNDER, Johannes, *Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz*, Münster, 2000, p. 113.

¹²⁰ WIESNER, Reinhard, ob. cit., p. 42, nos informa que en año 2000 hubo lugar a 31.124 intervenciones de urgencia del Jugendamt en Alemania.

ción ofreciéndosele las medidas de ayuda y apoyo necesarias. Entre las medidas que provisionalmente puede adoptar el Jugendamt encontramos la entrega en custodia del niño a una familia de acogimiento o su ingreso en una comunidad de jóvenes, siempre y cuando conste un daño inminente para el bien del menor (art. 42.3) o el mismo pida la aplicación de tales medidas (art. 42.2). En ambos supuestos el Jugendamt deberá informar a los titulares de la patria potestad (o tutela) sin retraso, si éstos no se oponen la medida se mantendrá (y no hay previsto plazo legal¹²¹), si se oponen a la actuación del Jugendamt resultará que si bien los padres conservan la «guardia y custodia» el niño no habitará con ellos, pues la controversia será elevada por el Jugendamt a la autoridad judicial para que decida sobre el mantenimiento de la medida o la toma de otras medidas necesarias para el bien del niño.

La separación del niño de su familia de origen debe regirse por el principio de la proporcionalidad teniendo muy encuentro tanto los efectos colaterales y consecuencias negativas que puede producir tal intervención¹²² como el alcance de la amenaza que se cierre sobre el niño. Nos movemos entre el peligro que supondría una separación prematura y el error que supondría dar demasiadas oportunidades a una familia problemática cuando los reiterados esfuerzos por lograr una rehabilitación social de la familia podrían convertir al niño en un objeto experimental de la sociedad y experimentar durante demasiado tiempo con medidas de ayuda puede contribuir a que cuando ya en un último momento se decida la intervención el niño este dañado ya irreversiblemente¹²³. Se impone consecuentemente una cuidadosa planificación de la ayuda (art. 36 SGB VIII).

Podemos resumir estas líneas diciendo que las funciones primordiales del Jugendamt son la de prestación de ayuda a menores y la participación en el procedimiento judicial que afecte al menor, con carácter excepcional se prevé también la intervención en el seno familiar para separar al niño de sus padres cuando lo exija razones de urgencia y peligrosidad. Esta institución ha sido implantada en Alemania siguiendo el modelo de la oficina de protección de menores de los Estados Unidos¹²⁴, sin embargo, a diferencia de

¹²¹ Esto motiva la crítica de SALGO, Ludwig, y HEILMANN, Stefan, en ob. cit., p. 977, pues consideran que la Ley debería prever un límite temporal para esta medida del Jugendamt.

¹²² ZENZ, Gisella, *ob cit.* p. 370.

¹²³ COESTER, Michael, «Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilferechts (KJHG) für das Familienrecht», *FamRZ*, 1991, pp. 253-263.

¹²⁴ En Estados Unidos, las normas de los distintos Estados son estrictas y exigen siempre poner en conocimiento del juez cualquier maltrato que haya sufrido el menor.

su precedente americano el Jugendamt no tiene un deber general de informar al juez de todo maltrato de que conozca¹²⁵. El artículo 50 SGB VIII deja al libre criterio del Jugendamt decidir si es necesario o no informar a la autoridad judicial, pues el legislador alemán ha querido otorgarle esta competencia, sin embargo esta decisión no puede ser indiscriminada, pues puede ser recurrida por quien se considere perjudicado. Por ello en última instancia será el juez el responsable de decidir si hay lugar o no a la intervención, es tarea del juez, y no del Jugendamt, el concretar cuál es el bien del niño en cada caso y cuáles son los peligros que le amenazan, si bien en esta tarea será preciosa la aportación del personal asistencial del Jugendamt quien podrá contribuir activamente en la indagación de los hechos¹²⁶.

Terminamos el estudio del ámbito de actuación del Jugendamt centrándonos en el ámbito de responsabilidad de un colaborador de dicho organismo. Referimos unos hechos que dieron lugar a un acalorado debate, a la publicación de un libro: *Der Tod eines Kindes* («La muerte de un niño»)¹²⁷ y que han sido enjuiciados penalmente. El hecho desencadenante fue la muerte de un lactante en el año 1994, dicho menor se encontraba a cargo del Jugendamt, su fallecimiento se debió a que no le proporcionaron alimentos suficientes para su subsistencia. La cuestión era determinar si mediaba o no un delito de omisión del colaborador del Jugendamt. No se trataba de un abandono sino de la no realización de la conducta que era obligada, en todo caso se trataría de un delito de omisión no genuino. Finalmente se entendió que el colaborador del Jugendamt era el encargado de proteger al lactante y tenía una posición de garante del mismo, dicha posición exigía la realización de una conducta –alimentar correctamente al recién nacido– que omitió, y esto fue lo decisivo para entender que sí mediaba un delito de omisión tipificado por el artículo 323 CtGB¹²⁸.

IX. PROTECCIÓN PENAL DEL NIÑO

Ya hemos señalado que en Alemania la jurisdicción civil y penal funcionan con independencia pudiendo ser que ante unos

¹²⁵ Téngase en cuenta que el Jugendamt informará y colaborará con la jurisdicción civil, en el ámbito penal carece de competencias, ejerciendo en parte sus funciones el Ministerio Fiscal.

¹²⁶ D'HEUR, Bernd Jean, «Kindeswohl, staatliches Wächteramt und Reform des Kinder- und Jugendhilferechts», *RdJB*, 1992, p. 165.

¹²⁷ BRINGEWAN, Peter, *Der Tod eines Kindes*, Baden-Baden, 1997.

¹²⁸ WESSELS, Johannes, *Straferecht- Allgemeine Teil*, Heidelberg, 1998, p. 221.

maltratos se sigan simultáneamente dos procedimientos distintos, uno civil para privar a los padres de la patria potestad y otro penal para enjuiciar el delito. Más aún hemos señalado que, en principio, el juez de los civil no está obligado a informar al juez de lo penal cuando conozca sobre un niño maltratado.

No obstante, en el marco de protección del niño tiene la ley penal un especial significado con una serie de medidas recogidas tanto en el Código penal¹²⁹ como en la Ley procesal penal¹³⁰. La cuestión que se plantea es determinar cuándo procede la sanción penal del autor del daño al niño teniendo en cuenta la existencia de múltiples conductas tipificadas¹³¹. Cuando media un maltrato de un menor, puede serlo por causas cualificadas como una lesión al deber de asistencia o educación (art. 170d StGB), o una lesión corporal causada por el propio responsable del menor (art. 225StGB), o una lesión causada por un tercero ajeno a la patria potestad o tutela resulta que tal comportamiento no se considera agravado, pues el legislador alemán no distingue si la víctima es menor o adulto (a diferencia del supuesto en que el daño lo causaran los padres) lo cual ha dado lugar a no pocas críticas entre la doctrina (pensemos que las lesiones las cause el compañero sentimental de la madre)¹³².

Quizá la mayor problemática que se nos presente en materia de maltratos se dará cuando los padres justifiquen su actuación alegando que se trata del ejercicio de un legítimo derecho de corrección sobre el menor, que excluiría toda sanción por violencia corporal. Así lo consideran Tröndle y Fischer¹³³ autores de una de las obras más usadas en Alemania, en cuya edición de 1999 leíamos: «En el artículo 1631 BGB (evidentemente en su versión anterior a la reforma de 2000) encontramos una norma programática en forma de pauta de comportamiento sin sanción puesto que el abanico de conductas educativas prohibidas no se ha visto alterado por dicha norma. Dicho principio no implica que cualquier tipo de castigo corporal, por ejemplo el ejecutado con una caña, haya de ser

¹²⁹ StGB, Strafgesetzbuch.

¹³⁰ StPo, Strafprozeßordnung.

¹³¹ Puede haber lugar a lesiones corporales (arts. 223 y ss. StGB), homicidio (art. 212 StGB), Asesinato (art. 211 StGB), merece especial referencia el Kindestötung, referido al asesinato del niño en el acto del parto por su madre (art. 217 StGB), abandono (art. 221 StGB), omisión de asistencia (art. 323c StGB), así como una serie de delitos sexuales: cohabitación entre parientes (art. 173 StGB), abuso sexual por la persona encargada de cuidar al niño menor de doce años (art. 174 StGB), abuso sexual del niño (art. 176 StGB), fomento de actos sexuales al menor de edad (art. 180StGB) y abuso sexual de joven menor de edad (art. 182StGB).

¹³² Ver ZENZ, Gisella, ob. cit., p. 28, y STUMPF, Thomas W., *Opferschutz bei Kindesmisshandlung*, Neuwied, 1995, p. 190. Evidentemente el juez podrá graduar la pena de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46 StGB.

¹³³ TRÖNDLE, Herbert, y FISCHER, Thomas, *Strasgesetzbuch und Nebengesetze*, Munich, 1999, p. 223, núm. 11.

un acto humillante. El pedir la abolición legal del derecho de los padres a castigar es tan poco realista como inadecuado desde el punto de vista pedagógico y no puede ser sancionado con medidas de tipo penal.»

Sin embargo, como ya sabemos, al año siguiente dicho artículo 1631 BGB fue modificado por la Ley para la ilegalización de la violencia en la educación y modificación del derecho de alimentos del niño¹³⁴, estableciendo una prohibición absoluta de todo tipo de castigo corporal sobre el menor y estableciendo el principio del derecho de todo niño a una educación libre de todo tipo de fuerza o violencia. Por ello, ya en 2001 ha escrito Hoyer¹³⁵ que la causa clásica de justificación del derecho de los padres a castigar físicamente a los hijos fundada en un pretendido derecho de corrección en lo sucesivo no será admisible. Como señalan Salgo y Heilmann, el legislador se ha impuesto sobre los penalistas tradicionales y escépticos que se negaban a admitir las exigencias propias de unos tiempos modernos y una sociedad en avance¹³⁶. Es decir –seguimos a Bussmann¹³⁷– una bofetada o azote del padre al hijo no puede ser penalmente valorada de forma distinta a una bofetada o azote entre adultos en aras del principio de uniformidad de la norma.

Aunque es claro que tras la reforma del año 2000 se ha suprimido de raíz el derecho al castigo físico sobre los hijos, desde la perspectiva penal quedan pendientes algunas interrogantes. Como señala Weyers¹³⁸, cuando el padre o la madre hayan castigado físicamente a su hijo mediante un azote o bofetada parece inadecuado acudir a las sanciones penales tradicionales, es decir, la solución pasa por establecer un modelo moderno de sanciones que ofrezca un abanico de posibilidades mayor al hoy existente. Ante esta criminalización automática de la familia, la Comisión sobre la violencia¹³⁹ ya realizó hace años distintas propuestas que podrían encontrar acomodo en el artículo 153^a StPO, medidas tales como el sometimiento del autor a terapias educacionales, se trata de intentar rehabilitar enseñando caminos alternativos para la resolución de los conflictos familiares sin violencia¹⁴⁰.

¹³⁴ Ley de 7 de noviembre de 2000.

¹³⁵ HOYER, Andreas, «Im Straferecht nichts Neues? – Zur strafrechtlichen Bedeutung der Neufassung des 1631.2 BGB», *FamRZ*, 2001, p. 523.

¹³⁶ SALGO, Ludwig, y HEILMANN, Steffan, ob. cit., p. 981.

¹³⁷ BUSSMANN, Kai-D., *Verbot familialer Gewalt gegen Kinder*, Colonia, 2000, p. 446.

¹³⁸ WEYERS, Hans Leo, Seminario sobre *Kindeswohl*, Frankfurt am Main, marzo-julio 2003.

¹³⁹ Refiere sus conclusiones SCHWIND, Hans-Dieter, *Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt*, Berlín, 1990, p. 318.

¹⁴⁰ En realidad es la misma meta que busca el *Jugendamt* mediante su actuación asistencial.

En todo caso, minimizar el azote al menor puede equivaler a no querer ver la punta del iceberg, no debe subestimarse la posibilidad de una escalada de violencia, teniendo en cuenta su aspecto de maltrato mental y espiritual con sus efectos traumáticos, lesiones mentales que no son menos graves que las físicas¹⁴¹. Además una educación con penas corporales no se correspondería a la imagen del hombre prevista en la Constitución, le negaría al menor su dignidad humana¹⁴².

Queremos ahora traer aquí algunas cuestiones que nos parecen relevantes, por un lado el carácter expansivo del derecho penal en cuanto al delito de omisión, por otro el carácter preventivo del derecho penal alemán que no impone un deber general de denunciar y finalmente el tratamiento procesal «especial» que merece en menor. Ya hemos referido la problemática que se nos presenta a la hora de calificar como delito la omisión de determinados cuidados necesarios para la subsistencia del menor al tratar la responsabilidad penal del colaborador del Jugendamt. Se considera que cuando se actúa ejercitando una función estatal –caso de los colaboradores del Jugendamt– se adquiere una posición de garante que exige actuar diligentemente. No cabe alegar que no se es un experto en dicho trabajo sino un mero colaborador pues inhibiríamos de la debida protección penal al menor¹⁴³.

En Alemania el ciudadano no está obligado a denunciar un acto criminal cuando ya ha sido cometido, sólo está obligado a denunciarlo con anterioridad a su comisión dado el carácter preventivo de dicho Ordenamiento. El argumento esencial contra un presunto «deber» de denunciar es que tal obligación podría hacer peligrar la necesaria relación de confianza que ha de existir en determinadas circunstancias, a título de ejemplo pensemos en la relación entre un médico y su paciente, los padres del menor y el médico que lo atiende o entre el Jugendamt y la familia del menor¹⁴⁴. Precisamente por ello el Jugendamt tampoco tiene un deber de denunciar los actos delictivos de que conozca ante la Justicia penal.

El niño víctima de actos criminales puede sufrir un trauma secundario causado por su asistencia al proceso penal en el que se

¹⁴¹ PRENGEL, Annedore, «Gewaltfreies Erziehen in Familien –Widerspruch von Freiheit und Strukturierung» en BMFSFJ, *Gewaltfreie Erziehung. Materialien zur Familiopolitik*. Bonn, 2000, p. 9.

¹⁴² STAUDINGER y SALGO, LUDWIG, ob. cit., comentario al artículo 1631 BGB, núm. 71. Consideran que las penas corporales no son aptas para el fomento de la persona y son siempre perjudiciales.

¹⁴³ BRINGEWALT, ob. cit., p. 33.

¹⁴⁴ ZENZ, Gisella, «Sekundärtraumatisierung von mißhandelten und mißbrauchten Kindern im gerichtlichen Verfahren» en la obra dirigida por KLOSINSKI, Günter, *Macht, Machtmißbrauch und Macht verzicht*, Berlín, 1995, p. 91.

enjuicie a sus agresores, por ello se busca minimizarle al menor las cargas que suelen acompañar al procedimiento en la medida que ello sea posible¹⁴⁵. De hecho en la Ley para la protección de los testigos en su toma de declaración en el proceso penal y mejoramiento de la protección de las víctimas de 30 de abril de 1998¹⁴⁶ se ha introducido la novedad (art. 58a StPo) de tomar declaración a un testigo mediante soporte audiovisual grabado en determinados supuestos, entre ellos cuando se trate de un menor de dieciséis años lesionado por los hechos criminales o cuando la toma de declaración delante del acusado implique un daño grave para el testigo, peligro no evitable de otra forma¹⁴⁷. Considera la doctrina alemana que quizá por estos medios se consiga descargar a los testigos infantiles de las tensiones propias de todo procedimiento penal minimizando los posibles traumas secundarios del niño, no obstante –se señala– que debemos calcular si los costes que tales medidas pueden llevar son asumibles, pues no debemos olvidar que al fortalecer la posición de la víctima disminuimos los derechos del acusado¹⁴⁸.

Las grandes antinomias que existen en Alemania entre el proceso civil y el proceso penal en materia de menores son evidentes y graves. En ocasiones no existe cooperación alguna entre el tribunal civil y el penal, pensemos que el juez civil no está obligado a poner en conocimiento del juez penal los indicios de criminalidad que observe y ello puede dar lugar a peligrosas disfunciones. A título de ejemplo podemos traer a colación una resolución de fecha 13 de febrero de 1987 de un juzgado de primera instancia de Hamburgo¹⁴⁹ que al conocer de un caso de abuso sexual de un padre sobre sus dos hijos de nueve y doce años (abusos reconocidos por el propio padre), optó por negarse a comunicar los hechos a la fiscalía a fin de que iniciara un procedimiento penal. En este caso la jueza consideró que se trataba de un proceso civil sobre la patria potestad con el fin de ayudar al menor y no con el fin de perseguir un crimen. Éste es exactamente el núcleo del problema, mientras el proceso civil busca únicamente procurar ayuda y protección al menor (y en lo posible a su entorno familiar), el proceso penal tiene fines muy distintos dirigidos a castigar al autor del delito.

¹⁴⁵ ZENZ, Gisella, «Sekunärtraumatisierung...», p. 91.

¹⁴⁶ Zeugenschutzgesetz (ZSchG).

¹⁴⁷ Se prevé la posibilidad de grabar en soporte audiovisual la audiencia particular del testigo que haya de estar separado del acusado, no obstante se tratará de una transmisión simultánea de imagen y sonido.

¹⁴⁸ SARGO, Ludwig, y HEILMANN, Stefan, ob. cit., p. 987.

¹⁴⁹ 114 VIII W 11645, 114 VIII S 16648.

La frontera entre lo civil y lo penal está sin trazar y cuando un trabajador del Jugendamt contempla la posibilidad de denunciar el maltrato de un niño ante la jurisdicción penal en ocasiones se encuentra especialmente sensibilizado hasta el punto de preguntarse si el provocar que el padre vaya a prisión es realmente lo mejor para el niño y su familia, familia que en ocasiones quedará sin la fuente de ingresos necesaria para su supervivencia. Finalmente apreciamos que no es que se renuncie a la protección penal de los derechos del menor, es que dicha protección no será siempre activada, encontrar un equilibrio en esta materia exige dosis extremas de cuidado y atención teniendo en cuenta el caso concreto a valorar.

En muchas ocasiones el maltrato del menor es fruto del aislamiento social y alta frustración de los padres que se descargan mediante actos violentos sobre los menores, la pobreza y la ausencia de empleo son detonadores que pueden dar lugar a conductas violentas, por ello junto con las medidas concretas para el caso dado encontramos otras muchas medidas que han de procurarse en política social para mejora estas situaciones y evitar que estos caldos de cultivo de maltratos se reproduzcan. En todo caso, la puesta en marcha de las nuevas medidas adoptadas en Alemania deberá ir acompañada de medidas que logren arraigar el cambio en la sociedad.

X. EL BIEN DEL NIÑO Y LA VOLUNTAD DEL MENOR

Ya hemos señalado que el juez de familia tendrá que dar audiencia al menor en los procedimientos que el afecten¹⁵⁰. Como señalan Staudinger y Coester se trata de facilitar al Juzgado un mayor entendimiento de su personalidad y situación, de sus necesidades y sentimientos¹⁵¹. Ahora bien, aunque legalmente sólo debe de oírse al menor obligatoriamente una vez que haya cumplido catorce años (edad en la que parece que es normal que ya tenga capacidad natural), también cuando no tenga tal edad deberá ser oído por el juez cuando le afecte la decisión a tomar¹⁵². De hecho encontramos doctrina que señala que incluso un niño de tres o cuatro años debería ser oído, si bien lo importante sería saber valorar e interpretar la voluntad y querencias del niño¹⁵³.

¹⁵⁰ Artículos 50a, 50b y 50c FGG.

¹⁵¹ STAUDINGER y COESTER, ob. cit., (comentario al art. 1666 BGB), núm. 215. En palabras de WEYERS debe de tratarse humanamente al niño para evitar que sea cosificado. WEYERS, Hans Leo, Seminario sobre *Kindeswohl*, Frankfurt am Main, marzo-julio 2003

¹⁵² Artículo 50b ap. I, FGG.

¹⁵³ ZITELMANN, Maud, ob. cit., p. 126.

La cuestión que ahora nos planteamos ha dado lugar a duras discusiones entre la doctrina alemana y es la determinación de si la voluntad del niño puede servir como criterio decisivo en los casos que se presenten como dudosos. Al respecto se han formulado dos tesis, por un lado la de quienes consideran que el bien del niño no puede ser contrario a la voluntad del niño y por otro, la de quienes estiman que la realización de los deseos del niño puede perjudicar al propio bien del niño.

Respecto a la primera tesis decir que se llegó a afirmar que el deseo o la voluntad del niño era el contenido esencial del «bien del niño» considerado subjetivamente este concepto como bienestar del menor. Otros autores consideraron que el respeto a la voluntad del niño debía estimarse como requisito para conseguir el interés del menor únicamente en tanto derecho de autodeterminación del menor dotado de capacidad natural. Los seguidores de la segunda tesis afirman que el ser humano bajo determinadas presiones e influencias puede no ser objetivo respecto a su propio interés¹⁵⁴.

Dettenborn¹⁵⁵, propone seguir el siguiente principio: Por mucho que se plantee la posibilidad de respetar la voluntad del niño, habrá de tenerse en cuenta que la intervención estatal en ocasiones es necesaria para el logro del propio bien del niño. Evidentemente hay supuestos en los que los deseos del niño son contrarios a las necesarias medidas protectoras que las circunstancias exigen. En este marco encuadra el artículo 1666.1 BGB y las medidas en el previstas, pues el significado del deseo del niño puede corresponderse con sus necesidades objetivas, o puede ser contrario a tales necesidades (puede pretender mantener el contacto con su maltratador).

Pero en los supuestos dudosos ¿Qué valor tendrá la voluntad del menor? En estos casos es usual que los sicólogos se fijen en las relaciones que rodean al menor y los juristas en las posibilidades de mejora del mismo. En todo caso, en los supuestos dudosos, la voluntad del menor adquiere una relevancia especial (determinante si tiene capacidad natural) en la toma de la medida más adecuada; las manifestaciones que haga el menor sobre sus relaciones con sus familiares y allegados han de ser tenidas muy en cuenta¹⁵⁶.

En todo caso no debemos olvidar que el niño pequeño posee un mundo propio de querencias y deseos, un lenguaje propio que ha de ser interpretado por un especialista, es decir se hace imprescindible la colaboración del sicólogo o del pedagogo que ayudará al

¹⁵⁴ DETTENBORN, Harry, ob. cit., p. 78.

¹⁵⁵ Idem, ob. cit., p. 79.

¹⁵⁶ Idem, ob. cit., p. 80.

jurista a interpretar y determinar esas querencias que el menor quiere manifestar. En todo caso, el Tribunal constitucional alemán ha señalado reiteradamente que la voluntad del menor ha de tenerse en cuenta cuando se tomen decisiones que le afecten¹⁵⁷, lo cual si bien no implica que dicha voluntad sea siempre determinante (deberá tenerse muy en cuenta el informe del especialista en todo caso) sí que implica que la Jurisprudencia alemana cada vez tiene más en cuenta la voluntad del niño¹⁵⁸.

El Tribunal Constitucional alemán igualmente ha estudiado el trato que ha de darse a los deseos expresados por el menor¹⁵⁹ considerando que si bien la norma es que el menor debe ser oído, lo importante es saber interpretar el lenguaje, querencias y necesidades del niño, teniendo en cuenta que en ocasiones podrá haber sido influido el menor por uno de sus progenitores para que hable en contra del otro. Por ello se considera que cuando el Juzgado de familia no tiene clara cuál es la interpretación que ha de dar a los deseos del niño (especialmente cuando se niega a ver a uno de sus progenitores) resulta imprescindible la consulta a un experto perito en la materia, es decir a un sicólogo especialista en el trato con menores¹⁶⁰.

Finalmente señalar que será el juez en cada caso concreto quien tendrá que valorar (teniendo en cuenta el informe de los especialistas, ya sean sicólogos o pedagogos) el reconocimiento que en un momento dado pueda prestarse a la voluntad del menor. Al respecto podemos traer a colación el asunto resuelto por el Tribunal territorial de Schleswig en el año 2003¹⁶¹ en el que la pieza angular fue la valoración de la voluntad de un menor de diez años. En este caso el padre que ejercía la patria potestad con exclusividad, tomó la decisión unilateral de cambiar la residencia familiar trasladándose a otra ciudad, y en principio su hijo no se opuso a tal decisión. Sin embargo dicho cambio domiciliario supuso una ruptura del menor con su entorno familiar y afectivo que le causó un cambio de carácter que no pasó inadvertido. De hecho, el experto que trató al

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de noviembre de 1980, BVerfGE 55, 171 (182). Ante todo se considera que el niño es una persona provista de derechos fundamentales, persona que ha de ser oída al tomarse decisiones que le conciernan. Evidentemente ha de tenerse en cuenta la situación en que se encuentre el niño al expresar su voluntad, (edad, estado de desarrollo, condición mental).

¹⁵⁸ Así lo refieren STAUDINGER y COESTER en su comentario al artículo 1666 BGB, ob. cit., núm. 71.

¹⁵⁹ BVerfG, *FamRZ*, 2001, p. 1057. Se valoró la negativa de una niña de seis años a mantener toda relación con su padre como una influencia negativa de la madre sobre la menor.

¹⁶⁰ MOTZER, Stefan, «Gesetzung und Rechtsprechung zur elterlichen Soprgen und zum Umgangsrecht seit dem Jahr 2001», *FamRZ*, 15 junio 2003, p. 798.

¹⁶¹ OLG Schleswig, *FamRZ*, 2003, pp. 1494, 1495.

menor consideró que los verdaderos deseos del niño no habían sido apreciados quedando totalmente inadvertidos, siendo su dictamen que el menor presentaba un síndrome de inadaptación a su nuevo entorno (PA-Syndrom) lo cual no impedía que presentase una absoluta solidaridad con su padre. El Tribunal, al oír al niño, apreció que como resultado del traslado carecía éste de todo punto de referencia, y que en realidad se encontraba totalmente manipulado por su padre, por lo que la voluntad manifestaba no se correspondían con sus verdaderas necesidades. El Tribunal consideró que el niño no puede ser nunca un mero objeto de medidas forzadas impuestas por los padres, sino que ha de ser considerado como portador de derechos fundamentales cuyo respeto es necesario para lograr un correcto desarrollo de su personalidad.

En esta línea podemos también recoger el pronunciamiento del Tribunal territorial de Frankfurt am Main¹⁶² que resolvió sobre un caso en el que el menor de dieciséis años se negaba a vivir junto a su madre (que ejercitaba con exclusividad la patria potestad) solicitando vivir con su padre. En este caso se consideró que no resultaba ni pedagógico ni educativo ignorar la postura del menor totalmente contraria a la convivencia con su madre.

Finalmente debemos señalar que el respeto de la voluntad del menor presenta especial relevancia cuando se trata del ejercicio de sus derechos fundamentales, materia en la que el menor tiene un ámbito propio decisario necesario para el desarrollo de su personalidad. En esta línea D'Heur¹⁶³ pone de relieve que todo niño debe ser considerado como portador de un conjunto de derechos constitucionales en tanto ser humano, evidentemente dichos derechos fundamentales van a constituir el núcleo de cualquier reflexión constitucional sobre el alcance del bien del menor.

Los Tribunales alemanes consideran que cuando la relación entre los padres y el menor causa a este último profundas perturbaciones en sus derechos fundamentales puede ser retirada la patria potestad. En esta línea se ha señalado que en ocasiones el joven tiene deseos de independencia que se corresponden con su edad, deseos que deben ser respetados y comprendidos, de hecho ciertos comportamiento autoritarios de los padres pueden dar lugar a que pierdan la patria potestad. Se trata del respeto no solo de los derechos fundamentales del menor sino de un ámbito de intimidad que le es propio y donde no deben inmiscuirse los padres. Tal fue el caso enjuiciado en Colonia en el que los padres naturales de Koso-

¹⁶² OLG Frankfurt am Main, *FamRZ*, 2003, pp. 1314, 1315.

¹⁶³ D'HEUR, Bern Jean, «Kindeswohl staatliches Wächteramt und Reform des Kinder- und Jugendhilferechts», *RdJB*, 1992, p. 165.

vo pretendían casar con urgencia a su hija de diecisiete años con un hombre de su mismo círculo cultural¹⁶⁴.

El respeto a la autonomía del menor se manifiesta también en otros pronunciamientos judiciales. Tal es el supuesto enjuiciado por el Tribunal territorial de Schlewig en el año 2003¹⁶⁵, en el que ante un desacuerdo absoluto de los padres sobre la religión que debía profesar su hija de tres años se solicitó por la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, solicitud denegada por considerarse que dicha disputa no la justificaba. Sin embargo, lo que nos interesa ahora en este punto es que ante la negativa del padre de religión musulmana a que su hija fuera bautizada se optó por el Tribunal por posponer la decisión sobre su bautismo hasta que la menor cumpliera catorce años, pues con dicha edad se le considera en Alemania con «mayoría de edad religiosa» por tener capacidad natural para decidir sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales. Se consideró que el que la menor participase en la comunidad cristiana de su madre sin ser bautizada en nada contradecía el interés del menor. Al contrario sería cuando dicha menor tuviese suficiente madurez cuando podría decidir libremente sobre la religión a la que quisiera pertenecer¹⁶⁶.

XI. EL BIEN DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA ALEMANA

El bien del niño es la clave para entender el reciente tratamiento jurisprudencial del Derecho de familia en Alemania. Recogemos aquí una serie de pronunciamientos en los que las decisiones se han tomado subordinando otros intereses al superior interés del menor.

¹⁶⁴ OLG de Colonia, *FamRZ*, 2001, p. 1087.

¹⁶⁵ OLG Schkeswig, *FamRZ*, 2003, p. 1948.

¹⁶⁶ Se trata ésta de una cuestión estudiada entre nosotros por SANTOS MORÓN en «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio, *La Ley*, núm. 5675, 12 de diciembre de 2002, p. 4. Autora que señala que en Alemania ante la colisión entre el derecho constitucionalmente reconocido por el artículo 6.2 GG por el que los padres pueden educar a sus hijos y la propia capacidad de los menores para ejercer sus derechos fundamentales se ha optado por considerar que los padres sólo pueden decidir cuando el niño no esté en condiciones de hacerlo por sí mismo (cita a PESCHEL-GUTZEIT en Staudingerr Kommentar, libro 4.^º, 1992, 1626, núm. 18). Respecto al derecho a la libertad religiosa, ya desde la Ley de educación religiosa de 15 de julio de 1921, se ha distinguido entre tres edades: Una vez que el menor ha cumplido diez años ha de ser oído cuando se plantea cualquier conflicto sobre su educación religiosa. Una vez que el menor ha cumplido doce años no puede obligársele a participar en una creencia religiosa distinta a la que hasta entonces estuviera practicando y una vez que haya cumplido catorce años es libre para decidir por sí mismo qué religión adoptar. De hecho MOTZER, Stefan ob. cit., p. 1146, refiere que se trata de una auténtica mayoría de edad religiosa.

El desarrollo de este estudio jurisprudencial lo haremos distinguiendo dos apartados. En primer lugar nos referiremos a una serie de cuestiones que podemos calificar como claves en el tratamiento del interés del menor, cuestiones tales como el deber de cooperación de los padres, la elección del domicilio conyugal en relación con el «principio de la continuidad» (pieza clave en la materia), la toma unilateral de decisiones por el padre o la madre en los supuestos de ejercicio conjunto de la patria potestad (supuestos en los que media conflicto entre los padres), la separación del menor del padre no casado y la relación del menor con su familia biológica. En segundo lugar estudiamos la interpretación que hace la jurisprudencia germana de determinados artículos del BGB debido a la repercusión que las aplicación de dichas norma supone para determinar el alcance y contenido del interés del menor en cada uno de los casos enjuiciados. En concreto se trata de los artículos 1618, 1632, 1666 y 1671 BGB.

A) Grupos de casos recogidos por la jurisprudencia alemana al aplicar el principio del interés superior del menor o bien del niño:

– Deber de cooperación de los padres en el cuidado del menor:

El Tribunal Federal Supremo alemán (BGH)¹⁶⁷ ha señalado que los padres tienen la obligación de cooperar, de actuar coordinadamente para conseguir que el desarrollo y el bien del niño sean efectivos y ello tanto mientras vivan juntos como tras su separación¹⁶⁸. Cuando se produce un divorcio de los padres, éstos tienen un deber de facilitar el contacto del hijo común con el otro progenitor. Se trata de un deber que cada vez adquiere mayor intensidad e implica que el progenitor que tiene la guarda y custodia debe actuar activamente para lograr la efectiva relación del menor con el otro progenitor, y ello hasta el punto que en aquellos supuestos en los que no se procura este contacto sino que se actúa dificultándolo puede llegar a exigirse una indemnización de daños y perjuicios por el progenitor perjudicado¹⁶⁹.

Dicho parecer del Alto Tribunal alemán se recoge también en las decisiones que los tribunales territoriales alemanes (OLG)¹⁷⁰

¹⁶⁷ Bundesgerichtshof (BGH).

¹⁶⁸ BGH, *FamRZ*, 1999, p. 1646 y *FamRZ*, 2001, p. 1034.

¹⁶⁹ La Kinder und Jugendhilfegesetz de 26 de julio de 1990 al redactar el artículo 17 SGB VIII, estableció que los padres en los supuestos de separación o divorcio han de ser asesorados para que puedan llegar a un acuerdo sobre la patria potestad del menor.

¹⁷⁰ Oberlandesgericht (OLG).

dan al resolver los recursos planteados ante el Juzgado de familia. En dicha jurisprudencia menor se considera que en los supuestos de separación y divorcio resulta lógico que los padres mantengan conversaciones para encontrar soluciones a los principales problemas que el desarrollo del menor pueda plantear (y ello aunque la guarda y custodia corresponda sólo a uno de ellos). Se trata de lograr una formación concensuada del menor lo cual difícilmente se logrará si ambos progenitores no se hablan o únicamente se comunican a través de sus abogados¹⁷¹. Cooperación que debe regir los desplazamientos del menor, especialmente cuando realice viajes en época de vacaciones. Todo ello implica que se ha de tratar de una formación basada en la tolerancia, es decir que cada padre ha de tener la capacidad de permitir un contacto libre de tensiones del niño con el otro progenitor¹⁷², sólo cuando el padre carente de la guarda del menor no muestre interés por cumplir con su derecho de visita o mantener cierta relación con el menor podría entenderse una actitud pasiva del progenitor con quien conviva el niño¹⁷³. Pero por regla general se deberá permitir una relación continuada del menor con su otro progenitor pues se considera que ello «es importante para conseguir un estable y sano desarrollo sicológico del niño».

– Elección del domicilio familiar y el llamado «principio de continuidad».

Con estas premisas se entiende que en ocasiones el derecho de libre elección de residencia del progenitor con quien convive el menor queda mermado, especialmente cuando de producirse un cambio de residencia radical ello implicaría que el padre de hecho se viera privado de poder mantener toda relación con su hijo¹⁷⁴. Se trata de una regla formulada por los Juzgados de familia según la cual el derecho de visita implica que el progenitor que conserve la guarda y custodia del menor no puede permanecer pasivo sino que ha de favorecer el trato del niño con su otro progenitor de forma que cuando se traslade el hogar familiar a otra ciudad para dificultar la relación entre el menor y su otro progenitor quiebra la regla según la cual los gastos de transporte y estancia son a cargo de

¹⁷¹ OLG Naumburg, *FamRZ*, 2002, pp. 564,565.

¹⁷² OLG Brandenburg, *FamRZ*, 2001, pp. 1021, 1022.

¹⁷³ OLG Dresden, *FamRZ*, 2002, pp. 974,974.

¹⁷⁴ OLG Brandenbrug, *FamRZ*, 2001, pp. 1021, 1022, supuesto en que hubo lugar a admitir una indemnización de daños y perjuicios, ante un desplazamiento totalmente injustificado del hogar familiar (la madre pidió en el trabajo su traslado a otra ciudad en otro Land, el padre reclamó que se le indemnizaran los gastos de transporte y hotel necesarios para poder pasar los fines de semana cerca de sus hijos).

quien visita al menor, pues ante la falta de colaboración que supone el cambio de residencia injustificado es el progenitor causante del perjuicio quien ha de colaborar y pagar¹⁷⁵.

De hecho, la doctrina alemana considera que en los supuestos de separación de los padres el interés del menor exige que el entorno afectivo del niño no resulte alterado manteniendo el contacto y la relación hasta entonces existentes con sus dos padres. Es lo que Motzer, Stefan¹⁷⁶ denomina «principio de continuidad». Partiendo de dicho principio, el derecho de fijación de residencia que en su caso podría corresponder al padre que ejerciera con exclusividad la patria potestad podría quedar muy mediatisado. Igualmente, al decidirse sobre la fijación del domicilio familiar, encontramos pronunciamientos judiciales que señalan que han de ser considerados los abuelos cuando éstos se hubieran ocupado en gran medida del cuidado del menor por no poder hacerlo los padres debido a sus actividades profesionales. Es decir, ha de procurarse que en niño pueda seguir manteniendo un contacto regular con sus abuelos que lo han cuidado y educado¹⁷⁷. Igualmente señala la jurisprudencia que dicho «principio de continuidad» implica que desde que se produce la separación de los padres, hasta que se decide sobre el ejercicio de la patria potestad ex 1671 BGB, el interés superior del niño exige que se conserve la situación hasta entonces existente, permaneciendo las relaciones y contactos del menor con las personas que le son cercanas¹⁷⁸. El «principio de continuidad» también ha de ser tenido en cuenta cuando en un proceso judicial sobre ejercicio de la patria potestad se tome una medida de carácter temporal¹⁷⁹. Finalmente señalar que se ha indicado que la defensa de la «continuidad» del entorno del menor tras la separación de sus padres supone que el artículo 1687 BGB antes que facultar para decidir arbitrariamente sobre la fijación de la residencia del menor a uno de los padres, en realidad prevé principalmente la posibilidad de tomar decisiones sobre las cuestiones que plantea la vida diaria¹⁸⁰.

No obstante, dicho «principio de continuidad» no puede ser interpretado como una regla absoluta que impida al progenitor tomar cualquier tipo de decisión sobre el cambio de residencia

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 19 de junio de 2002 (BGH, *FamRZ*, 2002, 1099, 1100) y sentencias OLG Karlsruhe, *FamRZ*, 2002, 1210, OLG Braunschweig, *FamRZ*, 2002, 1351, OLG Karlsruhe, *FamRZ*, 2002, 1056, OLG Karlsruhe, *FamRZ*, 2002, 1125, también BVerfG, *FamRZ*, 2002, 809.

¹⁷⁶ MOTZEN, Stefan, en «Die Entwicklung des Rechts der elterlichen Sorge und des Umgangs seit 2002», *FamRZ*, 2004, p. 1146.

¹⁷⁷ OLG de Colonia, *FamRZ*, 2003, pp. 1949, 1950.

¹⁷⁸ OLG Brandenburg, *FamRZ*, 2003, pp. 1949, 1950.

¹⁷⁹ OLG Dresden, *FamRZ*, 2003, pp. 1306, 1307.

¹⁸⁰ OLG de Colonia, *FamRZ*, 2003, pp. 1950-1952.

familiar. En realidad el padre que ejerza la patria potestad podrá fijar su domicilio familiar en otra ciudad, lo único que se le exige es que en aras del interés del menor garantice que el contacto entre el niño y su otro progenitor se va a poder mantener de forma regular. Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional alemán al resolver sobre dicha cuestión. En concreto se trataba de un supuesto en el que la madre fue autorizada para fijar su residencia en otro país (Francia) a donde se traslado junto a sus dos hijos. Ante estos hechos el padre consideró que se habían infringido su derecho a visitar a sus hijos oponiéndose a dicho cambio del domicilio familiar. Finalmente el Tribunal Constitucional resolvió considerando que no es que existiera una prohibición general de tal tipo de decisiones unilaterales, sino que el interés superior del niño lo que exigía era que al producirse dicho cambio del domicilio familiar se garantizase simultáneamente el contacto regular entre los menores y su otro progenitor¹⁸¹.

Siguiendo esta línea, en ocasiones los juzgados alemanes optan por establecer ciertas limitaciones al derecho de elección de domicilio del cónyuge separado con quien queden los niños. Se trata de supuestos en los que se dan pautas para concretar cuando queda perjudicado el interés del menor. Tal es el supuesto resuelto por el Tribunal territorial de Frankfurt¹⁸² en el que la madre que ejercía la patria potestad con exclusividad sobre su hijo de cuatro años y pretendía mudarse con él a los Estados Unidos. El Tribunal consideró que si bien la madre podría decidir libremente sobre un cambio del domicilio familiar dentro de Alemania, de querer fijarlo en el extranjero necesitaría la conformidad del padre del menor, pues en otro caso el bien del niño podría quedar amenazado¹⁸³.

Finalmente indicar que el «principio de continuidad» cobra un especial significado cuando se produce una separación entre los hermanos por quedar uno al cuidado del padre y otro al cuidado de

¹⁸¹ BverG, *FamRZ*, 2003, p. 1731.

¹⁸² OLG Frankfurt am Main, *FamRZ*, 2003, p. 1491. Aunque podría parecer que en este supuesto el Tribunal territorial de Frankfurt se aparta de la doctrina del Tribunal constitucional alemán expuesta justo en el caso anterior, en realidad debemos centrarnos en el caso concreto. No es lo mismo un traslado de domicilio a un país limítrofe como Francia, (dándose la circunstancia de que en muchos casos las distancias entre determinadas ciudades alemanas y francesas son muy pequeñas), que un cambio de domicilio que implique establecerse en otro continente. En unos casos el derecho de visita regular del otro progenitor podrá de hecho realizarse con cierta frecuencia, y en otros quedará imposibilitado totalmente.

¹⁸³ En el mismo sentido: OLH Schleswig, *FamRZ*, 2003, pp. 1494, 1495, en el que se denegó al padre que ejercía la patria potestad la posibilidad de cambiar el domicilio familiar al extranjero. También en los Juzgados de primera instancia: AmtsG Korbach, *Jamt* 2002, 526, en este supuesto el padre que ejercía la patria potestad con exclusividad pretendía trasladar el domicilio a Afganistán. Igualmente AmtsG Saarbrücken, *FamRZ*, 2003, pp. 1859, 1860 se le denegó a la madre la posibilidad de fijar el domicilio familiar en Suecia.

la madre. En estos supuestos se considera que el interés superior del niño exige que los hermanos puedan seguir disfrutando de un contacto regular entre ellos aunque habiten en domicilios separados. En estos casos los juzgados alemanes optan por imponer al cónyuge que salga del domicilio originario que establezca su residencia en un domicilio cercano para que los hermanos no resulten perjudicados. Tal fue el supuesto enjuiciado en Munich¹⁸⁴ en el que se condicionó el derecho de elección de domicilio del padre a que se estableciera en las cercanías de Munich, ciudad donde con anterioridad había residido la familia y donde permanecía la madre con el otro hermano. A igual solución llegó el Tribunal territorial de Dresden¹⁸⁵ respecto a la fijación del domicilio por el padre, cuando el acuerdo al que se llegó en el divorcio fue que el hijo viviera con el padre y la hija con la madre.

– Toma de decisión unilateral del padre o la madre en los supuestos de ejercicio conjunto de la patria potestad.

En ocasiones y en supuestos en los que si bien están separados, ambos padres ejercen conjuntamente la patria potestad, surgen controversias en las que no llega a ser posible la adopción conjunta de una decisión que afecta al hijo menor. En estos casos la decisión a tomar puede afectar de forma notoria al menor lo cual justifica la intervención del juez de familia, que ha de actuar en aras de la protección del bien del niño. Normalmente el juez de familia optará (según lo dispuesto por el art. 1628 BGB) por otorgar a uno sólo de los padres el derecho a decidir sobre la cuestión controvertida. Ciertamente en estos supuestos *prima facie* resulta difícil establecer pautas orientativas que determinen el resultado de la intervención judicial. Podemos referirnos al asunto observado por el Tribunal territorial de Bamberg¹⁸⁶ en el que ante la disputa entre los padres tuvo que mediar una intervención judicial. En concreto resultó que el asistente médico-social detectó en el menor un síndrome hipocinético cuyo tratamiento exigía la previa conformidad de ambos padres que ejercían la patria potestad conjuntamente (aunque estaban separados). En estos casos se considera que tiene prioridad la decisión del progenitor con quien conviva el menor respecto a los asuntos y problemas cotidianos que puedan afectar el menor. En estos supuestos, y más aún si se trata de una irregularidad sanitaria grave, el juez de familia no puede tomar una decisión independiente de la voluntad de los padres. Dicha decisión extrali-

¹⁸⁴ OLG de Munich, *FamRZ*, 2003, p. 1494.

¹⁸⁵ OLG Dresden, *FamRZ*, 2003, p. 1494.

¹⁸⁶ OLH Bamberg, *FamRZ*, 2003, p. 1403.

mitaría las facultades del juez según tiene señalado el Tribunal Constitucional en sentencia de 4 de diciembre de 2002¹⁸⁷. Por tanto, el juez únicamente queda facultado para determinar cuál de los dos progenitores en un momento determinado resulta más apto para la toma de una decisión urgente en beneficio del interés superior del niño. De rebasarse esta frontera se violarían los derechos que el artículo 6 GG reconoce a los padres titulares de la patria potestad.

– Separación del menor de su padre no casado.

Al respecto nos debemos referir a la sentencia del Tribunal europeo de Derechos humanos de 11 de octubre de 2001¹⁸⁸ en la que se condenó a la República Federal de Alemania a indemnizar al padre biológico de una menor de doce años por habersele denegado la posibilidad de mantener el más mínimo contacto con su hija. Se trataba de una menor nacida en el seno de una pareja de hecho dándose la circunstancia de que terminada dicha relación la madre se casó con otro hombre (el padrastro de la menor). En estos supuestos la legislación alemana y hasta fechas recientes mantenía al margen de la educación de la menor al padre biológico cuando no mediaba matrimonio con la madre, no sólo se le negaba la patria potestad sino que la mera negativa de la madre a que la niña se relacionase con su padre bastaba para impedirlo. Evidentemente se trataba de una normativa que marginaba al padre soltero siendo contraria al interés del menor, normativa ya reformada, que dio lugar a que el alto tribunal europeo condenase al Estado alemán al pago de una fuerte indemnización.

Evidentemente tras la reforma del BGB obrada por la KindRG esta materia está hoy regularizada pudiendo el padre no matrimonial participar del ejercicio de la patria potestad conjunta del menor. El problema fue la ausencia de toda disposición transitoria aplicable a los supuestos existentes con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley. Finalmente el propio Tribunal Constitucional alemán en sentencia de fecha 29 de enero de 2003¹⁸⁹ ha manifestado que el progenitor no matrimonial tendrá derecho a ejercer conjuntamente la patria potestad sobre su hijo aun en contra de la voluntad de la madre también en los supuestos que tengan origen en fecha anterior a la reforma. Se trata de hacer primar el interés superior del menor.

¹⁸⁷ BVerfG, *FamRZ*, 2003, p. 511. En este caso discutían los padres sobre el tipo de colegio al que debía asistir su hijo.

¹⁸⁸ EuGHMR, 2002, 381, 341, 1034, 1040.

¹⁸⁹ BVerfG 29.1.2003, *FamRZ*, 2003, p. 287.

– Relación del menor con su familia biológica.

El Tribunal europeo de Derechos humanos en la sentencia de 26 de febrero de 2002¹⁹⁰ resolvió sobre un asunto planteado contra la República Federal Alemana y que ha sido reiteradamente referida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina alemanas. En dicha resolución se considera que el niño sólo puede estar con una familia de acogimiento temporalmente, es decir hay que procurar que siempre que sea posible vuelva con la familia biológica y por ello debe evitarse que los vínculos entre el menor y su familia de origen se corten o se obstaculicen porque ha de partirse del principio de que siempre es posible que el menor vuelva con su familia biológica. Se trataba de dos niñas de dos y cinco años que en un principio fueron insertadas en el seno de una familia de acogimiento totalmente desconocida por los padres, sólo posteriormente consiguieron éstos poder ver a sus hijas durante una hora mensual, finalmente el Tribunal europeo de Derechos humanos les dio la razón a los padres, pudiendo mantener una relación regular con los menores.

En todo caso señalar que cuando el niño sea separado de su familia de origen deberá mantenerse la ayuda social al menor bajo la supervisión del Juzgado de familia, es decir, al responsable de la guarda del menor no podrá privársele de dicha ayuda¹⁹¹. Al decidirse que la guarda del menor corresponda a una familia de acogida, perderá la familia de origen su patria potestad sobre el mismo, si bien en ocasiones podrá el juez ordenar que la familia fije su residencia en una determinada zona para permitir que el menor no pierda su contacto con su familia biológica. En estos supuestos encontramos que los intereses de la familia de acogida pueden divergir tanto de los intereses de la familia de origen como del interés del propio menor (la pérdida de contacto con su familia de origen podría traumatizarlo), y ello exige la toma de decisiones judiciales fundadas en el principio de la proporcionalidad, entre éstas parece equilibrada y justa la de obligar a fijar la residencia familiar cerca de la zona donde habite la familia biológica¹⁹².

B) Interpretación del BGB por los Tribunales alemanes al aplicar el del principio del interés superior del menor o bien del niño:

- Interpretación del artículo 1618 BGB.

El artículo 1618 BGB prevé que en el supuesto de que uno de los padres de un niño no matrimonial ejerza con exclusividad la

¹⁹⁰ EuGHMR, *FamRZ*, 2002, p. 1393.

¹⁹¹ BverwG, *FamRZ*, 2002, p. 668.

¹⁹² OLG Frankfurt, *FamRZ*, 2002, pp. 1277, 1278.

patria potestad pueda éste conceder al niño su apellido familiar. Se trata de supuestos que presentan especial relevancia cuando es la madre la que tiene a su cargo al menor y otorga a éste su apellido de casada mediante comparecencia ante el funcionario encargado de la oficina del registro civil, evidentemente se tratará de un apellido de una persona unida matrimonialmente a la madre que no guarda vínculo biológico alguno con el menor que recibe su apellido. Pues bien, al respecto el Tribunal Supremo alemán¹⁹³ ha dado tres pronunciamientos en fechas recientes para señalar que en estos supuestos en los que el menor recibe el nuevo apellido familiar se necesita al menos el consentimiento del otro progenitor del menor y que se considere que dicho cambio o adjudicación de apellido no perjudica al interés superior del niño. Se trata estas de decisiones jurisprudenciales que vienen exigidas por las recientes modificaciones que en materia de Derecho de familia se han introducido en el BGB. No olvidemos que hasta fecha reciente el padre de un hijo no matrimonial podía quedar privado del ejercicio de todo derecho sobre su hijo (incluso del derecho a relacionarse con el mismo), si así lo exigía la madre. Considera la jurisprudencia alemana que en el supuesto de otorgamiento del apellido familiar de la madre, sólo puede prescindirse del consentimiento del otro progenitor del menor cuando las concretas circunstancias así lo exijan para apartar al menor de un daño ineludible¹⁹⁴.

En esta línea, el Tribunal territorial de Colonia¹⁹⁵ ha considerado que dicha adjudicación de apellido por parte de la madre que ha contraído un ulterior matrimonio no deja de suponer una intervención en los derechos del otro progenitor, por ello se exige el consentimiento de ambos progenitores, y en su caso del menor¹⁹⁶. Así sólo en casos muy concretos, como cuando se desconociera el domicilio del otro progenitor, ignorándose cuál es su paradero, podría prescindirse de su consentimiento. En tales supuestos consideran los tribunales alemanes¹⁹⁷ que es necesario preguntar por el paradero del progenitor no localizado tanto a sus parientes cercanos como a las autoridades encargadas de la oficina de empadronamiento y de la seguridad social. La otra exigencia que se recoge en estas decisiones jurisprudenciales es que tal adjudicación de apellido no perjudique al bien del niño, en cada supuesto concreto será el juez el que decidirá si la adjudicación de dicho apellido o el cam-

¹⁹³ BGH *FamRZ*, 2002, p. 94, *FamRZ*, 2002, p. 1330, *FamRZ*, 2002, p. 1331.

¹⁹⁴ OLG Saarbrücken, *OLGR*, 2002, p. 367, y OLG Brandenburg, *FamRZ*, 2003, p. 631.

¹⁹⁵ OLG de Colonia, *FamRZ*, 2003, p. 630.

¹⁹⁶ En esta línea también OLG Hamm, *FamRZ*, 2003, p. 1411.

¹⁹⁷ OLG Naumburg, *FPR*, 2003, p. 92.

bio del apellido que ya ostentara el menor puede resultar perjudicial para sus intereses.

Recientemente el Tribunal Supremo alemán ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación del artículo 1618 BGB. Se trata de la decisión de 14 de enero de 2004¹⁹⁸ en la que se consideró que en los supuestos en los que al menor se le hubiera concedido el nuevo apellido familiar, y se produjera la disolución del nuevo matrimonio o el fallecimiento del padrastro del menor, el niño seguirá conservando su nuevo apellido sin que tales hechos den lugar a que el menor recobre su apellido de nacimiento. Solución que igualmente vale para cuando el padre o la madre deciden dejar de usar el apellido que se le ha otorgado al niño, no por ello dicho menor recobrará su apellido originario. Considera el Tribunal Supremo que no resulta satisfactorio para los intereses del menor un continuo cambio de su apellido y que prima el respeto al «principio de la continuidad del apellido»¹⁹⁹. Esta materia igualmente ha sido objeto de regulación por la reciente reforma de 15 de diciembre de 2004 respecto a los menores que convivan en el seno de familias homosexuales²⁰⁰.

– Interpretación del artículo 1632 BGB.

El artículo 1632 BGB señala que el ejercicio de la patria potestad comprende el derecho de exigir que el niño sea liberado de toda retención ilegal que sufra, igualmente implica decidir sobre las relaciones del menor con terceros. Estableciendo que en caso de litigio decidirá el juez de familia sobre la cuestión a petición de uno de los padres del menor. En relación a ello añade dicha norma que en el supuesto de que el menor haya vivido durante un período de tiempo extenso con una familia de acogida y los padres del menor deseen separar al menor de dicho acogimiento, podrá el Juzgado de familia de oficio o a petición del encargado de la guarda del menor ordenar que el niño permanezca con su familia de acogida si el bien del niño podría peligrar de volver con su familia biológica.

Se trata, esta de una cuestión que se da con gran frecuencia en los juzgados alemanes. La cuestión es determinar cuando procede

¹⁹⁸ BGH, *FamRZ*, 2004, pp. 449,450.

¹⁹⁹ «...Gründen der Namenskontinuität».

²⁰⁰ En concreto nos referimos al artículo 9.5 de la LpartG tras su reciente reforma. En el nuevo texto de dicha norma se refiere si el progenitor ejerce de forma exclusiva la patria potestad sobre un hijo no matrimonial, y dicho hijo convive en el hogar familiar con la pareja homosexual del progenitor, podrá otorgársele al menor el apellido familiar (*Lebenspartnerschaftsnamen*) mediante declaración oficial ante la autoridad competente. Desarrollamos esta materia en el último capítulo de este trabajo.

dictar una orden de permanencia del menor con su familia de acogimiento (que implica mantener al menor fuera de su familia de origen). En este sentido el Tribunal territorial de Hamm²⁰¹ ha considerado que una orden de permanencia del menor con la familia de acogida sólo puede quedar justificada en supuestos muy concretos, siendo una medida muy severa. Posición que refleja el parecer del Tribunal Constitucional alemán que ha tenido opción de manifestarse al respecto en la sentencia de 25 de noviembre de 2003²⁰². Considera el Alto Tribunal que el acogimiento del menor por una familia no puede implicar que los padres biológicos hayan de temer constantemente que el niño permanecerá siempre con dicha familia de acogida. Si bien es cierto que se estima que la salida del menor de su familia de acogida puede implicar un cambio traumático en su entorno (en ocasiones el menor se opone a tal medida y han de llegarse a tomar medidas de fuerza), no debe olvidarse que el artículo 6 GG concede a los padres la patria potestad del menor, ostentando ellos unos derechos constitucionales que han de respetarse. En todo caso, los efectos perjudiciales que podría causar la vuelta del menor a su familia de origen podrían mitigarse realizando la salida del hogar de acogida con cautela y de forma progresiva, de esta forma el bien del niño quedaría salvaguardado.

En todo caso señalar que éste es uno de los supuestos en los que el factor tiempo se considera básico y definitivo. Se debe decidir con premura, pues un retraso excesivo puede implicar que una medida provisional se conviertan «de hecho» en definitiva. De forma que cuando se decida volver al menor con su familia de origen, tenga éste ya una edad, y unos lazos afectivos con la familia de acogida que ineludiblemente provoquen un conflicto de afectos para el mismo²⁰³. Precisamente éste es el motivo por el que determinados autores (cuestión ya señalada) abogan por añadir un plazo a toda decisión provisional, exigencia que consideran de carácter constitucional²⁰⁴. Recordemos que indicábamos en su momento que debe tenerse muy en cuenta el sentimiento infantil del tiempo,

²⁰¹ OLG Hamm, *FamRZ*, 2003, p. 1858.

²⁰² BVerfG, *FamRZ*, 2004, p. 771. Se trataba de un supuesto en el que solicitaba la guarda del menor su abuela en calidad de tutora del mismo. Si bien en la sentencia se recoge la doctrina de que debe prevalecer el derecho constitucional de los padres de educar y asistir a su hijo personalmente sobre los deseos que la familia de acogida pudiera tener de mantener al menor con ellos por los lazos afectivos existentes, debemos señalar que en este supuesto se consideró que no es comparable la situación de los padres biológicos del menor que pueden reclamar la vuelta del niño a su hogar de origen, con la de otras personas que puedan ejercer la guarda del menor, como es el caso de la abuela que fuera tutora de su nieto.

²⁰³ MOTZER, Stefan, ob. cit., pp. 802-802.

²⁰⁴ HEILMANN, Stefan, *Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht*, Neuwied, 1998, p. 257.

pues un año en la vida de un niño tiene distinto significado a un año en la vida de un adulto, de hecho un lapso pequeño de tiempo puede significarle una eternidad. Pero además si se opta por separar al pequeño de sus padres para insertarlo en una familia de acogimiento se debería ser muy cauto. Precisamente estas razones llevan al profesor Salgo a defender una postura contraria a la recogida por esta jurisprudencia constitucional, pues afirma que no debería jugarse con los sentimientos del menor, considerando contrario al interés del niño el que tras un período de tiempo estimable en el seno de una familia de acogimiento el menor fuera separado de ésta²⁰⁵.

– Interpretación del artículo 1666 BGB.

Ya hemos estudiado en otro apartado el artículo 1666 BGB el cual puede ser considerado pieza clave de este estudio. Dicho artículo prevé en su supuesto de hecho cuatro grupos de amenazas o peligros que habilitan la intervención judicial, en concreto y esquematizando la norma recoge los siguientes supuestos: ejercicio abusivo de la patria potestad, estado de dejadez del niño, fracaso no culpable de los padres y comportamiento perjudicial de un tercero. Ahora procede analizar la interpretación y aplicación que del artículo 1666 BGB hacen los tribunales alemanes.

La privación del ejercicio de la patria potestad a uno de los padres (o a ambos) supone una intervención extrema. La decisión de tal tipo de medida se presenta especialmente difícil y los tribunales alemanes consideran que la adopción de tal medida no puede justificarse en la mera presencia de un peligro abstracto para el bien del niño sino en la existencia de un peligro presente respecto al cual es razonable esperar que con bastante seguridad cause daño al niño²⁰⁶. Al respecto el Tribunal Constitucional alemán ha subrayado que la toma de estas decisiones ha de venir presidida por la observación del principio de la proporcionalidad²⁰⁷. En esta línea en determinados supuestos en los que de hecho el progenitor no pueda asistir adecuadamente a su hijo (*v. gr.* el caso en que la madre resulte circunstancialmente impedida para ocuparse en el día a día de su hijo), los tribunales alemanes prefieren en primer lugar, y ante de optar por la privación del ejercicio de la patria potestad previsto en el artículo 1666 BGB, suspender temporalmente dicho ejercicio de la patria potestad aplicando la medida prevista en el artículo 1674 BGB. Tal fue el caso de la decisión

²⁰⁵ Recogemos la opinión de SALGO, Ludwig en *Pflegekindschaft...*, pp. 50 y ss.

²⁰⁶ En esta línea OLG Celle, *FamRZ*, 2003, p. 1490.

²⁰⁷ BVerfG, *FamRZ*, 2002, p. 1021.

adoptada por el Tribunal territorial de Dresden²⁰⁸ en el que el padre del menor resultó encarcelado para el cumplimiento de una larga condena, ante la imposibilidad del padre en tal supuesto para atender debidamente a su hijo y en aplicación del principio de la proporcionalidad se optó por suspender el ejercicio de la patria potestad antes que privar directamente de la misma. Igual decisión adoptó el Tribunal territorial de Hamburgo²⁰⁹ en un supuesto similar, si bien al volver el menor con su padre una vez que este fue puesto en libertad (había permanecido el menor durante su encarcelación al cuidado de una familia de acogida), se hizo mucho hincapié en procurar realizar el cambio del entorno del niño de forma graduada por los perjuicios que un cambio brusco podría causar al bien del niño.

Parece presidir en el Ordenamiento alemán una preferencia por mantener al menor con sus padres siempre que sea posible. Nos referimos ahora a la decisión del Tribunal territorial de Celle²¹⁰ que revocó la sentencia dada en primera instancia por la que se retiraba el ejercicio de la patria potestad de un niño de un año al padre siendo recibido por una familia de acogida. En este supuesto el padre presentó ante la segunda instancia un certificado de una Institución protectora de menores (documento realizado por un terapeuta) que acreditaba su idoneidad para asistir y cuidar de su hijo. En este caso con la sola presentación de dicho documento bastó para que se revocara la medida tomada por el juez de primera instancia. El Tribunal no accedió a la petición de la familia de acogida, que quería que el niño permaneciera con ellos y consideró que en aplicación del principio de la proporcionalidad y del mandato constitucional contenido en el artículo 6GG procedía devolver al menor a su padre. La misma decisión se toma por el Tribunal territorial de Frankfurt²¹¹ en un caso similar en el que si bien se devolvió al menor a la familia de origen, se consideró que en interés superior del niño exigía que dicho cambio del entorno familiar del menor se realizara paulatinamente.

El Tribunal Constitucional alemán²¹² ha señalado reiteradamente que la separación del niño de sus padres es una medida de intervención extrema que ha de tomarse (teniendo en cuenta el informe del Jugendamt), sólo cuando no quede otra posibilidad, pues han de tenerse en cuenta las otras medidas que pueden tomarse al aplicarse los artículos 1666 y 1666a BGB. La proporcionali-

²⁰⁸ OLG Dresden, *FamRZ*, 2003, p. 1038.

²⁰⁹ OLG de Hamburgo, *ZfJ* 2003, p. 155.

²¹⁰ OLG Celle, *FamRZ*, 2003, p. 549.

²¹¹ OLG Frankfurt am Main, *FamRZ*, 2003, p. 1316.

²¹² BVerfG, *FamRZ*, 2002, p. 1021.

dad exige optar por la medida menos severa lo cual implica agotar antes de la separación del menor toda medida de apoyo y asistencia que pueda paliar el fracaso parental. Sólo cuando estas medidas no son suficientes, como último remedio, procede la intervención y aplicación de medidas más severas, intervención que deberá ser gradual²¹³. A título de ejemplo, señala el Alto Tribunal que la separación del menor durante su primer año de vida supone una medida especialmente delicada pues en dicho período y por regla general el menor sienta las bases de su orientación ante el mundo.

Sólo cuando la salvaguarda del interés del menor hace imprescindible separar al menor de sus padres procede privar a éstos del ejercicio de la patria potestad. Al respecto podemos traer a colación la decisión del Tribunal territorial de Frankfurt am Main²¹⁴ en la que se estimó necesario confiar al menor a una familia de acogida rechazando la posibilidad de que se mantuviera el ejercicio de la patria potestad por los padres. El motivo fue que al tiempo de la separación de los padres se detectó que desde hacía muchos años la madre presentaba una severa enfermedad fruto del alcoholismo, adicción que también afectaba al padre, constatándose que por dicho motivo la relación familiar era traumática. Más aún el juez en primera instancia decidió privar a la madre de todo contacto con su hijo de dos años para evitar tanto que éste fuera víctima del conflicto existente entre sus padres (calificado como un auténtico conflicto de lealtades que podría perjudicar al menor) como que el niño pudiera quedar afectado por dicha situación calificada de «desoladora». En ocasiones se consideró que es el progenitor el auténtico responsable de que el menor rechace todo contacto con él. En estos supuestos se considera que dicho progenitor puede ser privado parcialmente del ejercicio de la patria potestad si mantiene desavenencias continuas con el otro parentel del menor sobre la forma de educar y asistir al niño o si es previsible que de mantener el ejercicio de dicha patria potestad se producirá un daño al menor con bastante seguridad²¹⁵.

En relación con el artículo 1666 BGB encontramos distintos pronunciamientos judiciales que son de interés, en primer lugar referimos ahora a un caso enjuiciado por el Tribunal Territorial de Hamburgo²¹⁶ en el que el abuelo planteó ante un problema de alcoholmia de la madre la posibilidad de separarla del menor en contra de su voluntad. La cuestión era que si bien no todo fracaso

²¹³ Sentencia del Tribunal constitucional alemán de 17 de febrero de 1982, *BVerfGE*, 60, 79 (85).

²¹⁴ OLG Frankfurt am Main, *FamRZ*, 2003, p. 1317.

²¹⁵ En este sentido OLG de Colonia, *OLGR*, 2003, p. 302.

²¹⁶ OLG Hamburg, *FamRZ*, 2002, p. 1021.

parental justificaría la adopción de tal medida, «el interés del menor en todo caso tenía que ser tenido en cuenta con primacía al interés de los padres», más aún si se tiene en cuenta que respetar la voluntad de los padres podría implicar importantes perjuicios para el menor.

En ocasiones, un mismo órgano judicial dicta sentencias contradictorias, así es el caso de dos sentencias dadas por el OLG de Hamm en el año 2002, por un lado se consideró que el artículo 1666 BGB sólo preveía la privación del ejercicio de la patria potestad del menor en supuestos muy concretos como el caso en que el estado de salud del menor exigiera unos cuidados médicos especiales para los cuales no estuvieran preparados los padres; señalando que la ausencia de higiene o falta de aseo diario del menor en ningún caso podría justificar la privación a los padres del ejercicio de la patria potestad sobre el niño²¹⁷, y por otro lado, dicho órgano judicial posteriormente consideró que sí habría lugar a privar del ejercicio de la patria potestad del menor cuando mediara una relación problemática entre la madre y el menor causada por una forma de vida caótica que impidiera a la madre permanecer en la casa de forma regular, pues ello en un alto grado daría lugar a perturbar y traumatizar al niño por lo que el interés del menor exigiría de privar a la madre de la guarda y custodia del menor²¹⁸.

Por otra parte, el hecho de que el padre sufriera una privación de libertad consecuencia del cumplimiento de una condena judicial por la comisión de un delito, si bien es cierto que dificulta en gran medida el ejercicio de la patria potestad, no suele considerarse por los tribunales alemanes como causa suficiente que justifique la privación de dicho ejercicio de la patria potestad al padre en beneficio de la madre, que sería por tanto la titular exclusiva de dicha patria potestad²¹⁹. En realidad ya hemos estudiado que dicha situación normalmente da lugar a la mera suspensión del ejercicio de la patria potestad. Lo mismo podría decirse cuando se diera la circunstancia de que los padres vivieran en puntos geográficos muy distanciados, tal motivo por sí solo no justificaría la privación del ejercicio de la patria potestad de uno de los progenitores a favor del otro, si bien es cierto que podría dificultarla en gran medida, y que posiblemente se relentizaría en gran medida la toma de medidas que el cuidado del menor exige²²⁰.

²¹⁷ OLH Hamm (7 FamS) *FamRZ*, 2002, p. 691.

²¹⁸ OLH Hamm (5.FamS), *FamRZ*, 2002, p. 692.

²¹⁹ OLG Naumburg, *FamRZ*, 2003, p. 1947.

²²⁰ OLG de Colonia, *FamRZ*, 2003, pp. 1036-1037.

Cuando se trata de menores que crecen en el seno de familias originarias de otros países (o en las que al menos uno de los progenitores tiene tal procedencia), se considera que el artículo 1666 BGB habilita al juez a prohibir el desplazamiento del menor al extranjero cuando se constate que existe un alto riesgo de que el menor no vuelva a Alemania. En estas ocasiones se considera que el progenitor que permanezca en el país tiene derecho a oponerse al viaje del niño, pudiendo ser retirado el pasaporte en su caso, se trata de medidas de carácter temporal²²¹. Nos parece especialmente relevante la sentencia del Tribunal territorial de Dresden²²² que aplicó el artículo 1666 BGB para limitar a la madre el derecho a fijar la residencia de su hija de cinco años. Se trataba de una familia originaria de Gambia, deseando la madre que su hija fuera escolarizada y educada en su ciudad natal. El Tribunal consideró que el derecho de la madre a decidir sobre la residencia de su hija quedaba suprimido cuando se trataba de enviar a la menor a un país en el que es común –esa fue la convicción del tribunal– hacer la circuncisión a las niñas. Se estimó que existía una amenaza seria sobre la menor y que el respeto a una cultura foránea no justificaba la mutilación genital de la pequeña lo cual se consideraba una vulneración de los derechos humanos, un atentado al bien del niño y un acto contrario al orden público alemán.

– Interpretación del artículo 1671 BGB.

Estudiaremos ahora la sentencia del Tribunal constitucional alemán de 18 de diciembre de 2003²²³ en la que se matiza la aplicación del artículo 1671 BGB en aras a proteger el bien del niño. Dicho artículo ha sido reformado por la KindRG de 1998, en su nueva redacción establece que tras el divorcio el ejercicio de la patria potestad del menor podrá ser compartido, estableciendo los supuestos en los que excepcionalmente corresponderá a uno solo de los padres. Pues bien, el Tribunal constitucional alemán ha considerado que dicha norma queda matizada, pues para que haya lugar a la patria potestad compartida se precisa que exista una armonía mínima entre los padres²²⁴. Se considera que resulta contrario al interés superior del menor vincularlo al ejercicio de una

²²¹ OLG Karlsruhe, *FamRZ*, 2002, pp. 1272, 1273.

²²² OLG Dresden, *FamRZ*, 2003, 1862.

²²³ BVerfG, *FamRZ*, 2004, p. 354. Véase también la sentencia del Tribunal constitucional alemán de 29 de enero de 2003, BVerfG, *FamRZ*, 2003, pp. 285-287.

²²⁴ Refieren el deber de colaboración de los padres separados las sentencias de los Tribunales territoriales siguientes: OLG de Colonia, *FamRZ*, 2003, pp. 1492, 1493; OLG de Brandenburg, *FamRZ*, 2003, pp. 1952, 1953.

patria potestad compartida cuando los padres no presentan el más mínimo interés en cooperar por lograr el bien del niño.

No obstante, esta falta de colaboración entre los padres ha de ser matizada, no se trata simplemente de que se alegue que «no pueden hablar entre ellos» o que «sólo se comunican por medio de sus abogados»²²⁵, sino que ha de tratarse de una falta de comunicación real y persistente. Tal es el caso observado por el Tribunal territorial de Celle en el que se planteó la imposibilidad de que los padres separados llegasen a un acuerdo sobre el futuro escolar de su hija, dándose la circunstancia de que los padres no se hablaban generalmente no sólo durante semanas, sino incluso durante períodos de varios meses. Ante esta realidad se optó por otorgar el ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva a la madre, pues su capacidad para el cuidado y la educación de su hija no fueron objeto de discusión²²⁶.

Uno de los más graves problemas que planteó la reforma del BGB obrada por la KindRG fue la ausencia de toda disposición transitoria que resolviera sobre las parejas que ya al tiempo de la entrada en vigor de la Ley estuviesen separadas. Esto provocó que en primera instancia los juzgados rechazasen las prestensiones de todo padre por conseguir el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos tenidos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley. Al respecto podemos traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de fecha 29 de enero de 2003²²⁷ en la que se resolvió sobre una cuestión similar que ya hemos estudiado anteriormente. Si bien se trataba de una pareja no matrimonial, lo cierto era que habían convivido juntos durante muchos años haciéndose cargo ambos del menor, la situación era similar a la que estudiamos aquí, puesto que se habían separado con anterioridad a la entrada en vigor de la KindRG. Esto provocó que la madre se negará al ejercicio conjunto de la patria potestad, por entender que no le era aplicable lo dispuesto en la reforma. Finalmente el Tribunal constitucional alemán estimó que a pesar del deseo de la madre procedía conceder la patria potestad conjunta por ser lo que interesaba al bien del niño.

Para concluir este estudio del trato que merece el interés del menor en la jurisprudencia alemana recoger las siguientes ideas señaladas por Motzer al referir las líneas fundamentales seguidas

²²⁵ Así, en distintos pronunciamientos de Tribunales territoriales se ha considerado que dichas alegaciones no son suficientes para privar a uno de los progenitores de la patria potestad: OLG de Colonia, *FamRZ*, 2003, pp. 1492, 1493; OLG de Karlsruhe, *FamRZ*, 2002, p. 1209; OLG Naumburg, *FamRZ*, 2002, pp. 564, 565.

²²⁶ OLG Celle, *FamRZ*, 2003, pp. 1488, 1489.

²²⁷ BVerfG 29.1.2003, *FamRZ*, 2003 p. 287.

por los Tribunales alemanes: Por un lado el factor tiempo se considera básico y definitivo. Continuamente se reitera que hay que decidir con premura, un retraso excesivo puede empeorar aún más la posición del menor. Igualmente ha de evitarse que las medidas provisionales se conviertan «de hecho» en definitivas. Por otro lado en los casos de falta de acuerdo entre los padres se afirma que debe buscarse un equilibrio teniendo en cuenta ante todo el bien del niño. No obstante, ante la presencia de actos violentos se estima que la medida más adecuada será la prohibición de todo contacto del progenitor responsable de la violencia con el resto de la familia, antes que tener que sacar al menor de su hogar para insertarlo en un ambiente que le es extraño²²⁸.

XII. LA ADOPCIÓN DEL MENOR POR PERSONA HOMOSEXUAL TRAS LA REFORMA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2004

Finalmente trataremos un tema que por su actual relevancia merece un estudio separado. Esto es el trato que merece la adopción de menores por homosexuales teniendo en cuenta el bien del niño. En primer lugar nos referiremos a la Ley alemana que regula las uniones homosexuales²²⁹, Ley que entró en vigor el primero de agosto de 2001. Dicha Ley aunque equiparó las uniones homosexuales al matrimonio en todos sus derechos y obligaciones, optó por no regular la adopción de menores por parejas homosexuales. Precisamente dicha omisión dió lugar a duras críticas, pues se con-

²²⁸ MOTZER, Stefan, ob. cit., pp. 802-802.

²²⁹ *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LpartG) de primero de agosto de 2001. La doctrina opinó que se había realizado una reforma «a medias», porque no se llegó a equiparar totalmente la pareja homosexual a la heterosexual. No debe olvidarse que el propósito inicial de la reforma era legalizar el matrimonio homosexual (Homo-Ehe), sin embargo dado lo extremo de las posiciones existentes se optó por hacer una reforma «suave», GRZWOTZ, Herbert, «Die Lenbespartnerschaft zweier Personen gleichen Geschlechts», *Deutsche Notar-Zeitachrift*, 2001, núm. 4, p. 281.

Señala la doctrina germana que la adopción de menores por la pareja homosexual de su progenitor ha sido legalmente admitida en distintos ordenamientos, no sólo en determinados derechos europeos, sino incluso en los Estados Unidos, donde ya en 1985 se autorizó por primera vez este tipo de adopciones (A.O.L. núm. 1-JU-85-25.P/A. Alaska 1, Jud. Dist. July 23, 1985), habiéndose permitido hasta la fecha dicho tipo de adopciones por los Tribunales territoriales de Nueva York, Nueva Jersey, Massachusetts, Illinois, Vermont, Pennsylvania y en el distrito de Columbia. En otros estados, han sido los Juzgados de primera instancia los que lo han autorizado, tal es el supuesto de Oregon y Washington. DETHLOFF, Nina, «Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare», *ZPR*, 2004, p. 198. Añade que también en distintas provincias de Canadá, en los territorios australianos de Tasmania y Western Australia y Sudáfrica ha sido permitida. En todos los supuestos la razón esgrimida para permitir la adopción ha sido el interés superior del niño.

sideró que se daba a los miembros de parejas homosexuales un trato discriminatorio respecto a los miembros de parejas heterosexuales, considerándose que dicho trato desigual no era acorde con la Constitución alemana. Además se afirmó que no se podía ignorar la realidad, esto es la existencia de muchos menores que convivían en el seno de familias homosexuales y que el bien del menor debía imponer regularizar dichas situaciones²³⁰. Ello llevó a que la coalición gubernamental formada por la izquierda y los verdes anunciara tras ganar las elecciones del 2002 que mejoraría la Ley en dicho punto. Dicho propósito finalmente ha dado lugar a la presentación por la Ministra Federal de Justicia en fecha 27 de octubre de 2004 de un Proyecto de Ley para reformar el Derecho de familia, reforma encaminada a cubrir las lagunas legales que la redacción original de la Ley de parejas de hecho alemana creó. Se trata de consolidar y ampliar los derechos de la pareja homosexual permitiendo, entre otras cuestiones, que finalmente pudieran adoptar en determinados supuestos. Dicho Proyecto de Ley finalmente se ha convertido en Ley dando lugar a la Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts de 15 de diciembre de 2004 que ha entrado en vigor el primero de enero de 2005. Dicha Ley ha modificado tanto la LpartG como el propio BGB regulando, entre otros puntos, la adopción por el «padrastro» del hijo de su pareja homosexual. Se trata de supuestos en los que uno de los miembros de la pareja tiene ya un hijo fruto de una relación de carácter heterosexual anterior o concebido por otros medios (*v. gr.* inseminación artificial). Supuesto que igualmente puede darse cuando el menor nazca una vez iniciada la vida en común de la pareja homosexual. En alemán se denomina a este tipo de adopción «Stiefkindadoption» estando regulada en el artículo 1741.2 BGB respecto a las parejas heterosexuales. En el Debate parlamentario que originó la aprobación de dicha Ley se expusieron los motivos que justifican la reforma señalándose que en este punto sólo se busca el bien del niño que de hecho vive ya en dicha pareja.

En dicho debate se señaló que el artículo 1741 BGB permite que cualquier persona no casada pueda adoptar un menor indivi-

²³⁰ DANUSER, Markus, «Kindschaftsrechtliche Regelungen des Lebenspartnerschaftsgesetzes», *Gleichgeschlechtliche Paare leben mit Kindern – auch mit Pflege- und Adoptivkindern?*, publicación del Fachtagung der Zentralen Adoptionsstelle de 3 de julio de 2002. Landesjugendamt Köln-Deutz, p. 18, autor que criticó la redacción originaria de la LpartG pues afirmó que en virtud de lo dispuesto por la Constitución alemana debería de haberse regulado la posibilidad de adoptar en la LpartG, pues consideró que no debía interpretarse el artículo 6 GG en el sentido de impedir este tipo de adopciones, considerando que es un hecho que en muchas ocasiones existen dos mujeres a cargo del menor, situación que no debería ignorar la ley. Ver también, SCHOMBURG, Gerd, «Die Kindschaftsrechtlichen Regelungen des Lebenspartnerschaftsgesetzes», *Kind-Prax*, 2001, p. 103. DITTBERNER, Mareike, «Lebenspartnerschaft und Kindenschaftsrecht. Die», p. 195. DETHLOFF, Nina, ob. cit., p. 195.

dualmente, evidentemente una persona homosexual puede individualmente adoptar un menor. Por otro lado, se puso de manifiesto que en muchos supuestos el padre o la madre biológicos del menor inician una relación afectiva con otra persona de su mismo sexo. En estos supuestos se considera que lo mejor para el bien del niño es que dicha situación «de hecho» reciba reconocimiento y protección legal. Se considera que de esta forma el menor, de fallecer su progenitor biológico o su adoptante individual podría mantener sus lazos afectivos con la pareja de su padre o madre, pareja que tendrá asumidas las obligaciones que de la patria potestad devienen. Éste ha sido el criterio del legislador alemán al reformar la legislación vigente y permitir dichas adopciones, si bien hay que reconocer que ha optado por seguir una política cauta al permitir sólo las adopciones en un caso muy concreto. Se afirma que, en primer lugar, se trata de aceptar una realidad para encauzarla legalmente, pues las estadísticas demuestran que la quinta parte de los homosexuales son padres o madres²³¹.

– Normas aplicables a este supuesto de hecho con anterioridad a la reforma de 15 de diciembre de 2004.

Nos centramos ahora en el artículado del BGB que *prima facie* podría aplicarse a estos supuestos aun antes de la reforma, para seguidamente analizar el alcance de dicha reforma a la luz del interés del menor. Para ello, nos es de gran valía el estudio hecho por Dethloff, Nina²³² al comentar la iniciativa gubernamental para regularizar jurídicamente las familias homosexuales con hijos, autora que señala que se trata principalmente de considerar el bien del niño, pues cuando un niño no conoce a su padre biológico (*v. gr.* por haber sido éste un donante anónimo de material reproductivo) y crece desde pequeño en el seno de una familia homosexual existe regularmente una relación afectiva de hecho que debe formalizarse.

De hecho, partiendo de la regulación existente con anterioridad a la reforma afirma que deben tenerse presente las siguientes cuestiones: Que en el caso de fallecimiento del progenitor el artículo 1682.2 BGB establece una auténtica «orden de permanencia»

²³¹ WELLENHOFER-KLEIN, Marina, *Die eingetragene Lebenpartnerschaft*, Hamburgo, 2003, p. 95, señala que sólo en Alemania existen 43.000 hogares formados por parejas del mismo sexo de los que 7.000 tienen niños en su seno. Por su parte, DETHLOFF, Nina, ob. cit., p. 195, refiere que en Alemania más de 13.000 menores crecen al cuidado de parejas homosexuales según las estadísticas publicadas (Statistische Bundesamt 2004, resultado del censo de 2003, p. 21). Añadir que WELLENHOFER-KLEIN, Marina, ob. cit., p. 95, igualmente recoge el informe publicado por DANNECKER y DIMSKI ZEuP, 1995, p. 465, en el que se señala que en Estados Unidos conviven con parejas homosexuales entre cuatro y seis millones de niños.

²³² DENTHLOFF, Nina, ob. cit., p. 195.

del menor con la pareja de hecho del progenitor, siempre que dicha relación de hecho estuviese previamente inscrita. Que en el día a día es la pareja del progenitor del niño quien toma muchas decisiones sobre su cuidado y asistencia ejercitando de hecho una «guardia y custodia minorada» sobre el menor. Que se ha modificado recientemente el artículo 1685.2 BGB para incluir a la pareja de hecho del progenitor (no sólo en los supuestos en que se trate de una convivencia registrada, sino también aún en el supuesto de que no lo esté), entre las personas que tienen derecho a relacionarse con el menor, supuesto que principalmente se plantea cuando se produce una ruptura de dicha convivencia de hecho²³³.

– La reforma de 15 de diciembre de 2004.

La Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts de 15 de diciembre de 2004 que ha entrado en vigor el primero de enero de 2005, ha reformado el artículo 9 de la LpartG. Bajo el título «normativa respecto al hijo de un compañero de hecho (homosexual)», dicha norma actualmente contiene siete párrafos, cinco respecto a familias homosexuales en las que no se haya adoptado el menor que en ellas conviva, y dos respecto al caso en que si haya sido adoptado.

En primer lugar se refiere que cuando el progenitor ejerza con exclusividad la patria potestad sobre su hijo, su pareja de hecho homosexual podrá bajo su consentimiento participar en la toma de decisiones sobre las cuestiones cotidianas que afecten a dicho menor (siendo aplicable en este caso lo dispuesto por el artículo 1629.2 BGB). En segundo lugar, se afirma que en tal caso, el compañero homosexual del progenitor podrá realizar cuando así lo exija el interés superior del niño todo tipo de actos jurídicos para proteger al menor de un peligro inminente, añade la norma que dicho progenitor deberá ser inmediatamente informado de tales hechos.

En el tercer párrafo del referido artículo 9 se refiere que el juez de familia podrá restringir o incluso suprimir las facultades reconocidas en el párrafo primero de este artículo al compañero homosexual del progenitor (es decir intervenir en la toma de decisiones sobre cuestiones cotidianas que afecten al menor). Igualmente, se refiere en el párrafo cuarto que dicha facultad no se perderá por el hecho de que se produzca una separación momentánea entre el progenitor y su pareja homosexual (a *sensu contrario* debemos

²³³ El artículo 1685.2 BGB ha sido reformado en fecha 30 de abril de 2004 (art. 1, núm. 7 Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vordräcken für die Vergütung von Berufsbetreuern).

interpretar que si se extinguirá dicho derecho cuando la separación no sea transitoria).

En el quinto párrafo se señala que si el progenitor ejerce de forma exclusiva la patria potestad sobre un hijo no matrimonial, y dicho hijo convive en el hogar familiar con la pareja homosexual del progenitor, podrá otorgársele al menor el apellido familiar (*Lebenspartnerschaftsnamen*) mediante declaración oficial ante la autoridad competente (en este supuesto resulta aplicable lo dispuesto por el art. 1618 BGB).

Evidentemente en estos supuestos se otorga a la pareja homosexual del progenitor unos derechos para intervenir en el cuidado y en la educación del menor que suponen una auténtica guarda próxima al ejercicio de la patria potestad. Por otro lado el hecho de que se otorgue el apellido familiar de la pareja de hecho homosexual, debe considerarse como una manifestación del reconocimiento por parte del legislador de una unidad familiar totalmente equiparable al «matrimonio entre heterosexuales», puede afirmarse que tras la reforma de 15 de diciembre de 2004 prácticamente ambas figuras sólo difieren en la denominación.

El párrafo sexto del referido artículo 9 LpartG refiere que en el caso de adopción individual de un menor por un miembro de la pareja de hecho se necesitará el consentimiento del otro conviviente de hecho. Finalmente el último párrafo de dicho artículo permite al conviviente homosexual adoptar al hijo de su pareja (se señala que en este supuesto resultan aplicables los arts. 1743.1, 1751.2 y 4, 1754.1 y 3, 1755.2, 1756.2, 1757.2 y 1772.1 BGB).

– Crítica a la reforma de 15 de diciembre de 2004²³⁴.

Señala Dethloff, Nina²³⁵ que la adopción del menor regulada en el nuevo artículo 9 LpartG implica el ejercicio pleno de la patria potestad, incluyendo la «guarda y custodia» por parte de la pareja del progenitor (señalar que la autora en su artículo se refiere al Proyecto de Ley anunciado por el Gobierno). Considera que en estos supuestos la adopción implica ex artículo 1755.1 BGB la extinción de cualquier tipo de relación o parentesco del menor con su familia del progenitor biológico ausente. Evidentemente la adopción permanecerá aún en el supuesto que de ruptura de la relación de convivencia que la haya originado. En estos supuestos considera que deberá repartirse el ejercicio de la patria potestad en atención al interés del

²³⁴ Recogemos aquí la crítica que distintos autores han realizado sobre la iniciativa gubernamental y el Proyecto de Ley en su día presentado. En tanto la Ley finalmente aprobada se ajusta al Proyecto inicialmente anunciado, podemos considerar que se trata de opiniones y críticas vigentes.

²³⁵ DETHLOFF, Nina, ob. cit., pp. 197-199.

niño, especialmente cuando desde temprana edad haya sido cuidado y atendido por la pareja de su progenitor. En el caso de inseminación artificial afirma que el mero consentimiento hecho por la mujer lesbiana para que se practique dicha técnica de reproducción asistida en su pareja debería tener algún tipo de efecto jurídico. También se plantea el supuesto en que uno de los miembros de la pareja adopte individualmente a un menor, por tanto no se trataría ya de su hijo biológico, sino de un hijo de otro origen. En estos casos afirma que el «bien del niño» exigiría que éste pudiera ser adoptado por el otro miembro de la pareja, cuando de hecho esta siendo educado por él, en tanto sólo podría repercutirle ventajas dicha adopción.

Precisamente esta realidad, ha dado lugar a las mayores críticas que se han realizado respecto a la reforma operada pues se considera que éste hubiera sido un momento adecuado para incluir en la reforma la adopción conjunta del menor por pareja homosexual. En Alemania actualmente y en virtud del artículo 1741 BGB sólo pueden adoptar conjuntamente las parejas matrimoniales [recordemos que la Lebenspartnerschaftsgesetz (LpartG), ha optado por denominar de forma distinta a la unión de convivencia homosexual]. Tras la reforma de 15 de diciembre de 2004 una pareja homosexual seguirá sin poder adoptar un menor en Alemania, dicha omisión legislativa ha sido muy criticada por la doctrina, al respecto Dethloff, Nina²³⁶ parte del hecho de que existen hoy en Alemania multitud de niños al cuidado de parejas homosexuales con las que no guardan parentesco biológico. En estos supuestos es el bien del niño el que exige que pudieran ser adoptados conjuntamente los menores y dar reconocimiento jurídico a dichas situaciones.

Al llegar a este punto, que evidentemente es interdisciplinar, considera la doctrina alemana que es obligado tener en cuenta las aportaciones que tanto la sicología como la sociología hacen, pues sólo después de haber comprendido el alcance sicológico y social de la cuestión será posible estudiarla desde el punto de vista jurídico. Lo cierto es que tradicionalmente se han presentado ciertas objeciones en contra de la posibilidad de la adopción de menores por homosexuales, por ello habrá que estudiar si desde las perspectivas sicológica y social dichas objeciones son fundadas. Señalan los autores alemanes que el claro prejuicio con el que es tratado este tema parte de la creencia de que los hijos que crezcan en el seno de una pareja homosexual están condicionados a desarrollar una tendencia homosexual (consideración de la homosexualidad como una patología antinatural contagiosa). Sin embargo, a parte del hecho de que no puede considerarse antinatural una orientación

²³⁶ DETHLOFF, Nina, ob. cit., p. 199.

que se da en la propia naturaleza, concluye la doctrina germana señalando que los estudios realizados han demostrado que los niños que han crecido en una familia homosexual no presentan un mayor porcentaje de homosexualidad que los nacidos en parejas heterosexuales. De hecho dichos informes señalan que su desarrollo emocional, intelectual, social y moral de los niños no difiere según hayan crecido en uno u otro tipo de familias, por el contrario en el caso de los niños crecidos en una familia homosexual lo que si se ha constatado es su mayor predisposición a la tolerancia²³⁷.

Por otro lado se afirma que otro de los grandes temores que se manifiestan ante la legalización de este tipo de adopciones es que el niño sufra en mayor o menor medida discriminación por vivir en el seno de una pareja homosexual. Se ha señalado que los padres de otros niños pueden prohibir a sus hijos que se relacionen con dicho menor por razón de la condición homosexual de su familia o que entre los propios niños pueden mediar comportamientos discriminatorios por dicho motivo. Al respecto señala Wellenhofer-Klein que si bien es cierto que el niño afectado sufrirá una etapa de desorientación e inseguridad, los estudios realizados han demostrado que las relaciones y amistades de los niños crecidos en familias homosexuales no presentan particularidades respecto a las de otros niños, por otro lado se ha visto que desarrollan estrategias para superar tales problemas. En todo caso, los problemas que pueda tener un niño en una familia homosexual no difieren de los que pueda tener en una familia heterosexual. En ocasiones el menor se convierte en una víctima de las tensiones que sus padres heterosexuales crean en su separación o divorcio en la lucha respecto a quien corresponda la guarda y custodia del menor. Evidentemente no es la homosexualidad de los padres sino la complejidad de la relación lo que puede repercutir negativamente en el menor. Lo que realmente debe de tenerse en cuenta es la capacidad afectiva de los padres, su estabilidad, la armonía creada en el hogar, y no las tendencias sexuales de éstos²³⁸.

Igualmente se considera que en este supuesto el derecho de adopción lo será en interés del menor antes que en interés de los adoptantes. Esto implica que sólo habrá lugar a la adopción cuando beneficie al menor. Se trata de un derecho a favor del niño y no a

²³⁷ NAVÉ-HERZ, *Praxis der Rechapsychologie*, 13 (1) 2003, 45 (50); SIELERT en *Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in sozialerhischer Perspektive*, ob.coor, por KEIL/HÄSPEL, 2000, p. 45; WELLENHOFER-KLEIN, Marina, ob. cit., p. 98, DIMSKI, ob. cit., p. 465. NAVÉ-HERZ Bosinski/Kirchhof, p. 26 recoge los estudios hechos en Estados Unidos donde toda una generación de menores ha crecido ya en el seno de familias homosexuales (Fthenakis en BASEDOW/HOPT/KÖTZ/DOFFEL, *Die Rechtstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschäften*, 2000, p. 351, señala que la cifra supera los dos millones de niños.

²³⁸ MUSEHELER, *Das Recht der Eigentragenen Lebenspartnerschaft*, 2001, p. 177. WELLENHOFER-KLEIN, Marina, ob. cit., p. 99, se remite al informe Fthenakis, pp. 387-379. HOLZHAUER, JZ, 2000, p. 1076.

favor de los adoptantes. Ello nos obliga a estudiar cada caso individualmente para determinar si una posible adopción beneficia o no al menor en un supuesto determinado, lo cual dependerá en gran medida de la capacidad que tengan los futuros adoptantes de dar afecto al menor. Por ello se afirma que lo que no podrá hacerse será utilizar la tendencia sexual del futuro adoptante como criterio discriminatorio para determinar su idoneidad. El bien del niño supondrá que antes de crecer en un orfanato o en condiciones infrahumanas pueda desarrollarse en el seno de una familia estable de la que reciba afecto y ello con independencia de si esta familia esté compuesta por personas de una u otra tendencia sexual²³⁹.

Por tanto concluimos que en esta materia la ciencia jurídica aporta un criterio claro, la adopción ha de ser siempre en beneficio del menor teniendo muy presente su interés superior. En cada caso concreto deberá determinarse si el posible adoptante es idóneo teniendo en cuenta el bien del niño. Hasta este límite llega la ciencia jurídica, el siguiente paso es responsabilidad de la sicología y en su caso de la sociología y es determinar si el carácter homosexual de un posible adoptante puede dañar el bien del niño, por ello en este punto las investigaciones que la sicología aporta son determinantes, y han de ser asumidas por los juristas. Tales investigaciones y estudios indican que en abstracto no se detecta un perjuicio o anomalía en el desarrollo de los menores crecidos en el seno de una familia homosexual. Por tanto desde la perspectiva jurídica dichas investigaciones deben asumirse y debe primar el principio constitucional que impide toda discriminación por razón de la inclinación sexual de la persona. No se puede discriminar a una parte de la sociedad alegando protegerse el interés del menor cuando dicha discriminación no se funda en estudios científicamente probados. Por el contrario, el análisis del caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del menor y del posible adoptante (especialmente su capacidad afectiva), será el que determine si este último es idóneo o no para adoptar.

Precisamente la doctrina alemana ha señalado que respecto al bien del niño lo importante es que pueda llegar a darse una relación afectiva enriquecedora para el menor independientemente de la orientación sexual de los padres²⁴⁰. Ésta es una premisa que ya se estableció en 1984 en una sentencia calificada de «histórica»²⁴¹ en la que ante la solicitud del ejercicio de la patria potestad (la guarda y custo-

²³⁹ DETHLOFF, Nina, «Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare», *ZPR*, 2004, p. 195.

²⁴⁰ WELLENHOFER-KLEIN, Marina, ob. cit., p. 101.

²⁴¹ Sentencia dada ya en el año 1984 por el Juzgado de primera instancia de Mettmann (puede consultarse en *FamRZ*, 1985, p. 529). Sentencia muy comentada por la doctrina alemana por constituir un auténtico precedente en tanto se consideró que el menor puede desarrollarse sanamente en una familia homosexual.

dia) del menor hecha por su madre que era soltera y convivía afectivamente con otra mujer se decidió concedérsele dicha «guarda y custodia» explicando la sentencia que el hecho de que la madre conviviera con otra persona de su mismo sexo no la descalificaba para poder tener la «guarda y custodia» de su hijo, pues se apreciaba una buena relación emocional entre el niño y ambas mujeres, que lo cuidaban y asistían correctamente²⁴². Partiendo de esta posición se señala que la adopción de cualquier medida prevista en el artículo 1666 BGB nunca podrá fundarse en la tendencia homosexual del progenitor pues dicha circunstancia nunca podrá ser considerada como perjudicial para el bien del niño²⁴³. Una vez que no hay lugar a discutir el derecho de todo padre o madre homosexual a ostentar la «guarda y custodia» de su hijo y a educarlo en el seno de una familia homosexual, el siguiente paso no se ha hecho esperar. Esto es, la exigencia planteada por la doctrina de que dicho niño que vive con su progenitor tenga derecho a ser adoptado por la pareja del mismo. Si la homosexualidad del padre no perjudica al menor, tampoco puede perjudicarle la homosexualidad del compañero del padre. Se trata de reconocer legalmente una situación que se da de hecho. El bien del niño exige garantizar que si falta el progenitor, su pareja pueda seguir atendiendo al menor, rige el llamado «principio de la continuidad»²⁴⁴. En última instancia una vez que se acepta que la homosexualidad no influye negativamente en el menor, no perjudica al bien del niño, no se encuentra razón para negar el derecho de adoptar a una pareja homosexual. Por el contrario el bien del niño obliga a considerar la capacidad afectiva del adoptante, la armonía y equilibrio del hogar que se ofrece al menor, entendiéndose que no se trata de buscar para el menor exclusivamente la familia que reúna las mejores condiciones posibles, sino de encontrar una familia adecuada en la que el menor pueda desarrollarse con plenitud como persona.

Al respecto concluye su trabajo Dethloff, Nina²⁴⁵, señalando que en Alemania debe reformarse el Derecho de familia con urgencia para adaptarse a una realidad social que comprende nuevos

²⁴² FTHENAKIS, Wassilius E., en *Vater –tomo II– Zur Vater-Kind Beziehung in verschiedenen Familienstrukturen*. München, 1988, p. 374, comenta la sentencia considerando que la decisión judicial debe valer tanto para el supuesto en que se trate de una pareja del mismo sexo formada por hombres como por mujeres.

²⁴³ WELLENHOFER-KLEIN, Marina, ob. cit., p. 102. Autora que señala que en su momento se discutió si el supuesto de hecho previsto en el apartado primero del artículo 1666 BGB al referir como supuesto habilitante para la intervención judicial el «fracaso no culpable de los padres» incluía la homosexualidad. Ya hemos referido que se incluían determinadas enfermedades e incluso al alcoholismo (ver jurisprudencia recogida en BGH *FamRZ*, 1956). Finalmente esta discusión doctrinal se ha resuelto en el sentido de excluir tajantemente la homosexualidad del supuesto de hecho previsto en la norma. Evolución y solución igual a la conseguida en el ámbito judicial.

²⁴⁴ WELLENHOFER-KLEIN, Marina, ob. cit., p. 102.

²⁴⁵ DEHLOFF, Nina, ob. cit., p. 200.

tipos familiares. Ello tiene distintas implicaciones entre ellas el reconocimiento del derecho a adoptar al niño por la pareja homosexual de su progenitor, cuando por existir de hecho una relación afectiva así lo exija el interés del menor. Junto a esta realidad, objeto de la reforma de 15 de diciembre de 2004, añade Dethloff la necesidad de regular la adopción conjunta de menores por parejas homosexuales, aceptando las actuales tendencias sociales y siempre en interés del menor. Finalmente destacar que el Tribunal Constitucional alemán ha señalado al resolver el recurso de inconstitucionalidad presentado ante la *Lebenspartnerrechtsgezetz*²⁴⁶ que el derecho constitucional al matrimonio (por pareja heterosexual) no exige una diferenciación especial respecto al derecho al *Lebenspartnerschaft* (convivencia familiar afectiva entre personas del mismo sexo). Más aún considera que el artículo 6 GG no sólo no prohíbe la adopción de menores por parejas homosexuales sino que más bien la habilita la toma de medidas para impedir la vigente discriminación de las familias homosexuales, y ello respecto tanto de los padres como de los niños que viven en ellas.

RESUMEN

En este trabajo se analiza la progresiva reforma que ha experimentado el Derecho de familia alemán en los últimos años para introducir el principio del interés superior del menor en dicho Ordenamiento. Reforma iniciada a partir de la Ley 18 de julio de 1979 sobre la patria potestad, mereciéndonos especial consideración la KindRG de 1998 que da un nuevo tratamiento a los derechos del niño; la Ley de 7 de noviembre de 2000 que ha prohibido en términos absolutos y sin excepciones todo tipo de ejercicio de fuerza o violencia sobre el menor y la Ley de 15 de diciembre de 2004 sobre adopción de niños en el seno de familias homosexuales. Dicho estudio legislativo se completa con un pormenorizado análisis tanto de la doctrina como de la jurisprudencia alemanas centrado en los supuestos de mayor relevancia práctica, tales como, las circunstancias que pueden justificar el desamparo del menor, el ejercicio de la guarda compartida del menor en las crisis matrimoniales, el deber de cooperación de los padres en tales supuestos, el respeto a la voluntad del menor y el alcance de su capacidad natural, entre otros.

²⁴⁶ BVerfG, NJW, 2002, 2543 (2548).

La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes¹

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: 1. *Introducción: concepto y fundamento.*—2. *Naturaleza y caracteres.*—3. *Alimentistas y alimentantes.*—4. *Presupuestos y nacimiento del derecho a los alimentos.*—5. *Contenido de la obligación alimenticia: A) Alimentos amplios. B) Alimentos estrictos.*—6. *Cuantía y formas de cumplimiento de la obligación de alimentos.*—7. *Extinción de la obligación de alimentos.*—8. *La obligación de alimentos entre parientes en los Derechos forales.*—9. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Será objeto de nuestro estudio la denominada obligación (legal) de alimentos entre parientes, que el Código Civil español² regula en el título VI de su Libro I (arts. 142 a 153), denominación que si bien es la tradicional no es totalmente correcta, dado que no es exactamente ni *entre parientes* (pues, como veremos, ni abarca a *todos* los parientes, sino sólo a los que lo son en línea recta y respecto de la colateral a los hermanos; ni *sólo a los parientes*, ya que se incluye a los cónyuges, que como es sabido, pese a su proximi-

¹ El presente trabajo se basa en la ponencia, ampliada y profundizada, que bajo el título *La obligación legal de alimentos entre parientes en España* fue defendida por el autor en el XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, organizado por el Departamento de Derecho Civil de la UNED en Sevilla los días 18 a 22 de octubre de 2004.

² Del que se ha dicho (por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, comentario al título VI CC, en *Comentario a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 1027) que supone «la mejor regulación de la materia (...) que puede encontrarse en los Códigos europeos de la época».

dad familiar y afectiva, no son técnicamente parientes³), ni de *alimentos* (ya que es de contenido más amplio que la mera manutención de supervivencia; de ahí que el concepto jurídico de alimentos sea más amplio que el común). Se ha señalado⁴ como un acierto de nuestro Código Civil el que –a diferencia de otros Códigos, como el francés o el italiano de 1865, y adelantándose al alemán, suizo e italiano vigente– aparezca la regulación de esta obligación como independiente de las derivadas del matrimonio, dado que –como veremos– su ámbito es más amplio que éste.

Esta figura tiene su origen⁵ en Roma, en la época imperial (initialmente, la patria potestad no originaba obligaciones para el *paterfamilias* frente a las personas sometidas a él⁶, hasta el punto de que tenía frente a ellas el *ius vitae ac necis*, hasta su desaparición con Constantino⁷). En este momento, de las relaciones de patronato y clientela pasa a las de familia, y se da respecto de los hijos y nietos⁸ y entre cónyuges⁹, siendo extendida en el siglo II a los descendientes emancipados y ascendientes, y en época justiniana a los hermanos, incluso los naturales¹⁰. No obstante, será en la Edad Media cuando se establezca propiamente la obligación de los hijos de alimentar a sus padres y hermanos que vengan a la pobreza, reduciéndose su contenido a la mitad en caso de que los progenitores viudos contrajeran nuevas nupcias¹¹, y en las *Partidas* se le da prácticamente la configuración actual, estableciéndose el deber recíproco de padres e hijos de prestarse alimentos en proporción a su riqueza y extendiéndose tal deber a los abuelos y demás ascendientes¹². Finalmente, la regulación actualmente vigente tiene su

³ No obstante, para simplificar, en lo sucesivo haremos referencia a la *relación de parentesco* como subyacente a la obligación de alimentos, en el entendido de que en ella debe incluirse la relación existente entre los cónyuges.

⁴ Por DELGADO, comentario al artículo 142, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 522; MARQUES Y NAVARRO, José María, comentario al título VI CC, en *Comentarios al Código Civil español*, t. I, 7.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1956, p. 782; y PIÑAR LÓPEZ, Blas, «La prestación alimenticia en nuestro Derecho civil», *RGLJ*, t. XXXI, julio-agosto 1955, p. 25.

⁵ Para una detallada exposición del origen y evolución de la obligación alimenticia, cfr. PUIG PEÑA, Federico, «Alimentos», *Nueva Encyclopédia Jurídica*, t. II, Ed. Seix, Barcelona, 1950, pp. 586-587.

⁶ *Vid.* FUENTESECA, Pablo, *Derecho privado romano*, ed. del autor, Madrid, 1978, p. 349.

⁷ *Vid.* FUENTESECA, *op. cit.*, pp. 345-346.

⁸ *D.* XXV, 3, 5, 1. Se operaría bajo el cauce procesal de la *extraordinaria cognitio*. Cfr. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, *op. cit.*, p. 349.

⁹ *D.* XXIV, 3, 22, 8.

¹⁰ Que podían reclamar alimentos a sus hermanos legítimos: *vid. Nov.* LXXXIX, 12, 6. Respecto de los padres e hijos naturales, *vid. D.* V, 4.

¹¹ *Vid.* Fuenyo Real, Libro III, Título VIII, ley 1.^a

¹² *Vid. Partida IV*, Tít. XIX, ley 2.^a

precedente más inmediato en la Ley de Matrimonio Civil de 1870¹³, de donde el Código Civil tomó la regulación contenida en gran parte de sus preceptos.

Sin embargo, la obligación de alimentos entre parientes, pese a estar un tanto languideciendo por bastantes años, absorbida por otras figuras de contenido alimenticio a las que haremos referencia seguidamente, ha resultado revivificada en las últimas décadas, en las que la realidad sociodemográfica ha puesto de manifiesto un creciente envejecimiento de la población, que determina que un importante sector de la misma incida en alguna forma de dependencia, así como que un elevado número de jóvenes tienen grandes dificultades para independizarse totalmente de sus progenitores, principalmente por su tardía incorporación al mercado laboral (creciente elevación de la edad de finalización de estudios, falta de puestos de trabajo...) y la escasez actual de viviendas a unos precios asequibles. A ello hemos de añadir la (re)introducción en España del divorcio con la Ley 13/1981, incrementándose en gran medida el número de hijos que han de reclamar su manutención a alguno de sus progenitores, incluso más allá de su mayoría de edad.

Puede definirse como *obligación de alimentos entre parientes* la que vincula a uno o varios deudores (alimentantes, obligados a prestarlos) con unos o varios acreedores o titulares del derecho de alimentos (alimentistas, necesitados)¹⁴, que son parientes próximos o cónyuges de aquéllos, y a los que han de proporcionar todo lo que sea necesario para la satisfacción de sus necesidades vitales.

Se ha discutido sobre cuál sea su fundamento. Aunque algunos autores lo han encontrado en el derecho a la vida del alimentista, como derecho de la personalidad¹⁵; en el vínculo paren-

¹³ *Vid.* sus artículos 63 y 72-79.

¹⁴ Estas denominaciones son las empleadas con práctica unanimidad, tanto por el legislador –a lo largo de la historia– como por la doctrina. No obstante, hemos de hacer la observación de que Pablo BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (en comentario al título VI CC, de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO, t. III, vol. 2.^º, 2.^a ed., EDERSA, Madrid, 1982, p. 7; retomando los denominaciones que ya empleara en su obra *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1958), aisladamente, utiliza una terminología distinta –que no seguiremos–, «por estimarla más correcta desde el punto de vista gramatical» (tal vez influido por las parejas de términos que existen en otras relaciones obligatorias: arrendador/arrendatario, donante/donatario, comodante/comodatario...), denominando alimentario a quien recibe los alimentos y alimentista al obligado a prestarlos.

¹⁵ Como SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, t. V, vol. 2.^º, 2.^a ed., Est. Tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1912, pp. 1224-1225, 1227-1228, 1252 y 1267; y VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, 3.^a ed., Tip. Cuesta, Valladolid, 1926, pp. 526-528; y más recientemente BELTRÁN DE HEREDIA, *La obligación legal...*, *op. cit.*, pp. 33-34, y comentario al título VI CC, *op. cit.*, pp. 22-23; PIÑAR, «La prestación...», *op. cit.*, pp. 9, 10 y 12-13; y ROCA I TRÍAS, E., «Las relaciones familiares básicas: los alimentos», en *Derecho de familia*, de A. LÓPEZ, V. L. MONTÉS y E.

tal¹⁶ o en otras concepciones minoritarias¹⁷, en la actualidad se admite mayoritariamente por la doctrina¹⁸ que puede encontrarse en la *solidaridad familiar* ante la necesidad de uno de sus miembros, en el sentido de ser un deber de los miembros más cercanos de la familia el procurar a aquél que lo necesite la satisfacción de sus necesidades. Como ponen de manifiesto los Profesores Díez-Picazo y Gullón¹⁹, el desenvolvimiento de cada persona por la vida es un asunto propio suyo, pero no puede dejar de tenerse en cuenta la posibilidad de que en esa «lucha por

ROCA, 3.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 39. En igual sentido se pronunciaron las SSTS de 17 de febrero de 1925, 14 de junio de 1929 y, recientemente, 23 de febrero de 2000. Asimismo parece orientarse por esta posición, si bien de modo muy poco claro, MANRESA, comentario al título VI CC, *op. cit.* p. 783.

Sin embargo, esta posición no sirve para explicar por qué esa *defensa de la vida* ha de ponerse a cargo de los parientes más próximos y no –al tratarse de un derecho absoluto– a cargo de cualquiera contra quien pudiera dirigirse el alimentista, el que sea un criterio cuantificador de la pensión alimenticia el patrimonio del alimentante y no exclusivamente las necesidades del alimentista y que incluya los gastos por educación.

¹⁶ José PUIG BRUTAU (en *Fundamentos de Derecho Civil*, t. IV, 2.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1985, pp. 281-282) entiende que esta obligación «se funda en la relación de próximo parentesco que ha de existir entre alimentista y obligado».

¹⁷ Como la que entiende que se basaría en un pretendido cuasicontrato entre procreantes y procreados (lo que no explica que se incluya también a hermanos y cónyuges) o un pretendido anticipo de la herencia (que choca con los obstáculos de que el alimentista no necesariamente ha de ser heredero del alimentante, y que no hay una correlación cuantitativa entre el importe de los alimentos y el de la potencial herencia ni son colacionables los alimentos dados con anterioridad a la sucesión, salvo respecto de los gastos del padre en dar a sus hijos una carrera profesional o artística, pero ello sólo cuando el padre lo disponga o perjudiquen a la legítima y rebajando de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en compañía de sus padres –arts. 1.041 y 1.042 CC–).

¹⁸ Así, ya CICU, Antonio, «Cómo llegó a la sistematización del Derecho de Familia», *RDP*, núm. 420, marzo 1952, p. 186. En nuestra doctrina pueden citarse, entre otros, AGUILAR RUIZ, Leonor, «El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar (comentario a la Sentencia del TS de 23 febrero 2000)», *RdPat*, núm. 6, 2001, p. 328; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, t. V, vol. 2.^a, 10.^a ed., revis. por Gabriel GARCÍA CANTERO y José M.^a CASTÁN VÁZQUEZ, Ed. Reus, Madrid, 1995, p. 455; CORBELLÀ, Arturo, «Alimentos», *Encyclopædia Jurídica Española*, t. II, Ed. Seix, Barcelona, s. f. (ca. 1910), p. 627; DELGADO, comentario al título VI CC, *op. cit.*, p. 1027, y comentario al artículo 142, *op. cit.*, p. 522; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a Dolores y HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Lecciones de Derecho de familia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 444; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. 8.^a ed., 2.^a reimpr., Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 47; DORAL GARCÍA, José Antonio, «Pactos en materia de alimentos», *ADC*, t. XXIV-II, abril-junio 1971, p. 314; LACRUZ BERDEJO, José Luis, «La obligación de alimentos», en *Derecho de familia* (T. IV de los *Elementos de Derecho Civil*, de José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA), 4.^a ed., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 37; LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, t. VI, 3.^a ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 386; y PUIG PEÑA, «Alimentos», *op. cit.*, p. 580. Especialmente detallado es el estudio sobre esta cuestión de Jordi RIBOT IGUALADA, «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», *ADC*, t. LI-III, 1998, pp. 1105-1177 (especialmente 1118-1130 y 1134-1151). También encuentran el fundamento de la obligación de alimentos en la solidaridad familiar la STS de 1 de marzo de 2001 y las SSAAPP Guipúzcoa de 12 de marzo de 1999, Baleares de 4 de diciembre de 2001, Valencia de 22 de octubre de 2002 y Madrid de 30 de noviembre de 2002.

¹⁹ En *Sistema...*, *op. cit.*, p. 47.

la vida» se dé el fracaso (ej., el paro) o la imposibilidad (como en los casos de los incapaces en general, menores, enfermos y disminuidos físicos o psíquicos, ancianos...); será cuando se produzcan estas situaciones en que no pueda conseguirse personalmente la satisfacción de las propias necesidades vitales cuando la misma se ponga a cargo de los parientes más próximos.

Ha de diferenciarse entre la obligación de alimentos «propriamente dicha», objeto hoy de nuestro estudio, y otras obligaciones legales y aun convencionales de contenido alimenticio, a las que la primera servirá como regulación supletoria²⁰. Entre las legales, son de destacar las siguientes:

a) *El deber personal y recíproco de los cónyuges de socorrerse mutuamente.* Constituye uno de los efectos personales del matrimonio, recogido en los artículos 67 y 68 del Código Civil²¹. Tiene un fundamento distinto de la obligación de alimentos que estudiamos, dado que se basa en la comunidad de vida que supone el matrimonio (y por tanto su cumplimiento no es tanto de un cónyuge frente al otro como en común, de la comunidad conyugal²²) y surge con la adquisición de la condición de cónyuge, con independencia de la concurrencia o no de necesidad en cualquiera de los cónyuges. Por otra parte, su contenido es más extenso que la manutención, asistencia médica y educación, propios de la obligación de alimentos, por mucha amplitud que quiera dársele a estos conceptos, entrando incluso en el ámbito propiamente personal y hasta moral (alcanzando «deberes» de índole espiritual e incluso sexual), y debiendo contemplarse dentro del conjunto de efectos personales del matrimonio²³. Finalmente, tanto este deber alimenticio de socorro mutuo como el de alimentar a los hijos menores –al que haremos referencia a continuación– tienen más difuminado el límite de que el alimentante no pueda satisfacerlos «sin desatender sus propias necesidades y las de su familia» (de la que por otra parte

²⁰ El artículo 153 CC establece que «*Las disposiciones que preceden [las que regulan la obligación legal de alimentos] son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate*». No obstante, en estas otras obligaciones alimenticias su aplicabilidad será muy limitada, al faltar el carácter personalísimo de la posición de deudor y la reciprocidad y variabilidad en función de las necesidades del alimentista, notas todas ellas propias de la obligación legal.

²¹ Que señalan respectivamente que «*El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia*» y «*Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente*» (las negritas, por supuesto, son nuestras).

²² Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *La obligación legal..., op. cit.*, p. 14, y comentario al título VI CC, *op. cit.*, p. 9.

²³ Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *La obligación legal..., op. cit.*, p. 13, y comentario al título VI CC, *loc. cit.*

forma parte el cónyuge o hijo beneficiado), que sí existe respecto de la obligación ordinaria de alimentos (art. 152.2.º CC), hasta el punto de que se ha señalado²⁴ que el obligado por estos deberes ha de llegar casi hasta la mínima cobertura de la propia subsistencia para que deje de serle exigible que alimente a su cónyuge e hijos menores.

De esta forma, la obligación de alimentos, cuando se refiere a los cónyuges (art. 143.1.º CC), normalmente estará absorbida por el más amplio deber de socorro mutuo, comenzando a regir propiamente cuando cese éste por desaparecer la vida en común de los cónyuges, en los supuestos de preparación y sustanciación del proceso de separación, nulidad o divorcio, o de separación matrimonial de hecho mutuamente consentida²⁵. No así en la separación de Derecho, pues en la sentencia o convenio regulador que establezcan sus efectos deberán determinarse en su caso la «contribución a las cargas del matrimonio y alimentos» y la pensión compensatoria a favor del cónyuge al que la separación produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro²⁶, que a su vez sustituyen tanto al deber de socorro mutuo como a la obligación de alimentos propiamente dicha (según que se haya pasado de la convivencia matrimonial a la situación de separación legal directamente o con una fase intermedia de separación de hecho); por otra parte, en caso de divorcio, disuelto el matrimonio, desaparecerá el vínculo entre los antiguos cónyuges –que, a diferencia del verdadero parentesco, sí puede desaparecer– y sólo habrá derecho en su caso a la pensión compensatoria²⁷.

b) *El deber de los padres de alimentar a sus hijos no emancipados*, de los artículos 110 y 154.I.1.º del Código Civil, que constituye uno de los efectos personales derivados tanto de la filiación como de la patria potestad y tiene incluso naturaleza constitucional²⁸. Plantea el problema de que constituye una obligación alimenticia que afecta a las mismas personas y tiene idéntico contenido que la de alimentos del artículo 143.2.º del Código Civil²⁹. Sin

²⁴ Por DELGADO, comentario al artículo 152, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, pp. 540-541.

²⁵ En tal sentido, reiterada jurisprudencia ha declarado que «ningún precepto condiciona la exigibilidad de la deuda alimentaria de los cónyuges al cumplimiento del deber de vivir juntos», si bien no puede reclamarla el cónyuge que abandona al otro sin justa causa. Así, entre otras, podemos citar las SSTS de 28 de febrero de 1969, 17 de junio y 23 de octubre de 1972 y 25 de noviembre de 1985.

²⁶ *Vid.* artículos 90.I.C) y 97 CC.

²⁷ *Vid.* SSTS de 29 de junio de 1988, 7 de marzo de 1995 y 23 de septiembre de 1996. Esta última destaca la diferencia entre la pensión compensatoria por divorcio y la prestación de alimentos.

²⁸ *Vid.* artículo 39.2 CE.

²⁹ Y tal similitud hace que muchos de los aspectos de esta específica obligación alimenticia (sobre todo cuando se refiere a su prolongación después de la mayoría de

embargo, además de faltar la reciprocidad (el hijo menor, si bien ha de «*contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras conviva con ella*»³⁰, de ningún modo puede considerarse que esté obligado a alimentar a sus padres por este concepto), el fundamento de una y otra es distinto, pues aquélla se fundamenta en el hecho de la pura filiación biológica o adoptiva, originándose por el mero hecho del nacimiento o la adopción, hasta el punto de que no desaparece por la pérdida de la patria potestad³¹, y por otra parte –al igual que como vimos sucedía en el deber de socorro mutuo de los cónyuges– no depende del estado de necesidad en el hijo ni se condiciona a su carencia de bienes³².

Al igual que en el caso del socorro mutuo entre cónyuges, la obligación de alimentos propiamente dicha comenzará cuando cese el deber legal del artículo 154.II.1.^º del Código, por haberse emancipado el hijo beneficiario de aquél, en caso de que éste incurra en estado de necesidad. Así, la mera mayoría de edad no conllevará la automática pérdida del derecho a alimentos³³, sino que ésta se producirá con la emancipación, en el sentido de vida independiente, siempre que el hijo no incurra en situación de necesidad³⁴, caso en el que se transformaría en un crédito de alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil³⁵.

c) El deber del que recibe a un menor en *acogimiento familiar* de tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (art. 173.1 CC).

d) El deber que asimismo tiene el *tutor* de procurar alimentos al tutelado, y si es menor educarle y procurarle una formación integral, contenido en el artículo 269.1.^º y 2.^º del Código Civil.

edad de los hijos ex art. 93.II CC) sea generalizable a la obligación de alimentos entre parientes.

³⁰ *Vid.* artículo 155.2.^º CC.

³¹ El artículo 110 CC establece que «*El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos*».

³² La diferente naturaleza de estos alimentos a los hijos menores de edad respecto de la obligación legal de alimentos entre parientes es puesta de manifiesto, en relación con los hijos mayores de edad –a los cuales los alimentos que en su caso les corresponden son estos segundos–, por las SSTS de 5 de octubre de 1993 y 16 de julio de 2002 y las SSAAPP Navarra de 29 de septiembre de 1993 y Madrid de 30 de noviembre de 2002, entre otras.

³³ Así *vid.*, entre otras muchas, las SSAAPP Oviedo de 24 de noviembre de 1987 y 21 de enero de 2000, Granada de 15 de febrero de 1990, Murcia de 20 de enero de 1993, Valencia de 19 de enero de 1995, Barcelona de 17 de abril de 1998, Murcia de 16 de febrero de 1999 y Guipúzcoa de 19 de julio de 1999.

³⁴ En tal sentido, entre otras, las SSAAPP Palma de Mallorca de 8 de febrero de 1989, Pamplona de 20 de septiembre de 1989, Barcelona de 29 de octubre de 1990 y 2 de julio de 1991, Gerona de 28 de febrero de 1991, Zaragoza de 3 de noviembre de 1992 y Guipúzcoa de 20 de mayo de 1999.

³⁵ Así, SSAP Guipúzcoa de 20 de mayo y 19 de julio de 1999.

e) La causa de *revocación de la donación* prevista en el artículo 648.3.^o del Código Civil³⁶. No se trata de que exista propiamente un deber del donatario de alimentar al donante³⁷, pero la negativa indebida del donatario a prestárselos autoriza a aquél a la revocación de la donación realizada, configurándose así como una «sanción» ante la ingratitud del donatario. Aquí sí aparece clara la distinción con la obligación de alimentos que estudiamos³⁸, dado que falta la reciprocidad propia de ésta (es únicamente a favor del donante y a cargo del donatario, y no a la inversa); no se cuantifica en función de la capacidad económica del donatario³⁹, sino que vendrá determinada por las necesidades del donante pero con el límite máximo de la cuantía de lo donado; la «sanción» no va más allá de la propia donación (suponiendo la posibilidad de su revocación), de modo que el donatario puede en cualquier momento negarse a esa prestación de alimentos, sin que pueda sufrir más consecuencias negativas de ello que la referida posibilidad de revocación⁴⁰; y, finalmente, se contempla desde un punto de vista pasivo y *a posteriori*: el donante no tiene acción para reclamar los alimentos al donatario, sino que sólo podrá revocar la donación en caso de que éste se niegue indebidamente a ello.

f) El deber de alimentar a la *viuda encinta* con cargo a los bienes hereditarios, en consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo si naciere y fuere viable, del artículo 964 del Código Civil. Esta obligación alimenticia no se relaciona con el parentesco (el «obligado» es la herencia yacente, sin que por otra parte los interesados en ella hayan de ser necesariamente parientes

³⁶ «También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes: (...) 3.^o Si le niega indebidamente los alimentos.»

³⁷ En cambio, sí defienden la existencia de una verdadera prestación alimenticia (si bien *sui generis*), del donatario a favor del donante, Amadeo de FUENMAYOR CHAMPÍN (en «La deuda alimenticia del donatario», *RDP*, núm. 30, marzo 1942, pp. 174-176) y DORAL («Pactos en materia de alimentos», *op. cit.*, p. 370). Asimismo, Carlos ROGEL VIDE, *Derecho de obligaciones y contratos*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 182.

³⁸ Criterios de diferenciación que son destacados por BELTRÁN DE HEREDIA, *La obligación legal...*, *op. cit.*, p. 19, y comentario al título VI CC, *op. cit.*, pp. 13-14; DÍAZ ALABART, Silvia, comentario al artículo 648, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, p. 1645; y PIÑAR, «La prestación...», *op. cit.*, pp. 23-25.

³⁹ Aunque para Joaquín RAMS ALBESA («La donación», en *Derecho de obligaciones* (t. II de los *Elementos de Derecho Civil*, de José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA), 3.^a ed., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 106) sólo existiría en los mismos casos de necesidad que autorizaría a reclamar alimentos legales a los familiares.

⁴⁰ En cambio, para PIÑAR («La prestación...», *op. cit.*, p. 24) se trataría del incumplimiento de una auténtica obligación alimenticia. Con la doctrina mayoritaria, no compartimos tal opinión, dado que no se requiere ningún parentesco entre donante y donatario para que opere la causa de revocación, y además en tal caso el donante necesitaría reclamar judicialmente la prestación alimenticia, en vez de limitarse a la vía indirecta y más lenta de la revocación de la donación; así, DÍAZ ALABART, comentario al artículo 648, *op. cit.*, p. 1645; y RAMS, *loc. cit.*

de la viuda o del *nasciturus*) ni con la necesidad de la alimentista (el precepto establece expresamente el deber de alimentarla «aun cuando sea rica»). En realidad, no es tanto una prestación alimenticia a favor de la viuda como del concebido y para su gestación: a éste ya se le tiene por nacido en relación con esos bienes⁴¹, siendo lógico que ante la doble posibilidad de alimentarse con su propio patrimonio sujeto a administración o con el de su madre, la preferencia se incline por el primero, y por ello aun cuando la viuda pudiera prestar alimentos a su hijo tiene derecho a exigirlos de la masa hereditaria en nombre de éste⁴².

g) Finalmente, el *derecho a alimentos del concursado*, previsto en la Ley Concursal, durante la tramitación del concurso y hasta que se produzca la apertura de la liquidación⁴³. No recoge entre sus requisitos el parentesco (y además, ¿frente a quién?: ¿el administrador concursal, los acreedores...?), y el «obligado» es la masa activa; asimismo, su cuantía y contenido no han de tener tampoco necesariamente relación alguna con las de la obligación de alimentos propiamente dicha, y serán determinados por el administrador concursal o el juez, según los casos. En el fondo, estos alimentos suponen que, dado que los bienes del concursado están sometidos a control y administración judicial y aquél no tiene poder directo de disposición sobre ellos, deben ser las instituciones concursales quienes le proporcionen unos medios de subsistencia.

Entre las obligaciones convencionales de contenido alimenticio o que pueden emplearse con tal finalidad (renta vitalicia, usufructo...) destaca el *nuevo* contrato de alimentos, introducido en el Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre⁴⁴, con base en la figura del contrato de vitalicio (ya regulada en el Derecho gallego⁴⁵; en Aragón es similar la *dación personal*⁴⁶, que constituye una institución contractual por la que se admiten en la sociedad familiar –la Casa– a los individuos solteros o viudos, sean parientes o extraños, que se comprometan a permanecer en esos estados y a trabajar en beneficio de la Casa que los adopta –*donados*–, debiendo el *arrogador* mantenerles mientras vivan, darles habitación y vestido, conceptualles de la familia y abonar los gastos de sus enfermedades, funerales y enterramiento).

⁴¹ *Vid.* artículo 29 CC.

⁴² Cfr. PIÑAR, «La prestación...», *op. cit.*, p. 17.

⁴³ *Vid.*, respectivamente, artículos 47.1 y 145.2 de la Ley Concursal.

⁴⁴ *Vid.* artículos 1.791-1.797 CC.

⁴⁵ *Vid.* artículos 95-99 (capítulo III del libro V) de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, que también lo denomina contrato de *pensión alimenticia* o de *alimentos vitalicios*.

⁴⁶ Respecto de ella, el artículo 33 de la Compilación aragonesa se remite «*a lo pactado*», debiéndose interpretar «*con arreglo a la costumbre y a los usos locales*».

El que el fundamento de la obligación de alimentos entre parientes radique en la solidaridad familiar pone de manifiesto que ha desempeñado tradicionalmente una importante función de asistencia social entre los familiares, sustitutiva de la *beneficencia* a cargo de entidades públicas o privadas⁴⁷, de modo que, hasta bien entrado el siglo XX, sólo aquellos que carecían de parientes que pudieran hacerse cargo de ellos debían acudir a las prestaciones socioasistenciales (generalmente precarias) de estas entidades. Sin embargo, desde la creación de un régimen generalizado de Seguridad Social y la asunción de la protección asistencial por los poderes públicos no como *beneficencia*, sino como auténtico deber de éstos y derecho de los ciudadanos en la actual concepción del *Estado social del bienestar*⁴⁸, no es tan clara la posición de la obligación (civil) de alimentos frente a la política asistencial pública⁴⁹.

Aun cuando haya quienes pretendan que el que la configuración de la asistencia a los ciudadanos necesitados se establezca como deber de los poderes públicos ha de suponer que la obligación civil debe entenderse como meramente subsidiaria de la actuación de aquellos⁵⁰, podemos considerar que la coexistencia entre la obligación civil de alimentos y la asistencia social pública se traduce en una complementariedad y compatibilidad de ambas⁵¹,

⁴⁷ Para SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil*, op. cit., p. 1225), la *deuda alimenticia* sería una institución de naturaleza civil que cambia de naturaleza, ingresando en la esfera del Derecho público-administrativo, cuando, en defecto de los medios del orden jurídico-civil, se ejerce a través de la *beneficencia pública o particular*.

⁴⁸ Que en España ha alcanzado incluso rango constitucional. Así, podemos citar los artículos 27.4 («La enseñanza básica es obligatoria y gratuita») y 27.5 («Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación...»), 41.I («Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garanticen la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...»), 43.2 («Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios...»), 49 («Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos») y 50 («Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio»), todos de la CE. Es destacable la salvedad del artículo 50, que hemos resaltado.

⁴⁹ Sobre este conflicto entre solidaridad familiar y política asistencial pública, vid. LASARTE, *Principios..., op. cit.*, pp. 386-387.

⁵⁰ Así, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema...*, op. cit., pp. 48-49. ROCA (en «Las relaciones familiares básicas...», op. cit., p. 41), si bien dice inicialmente que «las deficiencias de cualquier sistema de seguridad social (...) no permiten considerar que la asistencia prestada en el seno de la familia pueda ser considerada como subsidiaria de la asistencia pública», con posterioridad afirma que «puede afirmarse que la asistencia privada familiar sólo actuará cuando no pueda actuar la pública».

⁵¹ En tal sentido, como hemos visto, el artículo 50 CE expresamente establece la complementariedad de las pensiones públicas con las obligaciones familiares. Es más, es

que en ocasiones coinciden sobre un mismo estado de necesidad, si bien la pensión obtenida por cualquiera de estas vías (pública, frente a la Administración, o privada, frente a los parientes) reducirá o anulará el estado de necesidad del beneficiario, lo que producirá una reducción o denegación en caso de una subsiguiente reclamación a través de la otra⁵².

Sin embargo, en los últimos tiempos se está observando una creciente tendencia hacia el extremo justamente contrario al señalado en primer lugar: la consideración de la protección social pública como subsidiaria respecto de las obligaciones familiares de alimentos, configurándola como garantía secundaria⁵³, consideración que se explica fundamentalmente por los crecientes costes de los servicios socioasistenciales y que se ha concretado en algunos casos en la posibilidad de cobrar a los potenciales alimentantes los gastos por atenciones prestadas por entidades sanitarias o socioasistenciales a los potenciales alimentistas⁵⁴, la subrogación legal de la Administración pública en los derechos del beneficiario de la prestación frente a sus potenciales alimentantes⁵⁵ o el que sólo quepa el reconocimiento provisional del derecho a determinadas prestaciones sociales (*ingresos de inserción*) si simultáneamente se reclaman por el beneficiario de aquéllas los alimentos a que se tenga derecho⁵⁶.

bastante frecuente la reclamación a un progenitor de gastos de educación, en concepto de alimentos, por parte de su hijo, pese a que tales gastos estén parcialmente cubiertos con una beca (así, por ej., la SAP Teruel de 23 de febrero de 1998).

⁵² En tal sentido, la STS (Sala 3.^a) de 4 de diciembre de 1992, en un caso de denegación de una ayuda (pública) por ancianidad porque el solicitante estaba percibiendo una pensión alimenticia (civil) ínfima, ha declarado que la «*obligación civil del alimentista (...) no libera, en modo alguno, a la Administración del cumplimiento del mandato contenido en el artículo 50 de la Constitución*», de modo que en caso de insuficiencia de la pensión alimenticia civil la misma ha de ser complementada por la cobertura social pública.

⁵³ Cfr. al respecto RIBOT, «El fundamento...», *op. cit.*, pp. 1144-1151.

⁵⁴ *Vid.*, por ej., artículos 3.b) y 8.2 del Decreto 394/1996, de 12 de diciembre, del Departamento de Bienestar Social de la Generalitat de Cataluña, por el que se establece el régimen de contraprestaciones de los usuarios en la prestación de servicios sociales y se aprueban los precios públicos de determinados servicios sociales.

⁵⁵ Como en el artículo 19.5 de la Ley catalana 10/1997, de 3 de julio, de la renta mínima de inserción. Como veremos al final de este estudio, el artículo 261 del Código de Familia catalán llega a conceder legitimación activa para poder reclamar alimentos –además de al necesitado o su representante legal– a la entidad pública o privada que acoja al necesitado, además de la posibilidad de cualquier persona que haya prestado alimentos a un necesitado, cuando el obligado no lo haya hecho, de repetir contra éste o sus herederos por las pensiones alimenticias correspondientes al año en curso y al anterior, con los intereses legales, y de subrogarse de pleno derecho hasta ese importe en los derechos del alimentista contra aquél, salvo que conste que se dieron desinteresadamente y sin ánimo de reclamarlas (arts. 269.1 del Código de Familia catalán, y 1.894.I CC).

⁵⁶ Así, artículos 18.1 de la Ley asturiana 6/1991, de 5 de abril, reguladora del ingreso mínimo de inserción; 29 de la Ley gallega 9/1991, de 2 de octubre, sobre medidas básicas para la inserción social; y 15 de la Ley aragonesa 1/1993, de 19 de febrero, que establece la regulación del Ingreso Aragonés de Inserción.

En cualquier caso, sería deseable que *de lege ferenda* se estableciera a nivel general una definitiva clarificación de la relación entre ambos tipos de prestaciones asistenciales.

2. NATURALEZA Y CARACTERES

La obligación de alimentos presenta la peculiaridad de que, si bien es de contenido patrimonial, no es una obligación meramente patrimonial⁵⁷: no constituye un crédito en el patrimonio del acreedor (alimentista) del que pueda disponer ni que sirva como garantía a sus acreedores, ni un elemento pasivo en el patrimonio del deudor (alimentante), dado que no se computa en la evaluación económica de los patrimonios de uno y otro. Además, el elemento más destacado en ella es el interés familiar y social de la institución y su fundamento de solidaridad familiar, y no sólo el aspecto puramente económico-patrimonial.

Sin embargo, aun cuando la obligación en sí no sea sólo de carácter puramente patrimonial, también es verdad que su contenido sí es económico o patrimonial: la obligación, como veremos seguidamente, surge precisamente porque el alimentista está en una situación de necesidad *económica* y el alimentante tiene un patrimonio suficiente para atender tanto sus propias necesidades como las del alimentista; y además su contenido son pensiones o un mantenimiento *in natura*, cuantificables económicamente.

Por ello, entendemos con el Profesor Lasarte⁵⁸ que realmente bajo el amplio concepto de obligación de alimentos deberíamos distinguir distintas realidades. Por una parte, podemos distinguir un *derecho de alimentos en general*, como relación jurídica de derecho-deber entre familiares próximos que determina que, conforme a las normas del Código Civil que veremos, puedan exigir o tengan que prestar alimentos; y una *relación obligatoria alimenticia*, cuando ese derecho de alimentos en general, con un cierto carácter abstracto, pasa a establecerse y concretarse entre las partes, ya sea de modo voluntario ya por imposición judicial. Y aún podemos diferenciar dos realidades más, si bien éstas ya más claramente diferenciadas de la propia obligación de alimentos: una

⁵⁷ Lo que ya fue puesto de manifiesto por CICU, en «Cómo llegué...», *op. cit.*, p. 186. En nuestra doctrina, *vid.* BELTRÁN DE HEREDIA, *La obligación legal...*, *op. cit.*, pp. 21-22 y 28-31, y comentario al título VI CC, *op. cit.*, pp. 15 y 18-20; DELGADO, comentario al artículo 142, *op. cit.*, p. 523; y LACRUZ, «La obligación de alimentos», *op. cit.*, p. 38. Asimismo, las SSAAPP Granada de 13 de julio de 2002 y Valencia de 25 de junio de 2003.

⁵⁸ En *Principios...*, *op. cit.*, p. 388.

anterior, la situación de parentesco próximo que con carácter abstracto puede determinar que surja o no un derecho de alimentos entre los interesados (con carácter previo a que haya aún una situación de necesidad, por lo que todavía no se ha constituido en tal sentido una obligación propiamente dicha y no aparecen concretados un acreedor y un deudor), que podemos denominar *relación familiar de alimentos*; y otra posterior, la de las *pensiones alimenticias*, en las que la relación obligatoria alimenticia ha ido devengando unas cantidades para la satisfacción de las necesidades del alimentista⁵⁹. Podemos decir que el elemento de patrimonialidad irá creciendo en ese orden, desde la mera situación de parentesco, en que no hay aún elemento patrimonial alguno, hasta las pensiones alimenticias, en las que su acentuado carácter patrimonial hace que puedan considerarse créditos ordinarios –faltándole muchos de los caracteres que veremos seguidamente–, con la peculiaridad únicamente de su origen.

Comúnmente se destacan por la doctrina⁶⁰ como caracteres del derecho de alimentos en general los siguientes:

a) *Legalidad*: como hemos visto, frente a obligaciones de origen convencional o testamentario, la obligación de alimentos que estamos estudiando tiene su origen y regulación en la ley (concretamente, los arts. 142 a 153 CC), sin que –frente a las obligaciones ordinarias– tenga en ella papel alguno la autonomía de la voluntad, salvo la opción que permite al alimentante el artículo 149 del Código Civil de cumplir la obligación con pensiones (pecuniarias) periódicas o manteniendo al alimentista en su propia casa, pero aun ésta –como veremos– no es posible en todos los casos.

b) *Recíprocidad*⁶¹: los parientes vinculados por la relación familiar de alimentos, al igual que son recíprocamente parientes, son potencialmente tanto acreedores como deudores de la prestación alimenticia cuando se den los requisitos legalmente contemplados (que pueden resumirse en necesidad del alimentista, suficiencia patrimonial del alimentante y relación de parentesco próximo entre ellos), con independencia de que el derecho a los alimentos pueda convertirse en unilateral si alguno de los potencia-

⁵⁹ Ya sean cantidades evaluadas en dinero directamente o por equivalente, dado que como veremos el alimentante tendrá la opción –aunque con excepciones– de cumplir la obligación pecuniariamente o manteniendo al alimentista en su propia casa (art. 149 CC).

⁶⁰ Entre otros, *vid.* BELTRÁN DE HEREDIA, *La obligación legal...*, *op. cit.*, pp. 22-28, y comentario al título VI CC, *op. cit.*, pp. 15-18; DELGADO, comentario al artículo 142, *op. cit.*, p. 523; DÍAZ-AMBRONA y HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 446-447; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 49-50; LACRUZ, «La obligación de alimentos», *op. cit.*, pp. 39-41; LASARTE, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 388-389; y VALVERDE, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 528-530.

⁶¹ Expresamente reconocida en el artículo 143 CC.

les acreedores lo pierde por concurrir una causa de extinción. El alimentista de hoy, si experimenta un incremento patrimonial suficiente, puede ser el alimentante de mañana, bien del propio deudor actual de los alimentos (si incurre en un estado de necesidad) como de un tercero. Como hemos dicho, la reciprocidad es potencial, por supuesto no actual, pues supone un planteamiento contrario a la lógica entender que quien esté en una situación de necesidad que le haga acreedor de alimentos frente a otra persona (que por definición debe estar en mejor posición patrimonial que él) sea a su vez deudor de alimentos de ésta (con lo que ahora sería el primero el que estuviera en mejor posición patrimonial): no se puede estar en una situación de suficiencia y a la vez de insuficiencia patrimonial; por ello, dado que la reciprocidad no supone correspondencia, no será aplicable a la obligación de alimentos el artículo 1.124 del Código Civil.

c) *Indeterminación*⁶² y *variabilidad*⁶³ en cuanto a su cuantía, dado que –como veremos– tal cuantía se concreta en función de la entidad del patrimonio del alimentante y de las necesidades del alimentista, y evolucionará conforme varíen éstos.

d) *Imprescriptibilidad*: el que la obligación de alimentos venga determinada por la situación de necesidad vital del alimentista supone que no pueda entenderse que desaparezca por el mero transcurso del tiempo, sino sólo porque dejen de darse los requisitos que han de concurrir en esa obligación (fundamentalmente, la desaparición de esa necesidad). La imprescriptibilidad viene determinada también por ser la obligación de alimentos irrenunciable⁶⁴ e indisponible al no estar en el comercio de los hombres⁶⁵.

e) *Carácter personalísimo o intuitu personae*: se confiere a determinadas personas la posición activa o pasiva por ser ellas mismas, fundamentalmente por la existencia de vínculos de parentesco, de modo que sólo los parientes específicamente previstos en la Ley pueden ocupar la posición de alimentante o alimentista.

f) Como consecuencia lógica del carácter personalísimo de la obligación de alimentos y de su vinculación a las necesidades de subsistencia del alimentista, el artículo 151 del Código Civil establece que el derecho de alimentos es *irrenunciable e intransmisible* por el alimentista, pues ese personalismo impide dar entrada en la obligación a terceros que no cumplan el requisito de parentesco, y el admitir la renuncia o transmisión del derecho del alimentista

⁶² *Vid.* artículo 146 CC.

⁶³ *Vid.* artículo 147 CC.

⁶⁴ Cfr. STS de 20 de octubre de 1924.

⁶⁵ *Vid.* STS de 7 de octubre de 1970.

supondría que no se cubrirían aquellas necesidades, precisamente en atención a las cuales ha nacido. En caso de fallecimiento del alimentante o del alimentista, sus herederos podrán ser los nuevos alimentantes o alimentistas, pero por su propia relación de parentesco y respecto de una nueva obligación alimenticia, nunca porque se produzca una sucesión en esa posición.

g) Consecuencia también del carácter personalísimo de la obligación alimenticia y de su vinculación a la subsistencia del alimentista es que el crédito alimentario es *inembargable*⁶⁶, dado que ello supondría que no se cumpliera el fundamento de esta obligación: se trata de favorecer al alimentista, que precisa las pensiones alimenticias para su propia subsistencia, y no a sus acreedores, y admitir la embargabilidad supondría condenar al alimentista necesitado prácticamente a la indigencia o casi la muerte por inanición para permitir la satisfacción de los intereses patrimoniales de sus acreedores.

h) *No compensabilidad*: en el artículo 151 del Código Civil se establece igualmente que el derecho de alimentos no es compensable con las deudas que el alimentista tenga con el alimentante. Aunque sean recíprocamente acreedor y deudor entre sí, la obligación de alimentos es de cumplimiento necesario, al basarse en la necesidad del alimentista.

i) Finalmente, la obligación alimenticia *tampoco es susceptible de transacción*⁶⁷. El venir impuesta por la ley determina que su ejercicio no pueda quedar en manos de los particulares. Sí cabrá que lleguen a un convenio sobre cuánto y cómo ha de percibir el alimentista, pero sin el efecto de cosa juzgada propio de las transacciones⁶⁸, dado que el juez siempre podrá revisar si el pacto produce unos efectos contrarios a la finalidad legal de que las necesidades vitales del alimentista queden cubiertas⁶⁹.

Se observa aquí la utilidad de la distinción que señalamos antes, pues si bien estas notas distintivas son adecuadas a la obligación de alimentos en sí (es decir, a las pensiones actuales y futuras), no son en absoluto aplicables a las pensiones atrasadas, pues a medida que se van devengando sin consumirse deja de concurrir en ellas la razón fundamental de la indispensabilidad para la satisfacción de necesidades vitales, de modo que se van convirtiendo en créditos pecuniarios ordinarios, de clara patrimonialidad. Desaparecen así

⁶⁶ *Vid.* artículo 607.1.^º LEC, aunque hable de una »pensión», sin más concreción.

⁶⁷ *Vid.* artículo 1.814 CC, que prohíbe transigir sobre alimentos futuros.

⁶⁸ *Vid.* artículo 1.816 CC.

⁶⁹ Cfr. los casos resueltos en las SSTS de 14 de febrero de 1976 y 25 de noviembre de 1985 y en las SSAAPP Cantabria de 20 de marzo de 2002 y Cádiz de 20 de septiembre de 2002, en que se habían producido tales pactos.

la reciprocidad, dado que sí hay un acreedor y un deudor en posiciones definidas, por lo que nunca podrá entenderse que el acreedor esté obligado al pago de la renta, y la indeterminación y variabilidad, puesto que cada pensión devengada tendrá ya una cuantía fija; las pensiones vencidas e impagadas prescribirán en el plazo específicamente previsto de cinco años⁷⁰; y la desaparición del personalismo hará que, como en cualquier otro crédito pecuniario, sí quepan su renuncia, transmisión, compensación y transacción, e incluso su embargo, permitiendo a los acreedores del alimentista que las reclamen⁷¹.

3. ALIMENTISTAS Y ALIMENTANTES

Como dijimos con anterioridad, con tales términos se hace referencia respectivamente a los acreedores y deudores de la relación obligatoria alimenticia. La reciprocidad de esas posiciones hará que las mismas personas estén obligadas a alimentarse entre ellas, aunque –claro es– no simultáneamente sino que una y otra posición estará en función de en quién concurra la necesidad en cada momento.

El Código Civil contempla la relación de los implicados en la relación alimenticia únicamente desde la posición deudora, determinando que son obligados a la prestación de alimentos (alimentantes), en este orden⁷², el cónyuge⁷³, los descendientes

⁷⁰ *Vid.* artículo 1.966.1.^º CC. Para SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil, op. cit.*, p. 1270), en una posición aislada, no prescribirían las pensiones alimenticias *legales*, sino que el precepto se referiría únicamente a los convencionales o voluntarios.

⁷¹ En cambio, en contra de la embargabilidad de las pensiones vencidas y no cobradas se manifiesta LACRUZ, «La obligación de alimentos», *op. cit.*, p. 39.

⁷² *Vid.* artículos 143-144 CC. Este orden es de obligada observancia, de modo que no cabe reclamación a los abuelos en tanto no se demuestre que los padres no pueden realizar la prestación alimenticia (así, SSTS de 10 de enero de 1906, 27 de abril de 1911 y 24 de noviembre de 1920), ni a los hermanos con anterioridad a los hijos (STS de 5 de abril de 1902), ni a los padres y abuelos antes que al cónyuge y padre (STS de 10 de enero de 1906). No obstante, ello no supone que deba seguirse este orden en sucesivos procedimientos judiciales para la reclamación de los alimentos, sino que puede dirigirse la acción bien simultáneamente contra todos o bien contra cualquiera de los parientes comprendidos en el artículo 144 CC, siempre que en tal caso se justifique que los que ocupan una posición anterior que el reclamado en esa graduación carecen de medios suficientes para satisfacer los alimentos (en tal sentido, entre otras, las SSTS de 5 de abril de 1902, 27 de abril de 1911, 6 de junio de 1917, 24 de noviembre de 1920, 30 de abril de 1923, 20 de noviembre de 1929, 5 de junio de 1982, 2 de diciembre de 1983, 13 de abril de 1991 y 12 de abril de 1994).

⁷³ No sigue nuestro CC más allá en el parentesco por afinidad, como sí hacen otros de nuestro entorno: así, el Código italiano (art. 433.4.^º y 5.^º) incluye también, entre los obligados a prestar alimentos, a los yernos y las nueras, y los suegros y las suegras (incluso antes que los hermanos); y el francés (art. 206, en la redacción dada por la Ley de 9 de agosto de 1919) y el de Uruguay (art. 119) extienden igualmente la

(con preferencia de los de grado más próximo sobre los de grado más remoto), los ascendientes (en igual orden de preferencia) y los hermanos⁷⁴ (con preferencia de los de doble vínculo sobre los que sólo sean uterinos o consanguíneos; lo que es lógico, dada la diferente vinculación afectiva entre hermanos que comparten ambos progenitores y los que sólo tengan uno en común). No obstante, como veremos más adelante, la cuantía de los alimentos debidos no es igual en relación con todos los grupos de alimentistas.

Entre descendientes y ascendientes, el párrafo final del artículo 144 establece que «se regulará la graduación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a alimentos». Sin embargo, nos encontramos con que las normas sucesorias claramente no contemplan su aplicabilidad en esta materia, y recurrir a ellas⁷⁵ da lugar a diversos problemas.

De esta forma, si concurrieran a alimentar a una persona tanto hijos como nietos (hijos de un hijo premuerto; como sabemos, si éste viviera excluiría a sus hijos), serán alimentantes todos ellos, pues los nietos concurrirían a la sucesión legítima del alimentista por derecho de representación, ocupando el lugar de su padre en la herencia de aquél⁷⁶. En cambio, quedarían excluidos los bisnietos, si existieran, salvo que hubiera fallecido su progenitor –nieto del alimentista–, en cuyo caso ocuparían a su vez el lugar del mismo. Por otra parte, esta regla sólo operará cuando el alimentante sea descendiente del alimentista, pero no en la situación inversa, dado que el derecho de representación sólo opera en la línea recta descendente, nunca en la ascendente⁷⁷; por ello, esa situación (conurrencia de ascendientes del alimentista de distinto grado, por ej. abuelos y bisabuelos –cuando el hijo de éstos, abuelo del alimentis-

obligación a los yernos o nueras respecto de los suegros y viceversa, con determinadas limitaciones (básicamente, el cese de su posición de alimentante o alimentista cuando el cónyuge que produjo la afinidad y los hijos nacidos de su unión con el otro hayan fallecido).

⁷⁴ No entran en el CC español entre los alimentantes o alimentistas otros parientes colaterales fuera de los hermanos, como sí sucede, por ej., en el CC federal mexicano, que extiende la obligación recíproca de alimentos hasta los parientes colaterales de cuarto grado (art. 305.II). El antiguo CC portugués (art. 177) imponía la obligación, respecto de alimentistas menores de diez años y a falta de padres, abuelos y hermanos, a cualquier otro pariente hasta el décimo grado, con preferencia de los más próximos.

⁷⁵ Lo que tal vez se explica como reminiscencia de la vieja regla *ubi emolumentum successionis ibi onus alimentorum*, que asimilaba la prestación alimenticia con los llamamientos a la sucesión.

⁷⁶ *Vid.* artículos 924 y 926 CC. En cambio, ve dudoso si estos descendientes contribuirían a los alimentos por estirpes o por cabezas LACRUZ («La obligación de alimentos», *op. cit.*, p. 42), y con él DELGADO (en el comentario al art. 144, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, pp. 526-527) y PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 286-287).

⁷⁷ *Vid.* artículo 925 CC.

ta, haya fallecido—) será bastante más problemática: la aplicación del criterio de la división por líneas del artículo 940 del Código Civil opera sólo entre ascendientes del mismo grado, debiéndose dividir la carga por líneas y dentro de cada línea por cabezas, lo que provocaría que, por ej., el abuelo paterno hubiera de asumir la mitad de la carga mientras que la otra mitad se distribuiría entre todos los bisabuelos maternos, lo que sería difícil de conciliar con la proporcionalidad al caudal respectivo que debe regir cuando existen varios obligados, conforme al artículo 145⁷⁸.

En la relación de parentesco, frente a la situación anterior a la reforma de 1981⁷⁹, estarán en igual posición tanto los vinculados por filiación matrimonial como no matrimonial. Asimismo, entrarán aquí los hijos adoptivos, dada la equiparación de efectos de la filiación adoptiva con la matrimonial⁸⁰, si bien la inexistencia de verdaderos vínculos de sangre puede plantear problemas a la hora de establecer la preferencia entre hermanos para asumir la posición de alimentante, conforme al orden del artículo 144.4.^º del Código Civil, cuando los adoptados concurren con otros hijos del adoptante o adoptantes, ya que propiamente no hay entre aquéllos un vínculo doble o sencillo. Ello ha hecho que algunos autores⁸¹ hayan entendido que la relación de los adoptados con los hijos de sus adoptantes será asimilable a la de los hermanos de doble vínculo cuando hayan sido adoptados por ambos progenitores de éstos y a los de vínculo sencillo cuando el adoptante sea uno solo de los progenitores.

En los supuestos de pluralidad de parientes potencialmente obligados, el orden anteriormente indicado servirá en principio para concretar quiénes de ellos serán los alimentistas. Sin embargo, en caso de que existan varias personas que ocupen el mismo grado, surge la cuestión de si son todos obligados y de cómo se distribuirá entre ellos la deuda de alimentos. Ante ello, el Código, resolviendo una ya larga controversia sobre el carácter divisible o no de la obligación de alimentos, opta por configurarla como mancomunada y divisible, excluyendo claramente la solidaridad, de modo que «cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión enanti-

⁷⁸ Cfr. DELGADO, comentario al artículo 144, *op. cit.*, p. 527.

⁷⁹ En la que se distinguía un distinto orden según se tratara de hijos legítimos, ilegítimos por concesión real, naturales reconocidos o no naturales. La reforma de 1981, consecuente con el principio de igualdad de todas las filiaciones que ella misma establece (nuevo art. 108.II CC, con base en el art. 39.2 CE), elimina estas categorías también en el artículo 143 CC, en relación con la obligación de alimentos.

⁸⁰ Vid. artículo 108 CC, en la redacción del precepto dada por la reforma de 1981.

⁸¹ Cfr. DELGADO, comentario al título VI CC, *op. cit.*, p. 1037, y comentario al artículo 144, *op. cit.*, p. 527; y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 51.

*dad proporcional a su caudal respectivo»*⁸². No obstante, como observamos, no es una mancomunidad ordinaria, pues su distribución no será por cuotas iguales⁸³, sino en proporción a la cuantía del patrimonio de cada alimentante, y además la parte de los parientes sin capacidad patrimonial suficiente se concentra en los demás⁸⁴. En estos casos de pluralidad de alimentantes, éstos podrán, con el asentimiento del alimentista, acordar cómo se distribuirá la carga: entonces, tal convenio vinculará a los alimentantes, pero no al alimentista, que podrá ignorarlo, dada la irrenunciabilidad e imposibilidad de transacción de su derecho, y en cualquier caso el convenio estará siempre subordinado a la variabilidad de la capacidad patrimonial de los alimentantes y de las necesidades del alimentista⁸⁵.

El que la obligación sea mancomunada y la determinación de la cuantía de alimentos que recae sobre cada uno de los alimentantes sea en proporción a su propio patrimonio determina que haya de demandarse a todos los potenciales alimentistas, estableciéndose así un litisconsorcio pasivo necesario⁸⁶. No obstante, no hará falta demandar a aquellos alimentantes que ya se hallen prestando alimentos voluntariamente⁸⁷.

⁸² Art. 145.I CC.

⁸³ Como se presume legalmente en el artículo 1138 CC.

⁸⁴ Mientras que en las obligaciones mancomunadas divisibles ordinarias, la insolvencia de uno de los deudores perjudica al acreedor, que no puede reclamar a cada uno más allá de su parte en el total de la deuda (*vid. art. 1137 CC.*)

⁸⁵ En el mismo sentido, DELGADO, comentario al artículo 145, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, p. 529; y LACRUZ, «La obligación de alimentos», *op. cit.*, p. 43.

⁸⁶ Igualmente, las SSTS de 12 de abril de 1994 y 5 de noviembre de 1996. Ésta última señala que fijar la deuda de uno de los alimentantes «supone entonces, inexcusablemente, fijar simultáneamente el porcentaje de la deuda del otro, lo cual exige, para no producir indefensión a esa otra parte, y para evitar sentencias contradictorias, traer a todos los deudores conjuntamente al proceso como partes demandadas». Asimismo, *vid.* las SSAAPP Zaragoza de 9 de julio de 1999 y Madrid de 14 de octubre de 2002, y las sents. citadas en la nota siguiente.

En contra, en cambio, se manifiesta la SAP Gerona de 2 de noviembre de 1994, que rechaza una excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y sorprendentemente dice que «en esta materia rige la libertad plena de elección de los obligados a prestar alimentos» y que si bien el artículo 144 CC establece un orden «este último precepto no impone efectivamente a los acreedores alimentarios la sujeción estricta a la enumeración que el artículo meritado contiene, sino que la reclamación la pueden promover contra cualesquiera de las personas que menciona la referida norma», remitiéndose a las sents. que citamos al final de la nota 72, erróneamente, pues las mismas no dicen eso que esta sentencia quiere hacerles decir, sino que –por economía procesal– no es preciso seguir el orden cuando los obligados que ocupan en esa graduación una posición anterior que el reclamado carecen de medios suficientes para satisfacer los alimentos, es decir, que no es necesario realizar demandas que ya se sabe que serán infructuosas desde el principio; pero una cosa es eso, y otra que el demandante de alimentos pueda ignorar alegremente el orden del artículo 144 CC (cuando nada se dice de que los otros obligados no puedan ser finalmente alimentantes).

⁸⁷ Así, la STS de 2 de diciembre de 1983, respecto de la alegación por parte de los abuelos paternos del demandante de alimentos de que no se había demandado igualmente a

Sin perjuicio de esta configuración de la deuda alimenticia como mancomunada, se contempla legalmente la posibilidad de una solidaridad provisional: el juez podrá, en casos de especial y urgente necesidad, imponer a uno de los alimentistas que asuma provisionalmente el pago de la totalidad de la prestación alimenticia, pero sin que ello suponga que deba hacerse cargo de esa totalidad, sino sólo a modo de anticipo, por lo que podrá repetir de los demás obligados la parte que les corresponda a éstos⁸⁸. No obstante, hemos de recordar que, aun fuera de este caso de solidaridad provisional, el alimentante que abone la totalidad de los alimentos siendo varios los obligados tendrá una acción de regreso contra sus codeudores⁸⁹.

Asimismo, cabe que sea un tercero no obligado quien preste los alimentos, lo que el Código considera como un caso de gestión de negocios ajenos, permitiéndole que reclame del alimentante lo abonado. Así, dispone en su artículo 1894.I que «*Cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos*». Si bien el precepto hace referencia a «un extraño» no parece inconveniente su extensión a todos aquéllos que no sean obligados a la prestación de alimentos, y en especial a los parientes que no resultarían obligados (por ej., tíos, sobrinos...; parientes de un grado ulterior cuando existan potenciales alimentistas de un grado más próximo, o asimilados⁹⁰)⁹¹, y que sin embargo dan alimentos al necesitado.

la abuela materna, con quien convivía, señala que si «*la abuela materna está cumpliendo de manera voluntaria dicho deber de acuerdo con sus posibilidades, su llamada al pleito era no sólo innecesaria, sino incluso temeraria, en cuanto la pretensión contra ella habría carecido de contenido al estar ya cumplida extraprocesalmente la obligación alimenticia que a ella le afectaba*». En la misma línea se pronuncian, entre otras, la SSTS de 12 de abril de 1994 y las SSAAPP Zaragoza de 5 de mayo de 1998, Guadalajara de 26 de octubre de 1998, Madrid de 27 de julio de 1999, y Almería de 30 de mayo de 2000 y 20 de febrero de 2001.

⁸⁸ Art. 145.II CC: «*(...) en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda*». Este párrafo será aplicable en los casos en que el alimentista no pudiera reclamar los alimentos a todos los alimentantes, por ej. por no estar presentes o desconocerse su domicilio: no se impone que el alimentista deba esperar a poder demandar a todos los potenciales alimentantes, sino que si hay una urgente necesidad del alimentista el juez podrá obligar a una prestación provisional a los alimentantes ya presentes. No obstante, ha de entenderse que la regla general, fuera de estos supuestos excepcionales, será la de que el alimentista debe reclamar los alimentos a todos los potenciales obligados (cfr. MANRESA, Comentario a los arts. 144 y 145 CC, en *Comentarios al Código Civil español*, op. cit, p. 828).

⁸⁹ Vid. artículo 1.158 CC, en relación con el 1138.

⁹⁰ Como en el caso de la SAT Pamplona de 9 de enero de 1987, en que la esposa separada de hecho convive junto con su hija, de la que tiene la custodia, con otro hombre, y éste atiende las necesidades de ambas; en tal caso, la Audiencia entiende que el padre no está exonerado, en relación con su hija, de las obligaciones de los artículos 92 y 93 CC (doctrina que podría ser extensible a la obligación alimenticia propiamente dicha).

⁹¹ Aunque un parentesco próximo puede inducir a creer que los alimentos se prestan con ánimo de liberalidad. En tal sentido, la STS de 7 de marzo de 1932, y PÉREZ GONZÁ-

Si la pluralidad se diera desde la posición del acreedor, de modo que dos o más necesitados reclamaran a la vez alimentos de un mismo alimentante, deberá éste asumir todos los alimentos si tuviera patrimonio suficiente para ello. En caso de insuficiencia patrimonial para dar alimentos a todos los que se los reclaman, deberá seguirse el mismo orden del artículo 144⁹², salvo que los alimentistas concurrentes fueran el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso se preferirá éste a aquél⁹³. El Código no resuelve el caso de que concurran varios alimentistas en el mismo grado de preferencia (varios hijos, ambos padres...), en cuyo caso se ha entendido que debería repartirse lo que el alimentante pueda proporcionar entre los diversos alimentistas, aunque no baste para cubrir las necesidades de todos⁹⁴.

Finalmente, la reclamación de los alimentos deberá ser realizada en principio por el propio necesitado, salvo –claro es– en los casos de minoría de edad o incapacitación, en cuyo caso lo harán por ellos sus representantes legales. Sin embargo, respecto de si uno de los progenitores (normalmente la madre) puede reclamar al otro la pensión alimenticia de sus hijos si éstos son mayores de edad, ha habido una divergencia de criterios entre las distintas Audiencias Provinciales⁹⁵, y así mientras algunas han considerado que dado que los titulares del derecho a alimentos son los hijos, deberán ser éstos si son mayores de edad quienes los reclamen, sin que la madre pueda erigirse en parte de un procedimiento judicial, reclamando unas pensiones que a ella no le corresponden y que los hijos no exigen⁹⁶; en cambio, otras sí le han reconocido esta legiti-

LEZ, Blas y ALGUER, José, Anotaciones al *Derecho de obligaciones*, de Ludwig ENNECERUS (t. II del *Tratado de Derecho Civil*, de Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF), vol. 2.º, 2.ª parte, 3.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1966, p. 639.

⁹² La nota de reciprocidad existente en la obligación de alimentos lleva a que el mismo orden de preferencia para la determinación del alimentante, en caso de pluralidad de potenciales obligados, haya de seguirse para la determinación del alimentista, en caso de pluralidad de necesitados que reclaman.

⁹³ *Vid.* artículo 145.III CC.

⁹⁴ En tal sentido, ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho civil*, t. IV, 9.ª ed., Ed. J. M. Bosch., Barcelona, 2002, p. 27; DÍAZ-AMBRONA y HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 451; y MANRESA, Comentario a los artículos 144 y 145 CC, *op. cit.*, p. 829. En el mismo sentido, respecto de la obligación alimenticia del donatario para con el donante, se pronuncia FUENMAYOR, «La deuda alimenticia del donatario», *op. cit.*, pp. 185-186.

⁹⁵ Hasta las SSTS de 24 de abril y 30 de diciembre de 2000. No obstante, el TS sólo resuelve aquí la cuestión de las reclamaciones que supongan modificación de alimentos anteriormente fijados durante la minoría de edad de los hijos, no en caso de que se trate de alimentos *ex novo*.

⁹⁶ Así, las SSAAPP Málaga de 19 de septiembre de 1992, Navarra de 29 de septiembre de 1993 y Granada de 8 de febrero de 2000. Tras las SSTS de 2000 citadas, sigue esta postura, por referirse a unos alimentos nuevos, la SAP Almería de 29 de septiembre de 2001. Apoya esta posición, en contra de la que admite la legitimación de la madre, Vicente MAGRO SERVET, «El nuevo contrato de alimentos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre,

mación para actuar, siempre que esos hijos mayores de edad convivan con ella, como ejecución dentro del procedimiento matrimonial entre los progenitores iniciado cuando eran menores, en virtud del artículo 93 del Código Civil⁹⁷ (en tal sentido, recordemos que en 1990 se introdujo un segundo párrafo a tal artículo⁹⁸, probablemente con un objetivo de economía procesal, a fin de que en el mismo proceso matrimonial se pueda hacer valer la pretensión alimenticia del hijo mayor de edad siempre que resida en el domicilio familiar y carezca de ingresos propios, mientras que con anterioridad sólo podía reclamarlos por sí en un juicio de alimentos provi-

de modificación del Código Civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores», Diario *La Ley*, núm. 6.019, 17-5-2004, p. 6.

Igualmente, respecto del punto de vista pasivo, defienden que han de ser demandados los hijos alimentistas conjuntamente con la madre en el proceso que busque la extinción o reducción de la cuantía de las pensiones alimenticias (litisconsorcio pasivo necesario), las SSAAPP Asturias de 6 y 20 de noviembre de 1991, 13 de enero de 1992, 12 de junio de 1993 y 8 de noviembre de 1993; Palma de Mallorca de 16 de noviembre de 1992, Burgos de 9 de febrero de 1991, Granada de 21 de septiembre de 1992, Salamanca de 13 de enero de 1993, 7 de octubre de 1996 y 20 de noviembre de 1997; Vizcaya de 22 de enero de 1993, Zaragoza de 7 de julio de 1993, Valencia de 25 de octubre de 1993, Álava de 21 de junio de 1994, 15 de abril de 1997, 29 de junio y 30 de septiembre de 1998 y 17 de febrero de 1999, y Cádiz de 17 de julio de 1996.

⁹⁷ Así, por ej., las SSAAPP Pontevedra de 12 de abril de 1991, Oviedo de 25 de julio de 1992, Murcia de 20 de enero de 1993, Alicante de 20 de julio de 1993, Barcelona de 17 de mayo de 1996 y Álava de 17 de febrero de 1999, y, posteriormente a las SSTS de 2000 las SSAAPP Asturias de 1 de febrero de 2001, Tarragona de 13 de junio de 2001, Santa Cruz de Tenerife de 14 de octubre de 2001, Gerona de 30 de noviembre de 2001, Huelva de 27 de marzo de 2003 y Ciudad Real de 24 de septiembre de 2003, al igual que el AAP Gerona de 29 de abril de 2002. La SAP Castellón de 23 de enero de 2004 entiende que la legitimación procesal de la madre deriva del título ejecutivo, conforme al artículo 538.2 LEC, que es la sentencia de separación que aprobó el convenio regulador (en cambio, llega a negar legitimación a la hija mayor de edad para renunciar a pensiones devengadas durante su minoría de edad). Dentro de esta posición, destaca la línea que entiende que «*en principio, las pensiones reconocidas a los hijos no son pensiones alimenticias o alimentos propiamente dichos, sino, mientras vivan a costa de uno de los cónyuges, y no se hayan independizado económicamente, son propiamente compensación a las «cargas del matrimonio o de la familia» (...) [y por ello] el progenitor está legitimado activamente para pedir tal ayuda, y no los hijos, aunque hayan cumplido la mayoría de edad, por cuanto es aquél y no éstos, mientras los mismos permanezcan en la familia, por su falta de independencia, y al no salir de ella, el que debe pedir para levantar esas cargas»* (SAP Córdoba de 5 de octubre de 1995; igualmente, las SSAAPP Murcia de 20 de enero de 1993 y Valencia de 14 de noviembre de 1997).

Desde el punto de vista pasivo, entienden que no existe litisconsorcio pasivo necesario de los hijos mayores de edad alimentistas con la madre en el proceso que busque la extinción o reducción de la cuantía de las pensiones alimenticias, de modo que la madre tiene legitimación suficiente para oponerse, las SSAAPP Alicante de 20 de abril de 1991, Vizcaya de 19 de diciembre de 1991, Almería de 2 de junio de 1992, Asturias de 25 de julio de 1992, Pontevedra de 25 de abril de 1991, Badajoz de 17 de febrero de 1992, Málaga de 10 de septiembre de 1992, Murcia de 26 de abril de 1995, Zaragoza de 5 de abril de 1995, La Rioja de 2 de febrero de 1994, Ciudad Real de 10 de febrero de 1994, Burgos de 5 de marzo de 1994, La Coruña de 18 de abril de 1994, Huesca de 22 de abril de 1994, León de 11 de noviembre de 1997, Salamanca de 27 de septiembre de 1994, Cáceres de 7 de abril de 1998, Córdoba de 24 de junio de 1999 y Cantabria de 11 de diciembre de 2002.

⁹⁸ «*Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a lo artículos 142 y siguientes de este Código».*

sionales o a través del declarativo ordinario). La solución que parece haberse adoptado finalmente es una intermedia, que admite la representación de los hijos mayores por un progenitor en la reclamación de alimentos frente al otro, pero sólo si aquéllos le apoderan especialmente o comparecen en juicio ratificando lo actuado por él⁹⁹.

4. PRESUPUESTOS Y NACIMIENTO DEL DERECHO A LOS ALIMENTOS

Como dijimos, serán presupuestos o requisitos que han de concurrir para que surja la obligación de alimentos el estado de necesidad del alimentista, la suficiencia patrimonial del alimentante y la relación de parentesco entre ambos.

El *estado de necesidad del alimentista* supone que el alimentista ha de carecer de recursos suficientes para atender a sus propias necesidades de mantenimiento, lo que ha de apreciarse objetivamente¹⁰⁰. Para ello habrá de atenderse a la cuantía de su patrimo-

⁹⁹ La citada STS de 24 de abril de 2000 asentó, cuando se trate de modificación de los alimentos fijados durante la minoría de edad de los hijos y siempre que se cumplan los requisitos del artículo 93.II CC, la posición favorable a la posibilidad de reclamación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad por uno de sus progenitores al otro progenitor (en representación personal y no del hijo, si bien defendiendo intereses colectivos de ambos). No obstante, la posterior STS de 30 de diciembre de 2000 precisó que, como decimos en el texto, para ello se requiere el apoderamiento o ratificación *apud acta* por el hijo mayor de edad de lo actuado por el progenitor demandante.

Esta posición ha sido seguida por las SSAAPP Granada de 21 de septiembre de 1992 y 26 de junio de 1993, Asturias de 8 de noviembre de 1993, Valladolid de 7 de diciembre de 1994, Cádiz de 29 de junio de 1999, Gerona de 19 de enero de 2000, Guipúzcoa de 21 de enero de 2000 y Las Palmas de 10 de octubre de 2002. Igualmente, el AAP Las Palmas de 23 de septiembre de 2003 señala que «*la titularidad de tal derecho [de alimentos] corresponde a los hijos, de manera que faltando tal ratificación decae la particular legitimación del progenitor para el ejercicio de la acción de reclamación de alimentos que ejercita*» (en el caso, curiosamente, la madre demanda unos alimentos para la hija mayor de edad sin autorización –ni, por lo visto, conocimiento– de ésta, que cuando comparece en juicio le niega tal autorización y declara estar percibiendo regularmente las pensiones alimenticias de su padre).

También se había orientado en este sentido la Consulta 1/1992, de 13 de febrero, de la Fiscalía General del Estado: si los alimentos al hijo mayor de edad son *ex novo*, el único legitimado para reclamarlos es el propio hijo y no alguno de los ascendientes con los que conviva; si se trata de procedimientos matrimoniales y se hubiera solicitado una pensión alimenticia para él, podrá comparecer y mostrar su conformidad con dicha cantidad o bien otorgar un poder *apud acta* al progenitor que hubiere solicitado para él la pensión, y si no estuviere conforme por entender que la cantidad debe ser superior, deberá acudir al juicio declarativo ordinario de alimentos definitivos o al juicio de alimentos provisionales, y, finalmente, si en la demanda, contestación o reconvenCIÓN no se hubiera solicitado para él pensión alimenticia alguna, no podrá reclamar alimentos en el procedimiento matrimonial y deberá acudir a los propios de alimentos ya señalados.

¹⁰⁰ Frente a la situación anterior a la reforma de 1981, en que esas necesidades habían de apreciarse «según la situación social de la familia». La reforma indudablemente pretendió

nio, incluyendo tanto las rentas, frutos e intereses que perciba (entre los que destacan los posibles alimentos de origen convencional u otras prestaciones que pueda reclamar¹⁰¹) como el capital¹⁰², y si está en condiciones de poder realizar un trabajo que le permita satisfacer por sí mismo esas necesidades; por ello, como veremos en su momento, cesará la obligación si el alimentista pudiera ejercer un oficio, profesión o industria o hubiera adquirido un destino o mejorado de fortuna¹⁰³.

La situación de necesidad del alimentista ha de ser fortuita. En relación con los hermanos, no surgirá la obligación en caso de que la situación de necesidad sea imputable al propio alimentista¹⁰⁴, mientras que respecto de los descendientes cesará (y por tanto tampoco surgirá, si se produce antes de llegar a constituirse la obligación) en caso de que la necesidad provenga de mala conducta o falta de aplicación al trabajo, mientras éstas persistan¹⁰⁵. En cualquier caso, a fin de evitar el mantenimiento de *parásitos sociales* que pretenden vivir «una buena vida» a costa de otros, se trata de que el alimentista no haya causado negligentemente su propia situación de necesidad y que haya hecho lo posible por salir de ella.

Por otra parte, como puso de manifiesto el Profesor LACRUZ¹⁰⁶, la necesidad a tener en cuenta es únicamente la del propio alimentista (el derecho de alimentos es estrictamente individual): las personas que

acabar con criterios clasistas, pero lo cierto es que *de facto* no es igual el nivel de vida ordinario de las personas de clases sociales distintas (no obstante, puede entenderse que la situación anterior a la reforma persiste en cierta medida a través de la referencia a los medios económicos del alimentante: obviamente, salvo raras excepciones, el alimentante de un individuo de *clase alta* tendrá normalmente un patrimonio suficiente como para poder proporcionarle un nivel de vida elevado; en cualquier caso, puede considerarse que se ha sustituido la referencia a una posición *social* por otra a una posición *económica* del alimentante).

¹⁰¹ En tal sentido, se han de tener en cuenta las posibles pensiones públicas que perciba el alimentista, para moderar la cuantía de la pensión alimenticia, como por ej. en las SSAAPP Santa Cruz de Tenerife de 14 de octubre de 2001 y Baleares de 4 de diciembre de 2001. Igualmente, el que el reclamante de alimentos haya rechazado la posibilidad de tratar a su favor un expediente al objeto de obtener una ayuda económica en concepto de ingresos mínimos de inserción (así, en la SAP Valladolid de 19 de octubre de 1998).

¹⁰² Aquí se ha dicho que el alimentista deberá gastar primero todo su patrimonio (hasta un nivel que no permita su propio mantenimiento), aun cuando la venta de los bienes sólo sea posible en condiciones desventajosas (situación en la que la jurisprudencia francesa ya ha concedido alimentos). Así, DELGADO, comentario al artículo 146, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, p. 531; y PUIG PEÑA, «Alimentos», *op. cit.*, p. 582 (en especial la nota 9).

¹⁰³ *Vid. artículo 152.3.^º CC.*

¹⁰⁴ *Vid. artículo 143.II CC.*

¹⁰⁵ *Vid. artículo 152.5.^º CC.* Obviamente, la mala conducta o la falta de aplicación al trabajo no han de ser las únicas causas de la necesidad del alimentista (pueden concurrir con la situación económica, las dificultades del mercado de trabajo...), pero sí las determinantes.

¹⁰⁶ LACRUZ, «La obligación de alimentos», *op. cit.*, p. 45; y con él DELGADO, comentario al artículo 146, *op. cit.*, p. 532. Asimismo se pronuncia en esa línea PUIG PEÑA, «Alimentos», *op. cit.*, p. 593.

éste tenga a su cargo, o bien tienen también un derecho de alimentos frente al mismo alimentante, y entonces deberán ejercerlo individualmente y en el orden de rango que corresponda (pudiendo haber otros potenciales obligados que deberían ser alimentantes suyos preferentemente), o no lo tienen, en cuyo caso no podrán gravar indirectamente –a través del alimentista– el patrimonio del alimentante.

Para la determinación de la *suficiencia patrimonial del alimentante* se atenderá tanto a su activo como a su pasivo. En el activo habrán de tenerse en cuenta igualmente tanto el capital patrimonial como las rentas, frutos e ingresos, y en el pasivo las deudas que tenga y especialmente sus necesidades y las de su familia, a las que debe atender en primer término¹⁰⁷. También será un elemento a tener en cuenta el trabajo del alimentante, aunque no existe obligación jurídica de trabajar para obtener así los medios que permitan alimentar a otros¹⁰⁸. Por otra parte, es frecuente que el obligado pretenda ocultar la entidad de su patrimonio, por lo que en tales casos su cálculo habrá de realizarse acudiendo a signos externos¹⁰⁹.

Desde el momento en que se den estos requisitos legales para ello, surgirá el derecho a los alimentos. Sin embargo, el artículo 148.1 del Código Civil viene a precisar ese nacimiento, al establecer que «*la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*».

Esta regla tiene origen en el *ius commune*, respondiendo a la máxima *in praeteritum non vivitur*, si bien matizada: la obligación de alimentos nace desde que concurren los requisitos legales, fundamentalmente el estado de necesidad del alimentista, y en tal

¹⁰⁷ En tal sentido, como veremos, el artículo 152.2.^º CC configura como causa de extinción de la obligación de alimentos el que el patrimonio del alimentante se hubiera reducido *«hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia»*.

¹⁰⁸ Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *La obligación legal..., op. cit.*, pp. 39-40, y comentario al título VI CC, *op. cit.*, pp. 26-27; COBACHO GÓMEZ, José Antonio, comentario a la Sentencia del TS de 23 de febrero de 2000, *CCJC*, núm. 53, abril-septiembre 2000, pp. 723-724; DÍAZ-AMBRONA y HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones..., op. cit.*, p. 452; PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., op. cit.*, p. 289; y PUIG PEÑA, «Alimentos», *op. cit.*, p. 581. Asimismo, DELGADO, comentario al artículo 146, *op. cit.*, p. 531 (quien, no obstante, señala que la arbitraría renuencia al trabajo del alimentante puede ser tenido en cuenta por el juez a efectos de elevar la cuantía de los alimentos debidos respecto de lo que correspondería a su patrimonio). En contra, en cambio, se manifiesta PUIG PEÑA («Alimentos», *op. cit.*, p. 581). Por otra parte, el que el alimentante evite injustificadamente trabajar puede ser fundamento suficiente para la negativa de los obligados en grado ulterior ante la reclamación del alimentista (*vid.*, en tal sentido, las SSTS de 10 de enero de 1906 y 24 de noviembre de 1920).

¹⁰⁹ *Vid.* SAP Lérida de 2 de julio de 1980 (el padre alega tener unos ingresos menores de 40.000 pts., y se ha comprado recientemente un piso y dos automóviles) y STS de 12 de febrero de 1982 (que aprecia la entidad del patrimonio del alimentante *«revelado de su comportamiento social y signos externos»*).

sentido el pago voluntario por parte del alimentante será válido y eficaz y no podrá repetirse lo pagado, habiéndose hecho en cumplimiento, no de una obligación natural, sino de una civil; sin embargo, si el alimentante no cumple voluntariamente y los alimentos han de reclamarse judicialmente, sólo desde la demanda (y no la reclamación extrajudicial) se considerará que hay un propio incumplimiento y serán otorgados, pues si por definición los alimentos se reclaman como necesarios para la subsistencia no ha de comprenderse entre ellos alimentos anteriores, correspondientes a momentos en los que, de un modo u otro, el alimentista ha conseguido medios para subsistir¹¹⁰: con la obligación de alimentos no se trata de cubrir los gastos en que el alimentista incurra en su mantenimiento, sino ese propio mantenimiento.

En cambio, frente al criterio ordinario de que los créditos son reconocidos judicialmente en la sentencia firme, la especial naturaleza de la deuda alimenticia y el que deba atenderse a la subsistencia del alimentista –lo que conlleva una cierta urgencia– hacen que se anticipé el *dies a quo* del devengo de los alimentos al momento de la interposición de la demanda¹¹¹, así como que –ante la normal duración del procedimiento judicial, que hace que el alimentista no pueda estar «viviendo del aire» hasta su solución definitiva por sentencia– se prevean medios cautelares para anticipar la percepción de las prestaciones a esa plena determinación de la deuda alimenticia en la sentencia, tanto –como vimos antes– el que pueda imponerse a uno solo de los alimentistas el abono de la totalidad de la deuda como, sobre todo, que el juez, a petición del propio alimentista o del Ministerio Fiscal, pueda ordenar medidas cautelares urgentes para asegurar los anticipos que realice un entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades (es decir, las que se vayan produciendo desde la interposición de la demanda hasta la definitiva fijación de los alimentos en la sentencia¹¹²)¹¹³.

¹¹⁰ Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 1264. Ello no obsta para que, ante incumplimientos conscientes del obligado a pesar de los requerimientos extrajudiciales, pueda pedírsele una indemnización de daños y perjuicios por ese incumplimiento, en especial cuando el alimentista haya tenido que contraer deudas para poder obtener la propia subsistencia, que aún estén impagadas. *Vid.*, en tal sentido, DELGADO, comentario al artículo 148, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, p. 536; y con él LACRUZ, «La obligación de alimentos», *op. cit.*, pp. 44-45. Y, asimismo, cuando el necesitado no haya podido reclamar los alimentos antes por causa imputable al propio obligado, como señalan PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 284-285; y PUIG PEÑA, «Alimentos», *op. cit.*, p. 585.

¹¹¹ En cambio, la modificación de una pensión alimenticia ya otorgada cobrará vigencia con la sentencia firme que la disponga, los efectos de cosa juzgada que derivan de la primera sentencia obligan a mantener lo dispuesto en ella en tanto no se modifique por otra sentencia posterior igualmente firme.

¹¹² Cfr. LASARTE, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 391-392.

¹¹³ Art. 148.III CC, introducido por la reforma de 1981.

5. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA

El contenido de la obligación de alimentos no es igual en todos los casos, sino que, como dijimos anteriormente, tendrá un distinto alcance según el parentesco que una a alimentante y alimentista. Podemos distinguir así dos clases distintas de alimentos en función de qué comprendan: unos alimentos amplios o civiles, y unos alimentos estrictos, restringidos, reducidos, naturales o –según la terminología que emplea el Código Civil– *auxilios*¹¹⁴.

A) ALIMENTOS AMPLIOS

Los *alimentos amplios o civiles* son los que han de proporcionarse recíprocamente tanto los cónyuges como los parientes en línea recta (descendientes o ascendientes). Su contenido aparece descrito en el artículo 142 del Código Civil, que en su redacción tras la reforma de 1981 señala que: «*Se entiende por alimento todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. / Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. / Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.*»

De este modo, podemos ver que los alimentos amplios incluyen tanto la manutención o sustento propiamente dicho, como el cobijo, vestido y asistencia médica, a los que debe añadirse la educación, en todo caso mientras el alimentista sea menor de edad y posteriormente¹¹⁵ si la causa por la que no ha terminado su formación no le es imputable¹¹⁶; por ello, se hace preciso indagar acerca

¹¹⁴ Esta distinción es novedad del Código Civil, que sigue aquí posiciones doctrinales, pues en el Derecho inmediatamente anterior el concepto legal de los alimentos era unitario, sin distinción entre ellos en función de que fueran *civiles* o *naturales*. *Vid.* al respecto SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 1227, nota 1.

¹¹⁵ Esta extensión a los mayores de edad es obra de la reforma de 1981. Si bien en otros ordenamientos jurídicos puede encontrarse también, sobre todo como creación jurisprudencial (así, en Francia e Italia; en Alemania se ha derivado del § 1.610.II *BGB*), el deber de los padres de asumir los gastos educativos de sus hijos mayores de edad, la normativa española presenta la peculiaridad de que, al incluirse en el contenido de los alimentos, se ponen tales gastos, más allá de los padres, a cargo de todos los potenciales alimentantes.

¹¹⁶ Para DELGADO (comentario al título VI CC, *op. cit.*, p. 1032, y comentario al art 142, *op. cit.*, pp. 523-524), esa «causa imputable» incluiría la falta de capacidad intelectual: quien no consigue terminar sus estudios por ese motivo, a pesar de todos sus esfuerzos, «*ciertamente no tiene la culpa, pero no por ello podrá exigir que se le paguen estudios superiores hasta que –quién sabe si al final lo lograría– los termine*». Así, se trataría con ello de impedir los supuestos de falta de capacidad o esfuerzo en el alimentista,

de las causas que han motivado el «retraso» en la formación o las bajas calificaciones (eventuales enfermedades, crisis familiares..., o por el contrario desidia del alimentista) ¹¹⁷.

Respecto de la educación, la indicación «y aun después» parece poner de manifiesto que se referiría únicamente a los descendientes que reclaman la continuidad de unos estudios iniciados y seguidos durante la minoría de edad, es decir, parece requerirse una cierta continuidad temporal en los estudios con la minoría de edad (o sea, que se trate de menores de edad que alcanzan la mayoría antes de haber acabado su formación ¹¹⁸), sin que parezca que quepa incluir la posibilidad de descendientes mayores de edad que reclamen a sus ascendientes el pago de unos estudios que van a iniciar o reanudar tras haberlos interrumpido tras alcanzar la mayoría, no existiendo la referida conexión con su época de minoría ¹¹⁹, y desde luego mucho menos de ascendientes que los reclamen a sus descendientes, o entre cónyuges ¹²⁰. En cualquier caso, la referencia a

que habrá de mantener una razonable regularidad en los resultados, sin que pueda reprochársele una actitud pasiva o de abandono en sus estudios.

En cambio, para ROCA («Las relaciones familiares básicas...», *op. cit.*, p. 46) los alimentos han de prestarse «*a quien demuestre una preocupación por acabar su formación, independientemente del éxito que consiga en sus estudios*» (las negritas son nuestras). En esa línea, la SAP Madrid de 5 de abril de 1993 declara que «*el hecho de haber obtenido calificaciones insuficientes o deficientes en sus estudios no presupone que sea debido a una conducta desordenada o reticente al estudio debidamente acreditada*», lo que es reiterado por las SSAAPP La Coruña de 24 de febrero de 1993, Zaragoza de 7 de julio de 1993 (incluso aun cuando el alimentista dejó los estudios durante dos años) y Cuenca de 3 de febrero de 1998; en el mismo sentido se pronuncia la SAP Murcia de 16 de febrero de 1999, «*sin que el mero y simple retraso en la conclusión de los estudios derivado de la propia dificultad de los mismos pueda alzarse en causa generadora del cese de tal obligación alimenticia*». En cualquier caso, sí se observa una cierta tendencia en las distintas resoluciones judiciales a establecer un límite temporal relacionado con el fin razonable de la etapa de educación del alimentista, y que, aun cuando sea preciso el estudio particularizado de cada caso, se fija «*razonablemente, en esa etapa de la vida de los jóvenes en que éstos, por regla general, han concluido ya sus estudios y se independizan, en el plano económico, de sus progenitores, pasando, incluso, las más de las veces, a formar una familia distinta con domicilio y vida aparte*» (expresión de la SAP Valencia que citamos seguidamente; normalmente, en torno a los 23-28 años); así, pueden citarse las SSAAPP Pamplona de 20 de septiembre de 1989, Valencia de 19 de enero de 1995, Barcelona de 17 de mayo de 1996, Las Palmas de 13 de junio de 1996, Madrid de 21 de abril de 1998 (en un caso en el que ya se observaba en el alimentista tanto una conflictividad laboral como un elevado absentismo escolar injustificado) o Guipúzcoa de 12 de marzo de 1999 (en cambio, la SAP Guipúzcoa de 19 de julio de 1999 anula el límite de 23 años fijado por la sentencia de instancia).

¹¹⁷ Así, la citada SAP Cuenca de 3 de febrero de 1998.

¹¹⁸ Lo que en la actualidad es bastante frecuente si tenemos en cuenta la creciente elevación de la edad de finalización de estudios, que pusimos de manifiesto al inicio de este trabajo, sobre todo si consideramos que la edad *normal* de acceso a la Universidad es precisamente de 17 ó 18 años, coincidente por tanto con la entrada en la mayoría de edad. De este modo, con frecuencia la finalización de la formación del alimentista se produce en la actualidad bien entrada la mayoría de edad.

¹¹⁹ Así, la SAP Badajoz de 21 de febrero de 1995 rechaza que quede cubierta por los alimentos a un hijo mayor de edad la posterior «*matriculación del demandante en un centro de enseñanza*».

¹²⁰ Cfr. DELGADO, comentario al artículo 142, *op. cit.*, p. 523. No obstante, el último supuesto es más dudoso, pues podemos pensar en el caso de un cónyuge menor de edad

que el alimentista mayor de edad *no haya terminado su formación* parece apuntar a que la cubierta por la obligación de alimentos es la formación que habilite para el ejercicio de una profesión u oficio¹²¹, no todos los estudios que el alimentista desee realizar, de modo que no parece que el alimentista pueda reclamar el pago de los gastos de una segunda carrera artística, técnica o universitaria cuando la formación alcanzada ya habilite para una profesión u oficio¹²². Por otra parte, parece que el alimentista mayor de edad habrá de informar al alimentante de los progresos que experimente en su formación, a fin que éste pueda controlar si le es imputable la falta de terminación de la misma¹²³.

Asimismo, el último párrafo incluye entre los alimentos los «gastos de embarazo y parto», lo que parecería reiterativo respecto de la «asistencia médica» del primer párrafo, de la que no sería más que una concreción. Tal reiteración –introducida por la reforma de 1981– se debe al deseo de subrayar que, debiéndose dejar al

que curse determinados estudios y, tras su separación matrimonial de hecho, reclame a su cónyuge que continúe corriendo con el pago de los gastos que soporta por tales estudios.

¹²¹ La SAP Valencia de 25 de junio de 2003 admite como formación en este sentido los «estudios para opositar a judicaturas».

¹²² En el mismo sentido se pronuncia DELGADO, comentario al título VI CC, *op. cit.*, p. 1032; y la SAP Valencia de 22 de octubre de 2002, que indica que «el recurrente accedió al mundo laboral (...) y tiene un título de grado superior en formación profesional, (...) de modo que su decisión de acceder hoy a la Universidad Politécnica si bien es loable no se encuentra, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que le pueda hacer acreedor a una prestación alimentaria; lo contrario, (...) sería tanto como favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un «parasitismo social»». Una posición intermedia, que pone en relación la posibilidad de continuación de la formación, más allá de la que ya habilita profesionalmente, con la capacidad económica del alimentante, es defendida por la SAP Las Palmas de 13 de junio de 1996, para la que «cuando la opción del hijo está soportada en una capacidad saneada de sus progenitores, es indudable que el derecho a alimentos subsiste, si la opción supone la continuación de los estudios después de los 18 años. Pero cuando la capacidad paterna es escasa, y el hijo ha podido optar, por sus condiciones laborales, entre incorporarse a la vida laboral o continuar estudios, o bien incluso fórmulas mixtas comunes en otros países de nuestro entorno cultural, no puede pretenderse cargar la decisión a favor de realizar estudios y no acceder a trabajo remunerado sobre la escasa capacidad económica del padre». En cambio, sostienen que entrarían dentro de los alimentos la realización de cursos de especialización tras la conclusión de los estudios universitarios (licenciatura o diplomatura) las SSAAPP Asturias de 26 de febrero de 2001 y Ciudad Real de 24 de septiembre de 2003 (si bien ésta en un *obiter dictum*). La SAP Cádiz de 20 de septiembre de 2002 admite los ulteriores cursos sólo en cuanto faciliten el acceso al mercado laboral, señalando que «en absoluto se pretende que el progenitor esté obligado de por vida a sufragar los cursos que su hija quiera realizar, por el contrario ello sería incentivar a ésta a que no se busque su modus vivendi, siendo precisamente la realización de cursos, dado el problema del mercado laboral, lo que le puede facilitar acceder al mismo».

¹²³ Así, la SAP Santa Cruz de Tenerife de 9 de septiembre de 2001: «para el caso del alimentista mayor de edad la valoración de que no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, supone que el obligado a dar alimentos debe de tener información suficiente de las circunstancias de desarrollo de tal formación. Por lo que, dándose el supuesto de mayor de edad en la hija demandada, es claro que a la misma corresponde informar adecuadamente al padre sobre las circunstancias de su formación, concretamente estudios que realiza y rendimiento en los mismos, documentando adecuadamente tal información».

margen equivocadas consideraciones sociológicas, también las madres solteras tienen derecho a reclamar de sus ascendientes esas prestaciones sanitarias. No obstante, si bien ese objetivo de reiteración fue el que guió finalmente al legislador, tras la enmienda que experimentó este precepto en su tramitación parlamentaria, no era ése el propósito inicial del proyecto de ley¹²⁴, que buscaba establecer una norma sobre los alimentos que sí era preciso afirmar expresamente, dado que suponía la introducción de un nuevo alimentista: el estudio de aquél pone de manifiesto que, en línea con la regulación existente en este punto en el Derecho alemán¹²⁵, lo que se buscaba era poner a cargo de esos gastos de embarazo y parto de la madre soltera, no sólo a sus progenitores (cuya responsabilidad por los mismos vendría ya por la vía del párrafo primero como «asistencia médica») sino también al padre del hijo de esa madre soltera, pues de otro modo no habría de asumirlos (respecto de la madre no entra en ninguna de las categorías del art. 143 del Código, y su hijo –cuyos gastos médicos sí habría de asumir– nacería con esos gastos ya originados con anterioridad)¹²⁶.

Finalmente, señalemos que para la generalidad de la doctrina paradójicamente habrán de incluirse entre los alimentos también los gastos funerarios, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1894 del Código Civil¹²⁷. Sin embargo, el que sean gastos que se ponen a cargo de los antiguos reales o potenciales alimentantes no hace que se puedan considerar propiamente como integrantes de los alimentos (si acaso, serían una *extensión de la deuda alimenticia*¹²⁸), sobre todo si tenemos en cuenta que surgen precisamente cuando la obligación alimenticia que pudiera existir se habría extinguido por el fallecimiento del alimentista¹²⁹: por el

¹²⁴ *Vid. DELGADO*, comentario al título VI CC, *op. cit.*, pp. 1032-1034, y comentario al artículo 142, *op. cit.*, p. 524.

¹²⁵ Cfr. § 1.615 k *BGB*, introducido por la Ley de filiación no matrimonial de 19 de agosto de 1969.

¹²⁶ Pese a que *DELGADO* (comentario al título VI CC, *op. cit.*, p. 1034, y comentario al artículo 142, *op. cit.*, p. 524) reconoce que no es esa idea inicial de poner los gastos del embarazo y parto a cargo del padre la que finalmente se plasma en el texto definitivo, aboga por interpretarlo así. En cambio, consideramos por nuestra parte que no es aceptable esa interpretación, dado que –como indicamos en el texto– supondría la imposición de una obligación legal a alguien (el padre del hijo que aún no ha nacido) a quien la ley no menciona, dado que respecto de esa alimentista no se trataría de ninguno de los parientes contemplados en los artículos 143-144 CC, cuando las obligaciones derivadas de la ley no se presumen (art. 1090 CC); paradójicamente, este autor más adelante (en el comentario al art. 143, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, p. 525) señalará, con base en ese argumento, que «*la enumeración de parientes obligados es cerrada*».

¹²⁷ Que señala que «*Los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle*».

¹²⁸ En expresión de PUIG PEÑA, en «Alimentos», *op. cit.*, nota 25 a la p. 586.

¹²⁹ *Vid. artículo 152.1.^º CC.*

contrario, son deudas distintas aunque se ponen a cargo de los mismos deudores.

B) ALIMENTOS ESTRICCTOS

Frente a los alimentos amplios, los alimentos debidos entre hermanos¹³⁰ son de un contenido más limitado¹³¹. Aquéllos «sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista¹³², y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación»¹³³. Así, aun cuando estos conceptos aparecen muy poco claros, las necesidades cubiertas parecen ser únicamente las mínimas vitales (en principio, parece que deberían reducirse a la manutención de sustento y al cobijo¹³⁴), así como la educación¹³⁵.

¹³⁰ Antes de la reforma de 1981, los alimentos restringidos o *auxilios* eran debidos entre hermanos *legítimos*, y por los padres a los hijos *ilegítimos no naturales*. Tras dicha reforma, la desaparición de la distinción entre filiación legítima e ilegítima provocó que estos alimentos se debieran sólo entre los hermanos (distinguiendo ya únicamente según fueran de vínculo doble o sencillo), pasando a deberse los alimentos amplios en toda relación entre padres e hijos.

La diferenciación original de sujetos, contenido y proporcionalidad (los alimentos serían variables y proporcionales a los medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe; los auxilios no), y la modulación de los alimentos (y no de los auxilios) en función de la posición social de la familia, llevó a que se distinguiera entre alimentos y auxilios como conceptos distintos por algún autor de la época, como VALVERDE, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 531-532, 532-533, 534 y 535-536. En la actualidad, la desaparición del criterio de la *posición social* para la cuantificación de los alimentos civiles (y no de los naturales) ha eliminado ese punto de distinción entre una y otra categoría.

¹³¹ Limitación introducida con la 2.^a ed. del CC, dado que en la 1.^a el artículo 143 no distinguía unos alimentos restringidos o *auxilios*.

¹³² Para PUIG PEÑA (en «Alimentos», *op. cit.*, p. 591), aun habiendo esa imputabilidad de la causa de necesidad del alimentista, este precepto no puede ser interpretado tan literalmente que lleve a consecuencias inhumanas, de modo que si el hermano está en la cumbre de la ruina, enfermo e impedido para trabajar, razones de humanidad imponen no dejarle morir de hambre, y su hermano debería acudir en su auxilio y proporcionarle medios para que pueda subsistir.

¹³³ Art. 143.II CC, en la redacción dada por la reforma de 1981.

¹³⁴ Para PIÑAR («La prestación...», *op. cit.*, pp. 33, donde cita a ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, p. 313), el concepto de alimentos no sería un concepto fisiológico sino social, dado que la única diferencia (hoy desaparecida) entre «alimentos» y «auxilios» estaría en que los primeros se prestan en atención a la posición social de la familia y los segundos no, pues entiende que excluir de los «auxilios» la habitación, el vestido y la asistencia médica sería absurdo por constituir también un auxilio necesario para la vida.

¹³⁵ En relación con la educación, después de 1981 ha quedado más difuminada la diferencia entre alimentos amplios y restringidos que con la redacción original de la 2.^a ed. del CC, que respecto de los primeros indicaba que incluían «la educación o instrucción del alimentista cuando es menor de edad» (art. 142 CC), sin límite de grado educativo, mientras que en los *auxilios* el aspecto educacional de los alimentos se limitaba –si bien sin restricciones de edad– a lo preciso para «costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio» (art. 143 CC). No obstante, no faltaban voces en la doctrina que entendían que, pese a la dicción literal del artículo 142 (*cuando es menor de edad*), la razón de la ley obligaba a entender que el alimentante seguía debiendo facilitar al alimen-

Los alimentos entre hermanos presentan la peculiaridad de que no serán proporcionales a la entidad del patrimonio del alimentante, dado que su contenido únicamente serán los *auxilios necesarios para la vida* más *los que precisen para su educación*, a diferencia de los alimentos amplios, cuya proporcionalidad con el patrimonio del alimentante puede provocar que su contenido sea de una elevada cuantía en caso de que éste fuera rico.

6. CUANTÍA Y FORMAS DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Dado que, como venimos diciendo reiteradamente, son requisitos para el nacimiento de la obligación de alimentos la insuficiencia patrimonial del alimentista para atender a sus propias necesidades de subsistencia y, por el contrario, la suficiencia patrimonial del alimentante para poder afrontar el pago de los alimentos, la cuantía concreta de los alimentos habrá de estar en consonancia con estas dos variables¹³⁶. Por ello, el artículo 146 del Código Civil establece que «*la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*»¹³⁷.

Así, la cobertura de las necesidades del alimentista se hará siempre en función de la suficiencia patrimonial del alimentante, de modo que si el alimentante único o el conjunto de alimentantes tienen un patrimonio escaso e insuficiente, puede darse el caso de que deba establecerse únicamente una pensión alimenticia de pequeña cuantía, aunque aquellas necesidades no lleguen a cubrirse totalmente.

Esa dependencia de la cuantía de los alimentos respecto del patrimonio del alimentante y de las necesidades del alimentista se producirá no sólo en el momento de fijarla inicialmente, sino a lo

tista los medios para terminar la enseñanza comenzada cuando, sin culpa suya, no la hubiera terminado todavía al llegar a la mayoría de edad [así, MANRESA, comentario al artículo 142 CC, en *Comentarios al Código Civil español*, op. cit., pp. 791-792; y PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y CASTÁN TOBEÑAS, José, Anotaciones al *Derecho de familia*, de Theodor KIPP y Martin WOLFF (T. IV del *Tratado de Derecho Civil*, de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF), vol. 2.º, 2.ª ed., reimpr., Ed. Bosch, Barcelona, 1979, p. 249], como finalmente se estableció en 1981].

¹³⁶ Aunque la cuantía concreta de la pensión a satisfacer en concepto de alimentos corresponde al prudente arbitrio de los tribunales de instancia, siempre que se ajusten a estos parámetros. Así, SSTS de 11 de octubre de 1899, 2 de diciembre de 1970, 24 de marzo de 1976, 9 y 30 de diciembre de 1986, 18 de marzo de 1987, 14 de marzo de 1988 y 28 de septiembre de 1989.

¹³⁷ Este artículo tiene su precedente inmediato en el artículo 73 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870.

largo de toda la vigencia de la obligación, dado su carácter de obligación duradera periódica. Por ello, una variación en alguno de los dos elementos lógicamente habrá de provocar que también haya de variar en la misma proporción el importe de la deuda alimenticia, incluso pudiendo llegar a provocar su extinción¹³⁸. En tal sentido, el artículo 147 del Código Civil¹³⁹ establece que «*los alimentos (...) se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufren las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos*», sin que por supuesto tal variación tenga carácter retroactivo. Esto no supone, como han pretendido algunos autores¹⁴⁰, que exista aquí implícita una cláusula *rebus sic stantibus*; se trata de una actualización establecida por el propio legislador, sin que por otra parte se produzca la concurrencia de los requisitos exigidos por la jurisprudencia¹⁴¹ para entender existente dicha cláusula¹⁴²: no afecta a obligaciones contractuales ni se relaciona con alteraciones extraordinarias e imprevisibles de las circunstancias inicialmente existentes que provoquen algún tipo de desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes (sobre todo teniendo en cuenta que la obligación de alimentos es unilateral, imponiendo prestaciones sólo a cargo del alimentante).

En el caso de existir una pluralidad de alimentantes o alimentistas, tanto el «caudal o medios de quien los da» como las «necesidades de quien los recibe» habrán de entenderse referidas al conjunto de los alimentantes o alimentistas, respectivamente. Mientras que en el segundo caso la solución es clara, pues ha de cubrirse el total de las necesidades de los alimentistas implicados, en el supuesto de pluralidad de alimentantes se ha discutido si debía igualmente hacerse un cálculo total de todos los caudales de los obligados, sumándolos, o bien un promedio, señalándose al respecto a favor

¹³⁸ La variación de estos elementos como causa de extinción de la obligación de alimentos la veremos más adelante, al tratar de ésta.

¹³⁹ Que reproduce el contenido del artículo 76 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870.

¹⁴⁰ Así, BELTRÁN DE HEREDIA, *La obligación legal..., op. cit.*, p. 59, y comentario al artículo 142 CC, *Comentarios al Código Civil..., op. cit.*, p. 31; PUIG PEÑA, «Alimentos», *op. cit.*, nota 56 a la p. 593; y ROCA, «Las relaciones familiares básicas...», *op. cit.*, p. 47. Entre las resoluciones judiciales se puede citar, por ej., la SAP Gerona de 2 de noviembre de 1994.

¹⁴¹ Como, entre otras muchas, las SSTS de 13 de junio de 1944, 17 de mayo de 1957, 6 de junio de 1959, 31 de marzo de 1960, 23 de noviembre de 1962, 28 de enero de 1970, 15 de marzo de 1972, 27 de enero de 1981, 9 de mayo y 16 de junio de 1983, 27 de junio de 1984, 19 de abril de 1985, 17 de junio de 1986, 13 de marzo y 6 de octubre de 1987, 16 de octubre de 1989, 26 de octubre y 10 de diciembre de 1990, 23 de abril y 8 de julio de 1991, 6 de noviembre de 1992, 24 de junio de 1993, 19 de noviembre de 1994, 4 de febrero y 24 de mayo de 1995, 29 de mayo de 1996...

¹⁴² Como pone de manifiesto LASARTE, *Principios..., op. cit.*, p. 396.

de la primera posición que sería incongruente que cuando haya varios alimentantes el alimentista percibiera menos que si únicamente fuera obligado el más rico de ellos¹⁴³.

Ha de tenerse en cuenta que la cuantía en que se concreten las pensiones alimenticias no supone una suma de dinero fija sino un valor equivalente a las necesidades del alimentista (la obligación de alimentos tiene por objeto la satisfacción de esas necesidades)¹⁴⁴, y por ello normalmente se someterá a cláusulas de estabilización (cláusulas de indexación o indización)¹⁴⁵ que aseguren un mantenimiento de su valor frente a las pérdidas de poder adquisitivo de la moneda durante la vigencia de la obligación, tomando generalmente como referencia las variaciones del IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística, si bien la actualización del valor de las pensiones a través de estas cláusulas habrá de estar siempre subordinada a los dos criterios principales del patrimonio del alimentante y las necesidades del alimentista¹⁴⁶, de modo que si el primero o las segundas (aunque esto es más raro que se produzca) no crecieran en esa proporción (por ej., porque el incremento del sueldo del alimentante fuera inferior al del índice de referencia, o no se produjera) habría que atenderse preferentemente a estas variaciones antes que a las del índice tomado como referencia. Si no se estableciera cláusula de estabilización alguna, el alimentista que reclame una elevación de la cuantía de los alimentos habrá de probar que ha sufrido una pérdida de poder adquisitivo en las unidades monetarias que percibe, de modo que le son precisas más unidades para satisfacer las mismas necesidades, pero el alimentante podrá oponerse a esa variación probando que él también ha sufrido una paralela disminución de sus ingresos en moneda constante¹⁴⁷.

La pensión ordinariamente se establecerá en una cantidad concreta, por relación a un determinado número de unidades moneta-

¹⁴³ Cfr. LACRUZ, «La obligación de alimentos», *op. cit.*, p. 46. Con él, DELGADO, comentario al artículo 145, *op. cit.*, p. 529.

¹⁴⁴ La de alimentos ha sido considerada como deuda de valor (de modo que ha de ser actualizada a fin de cubrir la devaluación del poder adquisitivo de la moneda) por las SSTS de 14 de febrero de 1976, 9 de octubre de 1981 y 25 de noviembre de 1985. La pérdida de valor de la moneda supone un aumento de las necesidades del alimentista, no tanto porque éstas aumenten en sentido propio como porque el poder de cobertura de aquéllas por las pensiones alimenticias abonadas se reduce y si se mantuvieran constantes el alimentista habría de dejar de satisfacer parte de sus necesidades (así, la citada STS de 14 de febrero de 1976).

¹⁴⁵ CASTÁN (en *Derecho Civil español...*, *op. cit.*, p. 485) llega a considerar que debería generalizarse a toda prestación legal alimenticia la previsión legal de que se establezcan bases de actualización en el convenio regulador de la separación o divorcio, en las medidas provisionales de todo proceso matrimonial y en las resoluciones judiciales relativas a los hijos.

¹⁴⁶ Cfr. SSTS de 16 de noviembre de 1978 y 22 de mayo y 9 de octubre de 1981.

¹⁴⁷ Cfr. STS de 5 de noviembre de 1983. Asimismo, *vid.* DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 54. Ello también parece ser apuntado por LACRUZ, «La obligación de alimentos», *op. cit.*, p. 47.

rias, aunque –pese a que algunos autores entienden lo contrario¹⁴⁸– también cabe que se fije en un porcentaje de los ingresos líquidos del alimentante¹⁴⁹.

Pese a que lo ordinario es que los alimentos se satisfagan mediante el pago de una pensión en dinero, el artículo 149 del Código Civil permite al alimentante en su primer párrafo optar por cumplir la obligación de alimentos manteniendo en su propia casa al alimentista¹⁵⁰: «*el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos*»¹⁵¹. Este derecho de opción es en cierta medida lógico y muestra del *favor debitoris*¹⁵²: si de lo que se trata es de que queden cubiertas las necesidades del alimentista, debe permitirse al alimentante que cumpla de la manera que le resulte menos gravosa, bien en dinero, a fin de que sea el propio alimentista quien se procure su mantenimiento, bien en especie, manteniéndole en su propia casa. Por ello, el derecho de opción es del alimentante, no del alimentista, que en ningún caso podrá imponer a aquél que le mantenga en su casa.

De este modo, la obligación de alimentos se configura en principio como una obligación alternativa¹⁵³, que puede cumplirse, a elección del deudor alimentante, por dos vías: mediante el pago de una pensión pecuniaria o a través del mantenimiento del alimentista en su propia casa¹⁵⁴. No obstante, la primacía entre los dos modos de cumplimiento parece ser del pago de una pensión (que es

¹⁴⁸ Como DELGADO, comentario al artículo 142, *op. cit.*, p. 523. En el mismo sentido se manifiesta la SAP Barcelona de 15 de octubre de 2002, sobre la base de que «*los alimentos no tienen su fundamento en una participación de ingresos o beneficios del obligado*».

¹⁴⁹ Así se hizo, por ej., en la SAP Valladolid de 14 de julio de 1995, por tratarse el alimentante de persona carente de un empleo fijo y estable.

¹⁵⁰ Esta posibilidad fue introducida por vez primera en nuestro Derecho por el artículo 78 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 (si bien con un carácter excepcional, debiéndose justificar por el alimentante no poder satisfacer los alimentos de otro modo por la escasez de su fortuna), negándose hasta entonces por la jurisprudencia el derecho del padre (y por tanto, mucho más respecto de otros alimentantes) de exigir a los que no estuvieran bajo su potestad que recibieran los alimentos en su casa (así, por ej., las SSTS de 22 de diciembre de 1865 y 12 de noviembre de 1868).

¹⁵¹ Con ello se supera la discusión mantenida por la doctrina anterior al CC sobre si la obligación de alimentos debía darse necesariamente *intra domum* o podía cumplirse por el alimentante fuera de la propia casa. Sobre esa discusión doctrinal, *vid.* por ej. OTTO Y CRESPO, Nicolás de, «*La obligación de dar alimentos ¿se entiende precisamente intra-domum, o puede en casos dados cumplirse fuera?*», *RGLJ*, t. XX, 1862, p. 184.

¹⁵² En cambio, parece mostrarse contrario a él, en los casos en que haya habido que demandar al obligado para que cumpla con sus deberes de solidaridad familiar, DELGADO, comentario al artículo 149, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, p. 537.

¹⁵³ Según las reglas generales de este tipo de obligaciones (arts. 1131-1136 CC), en la medida en que sean aplicables.

¹⁵⁴ Observemos que el lugar de cumplimiento ha de ser la propia casa del alimentante, no la de un tercero o un establecimiento hotelero.

por otra parte el más frecuente)¹⁵⁵, de forma que éste será el sistema que habrá de seguir el alimentante en el cumplimiento de sus prestaciones salvo que expresamente opte por el mantenimiento *in natura*. Las pensiones (pecuniarias) deberán pagarse por meses *anticipados*¹⁵⁶, dado su destino a la satisfacción de necesidades actuales¹⁵⁷, lo que también explica que cuando fallezca el alimentista sus herederos no hayan de devolver lo que éste hubiera recibido anticipadamente¹⁵⁸: es decir, si el alimentista vive al comienzo del mes le corresponde el importe de todo ese período, sin que sus herederos deban devolver la parte de lo percibido correspondiente a los días en que ya hubiera fallecido¹⁵⁹.

Sin embargo, como ya apuntamos con anterioridad, este derecho de opción del alimentante tiene sus excepciones. Si bien con carácter general el alimentista no puede negarse injustificadamente a que el alimentante opte por cumplir con el mantenimiento *in natura*¹⁶⁰, tampoco es lógico que éste pueda imponer a aquél una

¹⁵⁵ Como hemos dicho con anterioridad, esa subsidiariedad (e incluso excepcionalidad) del cumplimiento *in natura* si era clara en el antecedente del artículo 149 CC, el artículo 78 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, que establecía que el alimentista tendrá que vivir en compañía del que debiere satisfacer los alimentos, *en el caso de que éste justificare no poder cumplir de otro modo su obligación por la escasez de su fortuna*. En la redacción actualmente vigente, del artículo 149 CC, aun cuando quepa considerar que pueda seguir siendo una forma de cumplimiento un tanto subsidiaria, ello debe entenderse que sería sólo en tanto el alimentante no opte expresamente por ella, no porque –como sucedía bajo la vigencia de la Ley de 1870– deba éste justificar su escasez de fortuna que le impida cumplir de otro modo: ahora la opción por este cumplimiento es un derecho del alimentante, que puede ejercitarse o no, pero que en cualquier caso no puede configurarse como modo excepcional (como hemos dicho en el texto, se trata de una obligación alternativa, no facultativa). Crítica que se configura la prestación *in natura* como excepcional (respecto del Proyecto del BGB), cuando «*con respecto á los alimentos, el modo de alimentación natural es, por fortuna, la regla dominante*», Anton MENGER, en *El Derecho civil y los pobres*, versión española de Adolfo POSADA, Ed. Comares, Granada, 1998 [el original alemán es de 1890], p. 170.

¹⁵⁶ Regla que proviene del artículo 1.614, *in fine*, de la LEC de 1881.

¹⁵⁷ Razón por la que, aunque los interesados puedan convenir periodicidades distintas de pago, no parece admisible que se pacte el pago por períodos vencidos, dado que supondría el pago por necesidades ya pasadas.

¹⁵⁸ Ambas cuestiones se hallan así establecidas en el artículo 148.II CC.

¹⁵⁹ Ha de tenerse en cuenta que los frutos civiles se entienden percibidos por días (art. 474 CC).

¹⁶⁰ Sobre esta cuestión son de destacar las resoluciones judiciales sobre hijos mayores de edad que pretenden vivir una vida independiente y aun así reclaman su mantenimiento a sus progenitores. Así, la STS de 23 de febrero de 2000, en el caso de un padre que elige cumplir la obligación de alimentos a través de la convivencia de su hija mayor de edad con él, afirma que «*la hija ha ejercitado, al salir del hogar paterno (...) uno de los mayores, por no decir el mayor, de los bienes o valores que tiene el ser humano, como es el del ejercicio de la libertad personal. Ahora bien, (...) muchas veces la libertad como valor social particular; exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades (...). Y lo que no se puede pretender es realizar un modo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta, que atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza*». Igualmente, en supuestos similares, la SAP Valladolid de 19 de octubre de 1998 (reiterando su doctrina de la de 2 de diciembre de 1993) indica respecto de la hija que «*cuando se es mayor de edad, sus concepciones vitales no puede imponerlas, ni llevarlas a cabo en contra o a costa de la opinión del resto de sus familiares. La opción que ha manifestado de abandonar el domicilio*

convivencia que resulte especialmente inconveniente para el alimentista, cuando exista un conflicto de caracteres entre ambos o cuando ello resultaría contrario a lo dispuesto en una norma legal o una resolución judicial¹⁶¹. De ahí que un segundo párrafo de este artículo 149¹⁶² especifique que «*Esta elección no será posible en*

*familiar no puede reprochársele. Pero en cuanto no se ha acreditado que sus padres se hayan opuesto de modo rotundo a su vuelta al mismo, pretendiendo de modo lógico establecer mediante conversaciones unos cauces o un marco de diálogo, tolerancia y respecto que no han fructificado, no pueden imponerse a los mismos el pago de una pensión, cuando es posible que la obligación alimenticia aquéllos la puedan cumplir en su propio domicilio»; y la SAP Córdoba de 29 de junio de 2002 señala que, dado que la hija «*es mayor de edad, no cabe duda de que puede hacer uso de los derechos de libertad y elección de domicilio que la Constitución y las leyes le otorgan, y, por tanto, puede también optar, bien por reintegrarse al domicilio paterno y recibirla allí en especie, bien por vivir de manera independiente, pero, naturalmente, si lo hace, no puede al mismo tiempo pretender que el padre quede obligado a pasarle ninguna pensión del carácter como la que pide*»; la misma doctrina se reitera en las SSAAPP Murcia de 17 de diciembre de 1998 y León de 8 de julio de 2002. Es decir, como señala MAGRO SERVET («*El nuevo contrato de alimentos...*», *op. cit.*, p. 6), ante la falta de prueba de una circunstancia que impida la prestación *in natura*, si la hija desea realizar una vida independiente puede presumirse que tiene medios de vida suficientes por su actividad laboral, que así se lo permiten, y lo que no puede es poner a cargo del padre la cobertura de sus necesidades alimenticias para hacer esa vida independiente.*

¹⁶¹ Son paradigmáticos en tal sentido los casos del padre (o ascendiente) sin custodia de los hijos (o descendientes) que pretende prestarles alimentos en su domicilio, sustrayéndolos a la convivencia con el progenitor custodio (así, en la STS de 25 de noviembre de 1899), o del hijo ahora reclamante de los alimentos que fue expulsado de la casa paterna, donde se le tenía trabajando en una situación contraria a su salud (como en la STS de 15 de abril de 1923); o del que pretende optar por este modo de cumplimiento para alimentar a un hijo cuyo lugar de domicilio y estudios se halla a gran distancia (como en los casos de las SSAAPP Madrid de 27 de julio de 1999 y Almería de 20 de febrero de 2001), o frente a la reclamación de un cónyuge separado de hecho (así, en las SSTS de 21 de diciembre de 1953, 27 de abril de 1956 y 25 de noviembre de 1985; asimismo, el art. 68.5.^º CC establecía hasta 1981 –hoy estaría implícito en el art. 103.1.^a– que, durante la sustanciación del proceso de nulidad o separación matrimonial, el juez señalaría alimentos a la mujer, y en su caso al marido, así como a los hijos que no queden en poder del obligado a dar alimentos, *sin que éste pueda optar por prestarlos en la propia casa*). Lo mismo se entiende cuando existe un choque de caracteres entre alimentante y alimentista (pero no un «*mero relajamiento de los vínculos de cariño entre los padres y los hijos*», como dice la STS de 6 de octubre de 1904), como en la SAP Cantabria de 27 de enero de 1998 («*aun cuando la prestación natural pueda ser más cómoda o económica para el alimentante, no puede olvidarse que impone una situación de convivencia y que ésta resulta desaconsejable y opera como obstáculo al derecho de opción que autoriza el art. 149, cuando entre ambas partes de la relación existen desavenencias de tal intensidad que hacen de la convivencia una mera referencia retórica*»), o la SAP Granada de 13 de julio de 2002, que niega la posibilidad de opción porque aparece «*una honda discrepancia, que se palpa, en la relación parental, que necesariamente hace negar su realización*»; e igualmente la SAP Asturias de 5 de diciembre de 2001 (en cambio, como hemos visto en la nota anterior, la STS de 23 de febrero de 2000 y la SAP Córdoba de 29 de junio de 2002 afirman que cabe la prestación *in natura* aun habiendo ese conflicto de caracteres entre padre e hija).

Para LACRUZ («*La obligación de alimentos*», *op. cit.*, p. 47) la eliminación de la posibilidad de cumplimiento *in natura* puede dar lugar a una moderación del *quantum* de la pensión anteriormente fijada, pues debe tenerse en cuenta la mayor carga que se crea en la economía del alimentante al que se le priva de una opción dirigida precisamente para hacer menos gravosa la obligación.

¹⁶² Introducido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, si bien la jurisprudencia ya venía orientándose en tal sentido desde antiguo: SSTS de 11 de mayo de 1897, 25 de noviembre de 1899, 5 de julio de 1901, 21 de enero de 1902, 5 de diciembre de 1903, 22 de abril de 1910, 25 de noviembre de 1919, 5 de abril de 1923, 24 de enero de 1927, 13 de noviembre de 1929, 29 de octubre de 1934, 24 de junio de 1946,

cuento contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad».

En caso de pluralidad de alimentantes, no habría problema si todos optaran por la pensión pecuniaria o bien acordaran que sólo uno realizará la prestación *in natura* (con el correspondiente reintegro interno de los demás, cada uno por la parte que proporcionalmente le corresponda en el total de los alimentos debidos). En caso de ser varios los que pretendieran realizar la prestación *in natura*, parece que debería llegarse a un acuerdo en tal sentido entre todos los alimentantes y el alimentista (por supuesto, excluyendo de esta forma de cumplimiento a aquellos en que recaiga la inexistencia del derecho de opción a que hemos hecho referencia). Sobre la posibilidad de establecer un turno de rotación entre todos los alimentantes interesados en cumplir *in natura*, aunque algunos autores¹⁶³ creen que no sería aconsejable y debería ser descartado, entendemos con otros¹⁶⁴ que esta modalidad no debería rechazarse apriorísticamente si es aceptada por el alimentista, y puede ser conveniente para los casos en que los alimentantes son de modestos recursos económicos (es menos gravoso mantener al alimentista por temporadas que permanentemente)¹⁶⁵.

7. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Las causas que provocan la extinción de la obligación de alimentos –a algunas de las cuales hemos hecho referencia con ante-

8 de marzo de 1952, 21 de diciembre de 1953, 14 de marzo de 1960, 8 de marzo de 1961, 12 de febrero de 1982, 15 de febrero y 2 de diciembre de 1983, 25 de noviembre de 1985... *Vid.* específicamente al respecto COBACHO, «El cumplimiento del deber de alimentos», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 510-514. La STS de 25 de noviembre de 1899 señala que no se dará el derecho de opción en los casos de *imposibilidad legal* (debiendo entenderse por tal cuando el ejercicio de la opción entraña en colisión con otro derecho preferente) o de *imposibilidad moral* (considerando que existe ésta cuando hay una circunstancia moral justificada para que el alimentista no se traslade a la casa del alimentante).

¹⁶³ Así, BELTRÁN DE HEREDIA, comentario al artículo 149 CC, *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, p. 49; y con él COBACHO, «El cumplimiento del deber de alimentos», *op. cit.*, p. 515. Igualmente, DELGADO, comentario al artículo 149, *op. cit.*, p. 537; y LACRUZ, «La obligación de alimentos», *op. cit.*, p. 47.

¹⁶⁴ Como DÍAZ-AMBRONA y HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 454.

¹⁶⁵ Es más, las visitas o custodia por determinados períodos (vacaciones, fines de semana...) es un sistema empleado en relación con los menores en los casos de padres separados o divorciados [*vid.* arts. 90.I.A y 103.1.^a CC].

rioridad— aparecen indicadas en los artículos 150 y 152 del Código Civil, y se pueden clasificar en tres grupos de causas¹⁶⁶:

a) *Fallecimiento* del alimentante (art. 150)¹⁶⁷ o del alimentista (art. 152.1.^º). El carácter personalísimo de la obligación de alimentos hace que no se trasmita a los respectivos herederos ni la posición de uno ni la del otro, con independencia de que entre el alimentista y los herederos del alimentante, o entre el alimentante y los herederos del alimentista, pudieran concurrir los presupuestos para el nacimiento de una *nueva obligación* de alimentos. En cambio, sí se transmitirán a los respectivos herederos los créditos o deudas por pensiones alimenticias ya vencidas y no satisfechas, dado que —como sabemos— se trata de créditos ordinarios.

A la muerte de uno u otro se ha de asimilar su declaración de fallecimiento. En cambio, la ausencia del alimentante no provocará la extinción de la obligación de alimentos, debiendo ser atendida por su representante con cargo al patrimonio de aquél. En cuanto a la situación de ausencia del alimentista, la imposibilidad de conocer cuáles son sus necesidades, dado que se halla en paradero desconocido, determinará la suspensión de la obligación alimenticia en tanto no se concrete la situación de aquél, ya que su carácter personalísimo y en atención a las necesidades del alimentista hace que no pueda entenderse que las percibiría en su nombre su representante.

b) *Desaparición de los requisitos* que han de concurrir para la existencia de la obligación de alimentos, que se concreta en:

1) *Desaparición de la suficiencia patrimonial del alimentante para asumir los alimentos*¹⁶⁸, porque su patrimonio se reduzca hasta

¹⁶⁶ Los dos últimos grupos son reproducción, con algunas modificaciones, del artículo 75 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870.

¹⁶⁷ El CC sigue aquí la idea del personalismo de la deuda alimenticia, que se deriva en su intransmisibilidad *mortis causa*, dado que su causa es la relación personalísima de parentesco, y que triunfó en la doctrina francesa de principios del siglo XIX, de donde pasó a las demás. Con anterioridad, era dominante la tesis de la transmisibilidad de la deuda alimenticia, basándose en la injusticia de que el alimentista perdiera «*su derecho y posiblemente con ello la vida, mientras que los herederos disfrutaban cómodamente de los pingües beneficios*», y así Antonio GÓMEZ en el siglo XVI estableció el aforismo de que *quando per legem quis tenetur atere illa obligatio passiva descendunt ad heredes*. Vid. PUIG PEÑA, «Alimentos», *op. cit.*, p. 597 (de donde extraemos el texto entrecerrillado).

¹⁶⁸ Para PUIG PEÑA («Alimentos», *op. cit.*, p. 581) las necesidades del alimentante se calcularán atendiendo a las fundamentales de la existencia pero en el *tenor de vida en que se encuentra colocado*, pues según este autor «*¿Deberá, acaso, estrecharse para satisfacer los alimentos a un pariente, bajando en el tenor de vida hasta ahora sustentado? (...) no hay fundamento legal para obligar al alimentante a bajar en el tono social en que se encuentra?*». Sin embargo, entendemos que no parece muy aceptable considerar como excusa para rechazar la alimentación de un pariente necesitado por parte del alimentante el que ello pueda suponer una reducción de un nivel de vida elevado, máxime si tenemos en cuenta que si se contempla legalmente como excusa que esa reducción tenga la suficiente importancia como para provocar al alimentante dificultades para su propio mantenimiento y el de su familia (en el mismo sentido, la SAP Cuenca de 3 de febrero de 1998).

el punto de no poder satisfacer los alimentos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia¹⁶⁹ (art. 152.2.º). Como señalamos anteriormente, el deber de mantenimiento del alimentante ha de ser primero consigo mismo y su propia familia, y luego con el alimentista. Por supuesto, ello ha de entenderse siempre que no sea posible el cumplimiento *in natura*, pues aun cuando su nivel patrimonial no le permita abonar unas pensiones alimentarias pecuniarias, si sí le alcanzara para acoger al alimentista en su casa y no hubiera obstáculo a ello, deberá cumplir de este modo, ya que se habría provocado una reducción de la obligación facultativa que supone la opción a la única forma de cumplimiento posible, por imposibilidad de la otra, convirtiéndose así en obligación simple cuyo único medio de cumplimiento es a través de la prestación *in natura*¹⁷⁰.

A diferencia de lo que sucede con el alimentista, se atiende únicamente a la insuficiencia patrimonial del alimentante, siendo irrelevante la causa por la que se haya producido, incluso por su negligencia. Ello, por supuesto, sin perjuicio de que si el alimentante se hubiera situado fraudulentamente en esa situación de insuficiencia para eludir el pago de los alimentos, los actos o contratos que haya realizado puedan ser en su caso rescindibles¹⁷¹.

Hemos de tener en cuenta que, conforme al artículo 47 de la Ley Concursal, en caso de que el alimentante incurra en situación concursal, ello no determinará necesariamente la extinción de la obligación alimenticia, sino que si la misma se le ha impuesto por resolución judicial dictada en un proceso sobre capacidad, filiación, matrimonio o menores¹⁷², se satisfará con cargo a la masa activa del concurso; sin embargo, ello sólo será «*si no pudieren percibirlos de otras personas*

¹⁶⁹ Aquí por «familia» ha de entenderse, en su sentido más restringido, únicamente su cónyuge e hijos no emancipados, dado que en un sentido amplio también serán miembros de la familia los demás alimentistas. En tal sentido, cfr. CORBELLÀ, «Alimentos», *op. cit.*, p. 627; PÉREZ y CASTÁN, Anotaciones al *Derecho de familia* de KIPP y WOLFF, *op. cit.*, p. 245; y SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.*, pp. 1267-1268. En cambio, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (en *Sistema...*, *op. cit.*, p. 55) entienden que con esta expresión se haría referencia a todos aquellos que tuvieran un derecho preferente al del acreedor.

¹⁷⁰ *Vid.* artículo 1.134 CC. En tal sentido, el artículo 75 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 disponía que «*el alimentista tendrá que vivir en compañía del que debiera satisfacer aquéllos en el caso de que éste justificara no poder cumplir de otro modo su obligación por la escasez de su fortuna*».

¹⁷¹ Aunque a esos efectos señala CASTÁN que debemos distinguir según se trate de actos o contratos anteriores a la demanda (momento en que surge el crédito del alimentista al abono de los alimentos) o posteriores: éstos son claramente rescindibles, pero los anteriores, dado que la rescisión en fraude de acreedores requiere que el acto o contrato impugnado sea posterior al crédito del actor, no podrán ser impugnados. *Vid.* igualmente PUIG PEÑA, «Alimentos», *op. cit.*, p. 581. Sin embargo, es necesario precisar, con LACRUZ («La obligación de alimentos», *op. cit.*, p. 46; seguido por DELGADO, comentario al artículo 146, *op. cit.*, p. 531), que, si bien ello es correcto, la impugnabilidad habrá de anticiparse al momento en que pueda probarse la existencia del *consilium fraudis*, por existir una necesidad del alimentista, actual o al menos previsible, conocida por el alimentante.

¹⁷² *Vid.* título I del libro IV LEC.

legalmente obligadas a prestárselos, previa autorización del juez del concurso, que resolverá por auto sobre su procedencia y cuantía. De esta forma, observamos que en caso de concurso del alimentante, la situación de insuficiencia patrimonial que por definición supone determinará la extinción de la obligación alimenticia en los términos que hemos visto, salvo que se trate de uno de los alimentistas a que se refiere el artículo 47 de la Ley Concursal, no existan otros potenciales alimentantes que se subroguen en la deuda alimenticia y lo autorice el juez del concurso. Estas pensiones alimenticias tendrán la consideración de créditos contra la masa del concurso¹⁷³.

2) *Desaparición del estado de necesidad del alimentista*, porque pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de modo que ya no le sea necesaria la prestación de alimentos para su subsistencia (art 152.3.º). Como señala Delgado¹⁷⁴, la desaparición de la referencia legal a la «posición social de la familia» ya no permite a nadie, por muy alta que sea su posición social familiar, «vivir ocioso, rechazando un trabajo remunerado, a costa de rentas ajena no voluntariamente compartidas».

La jurisprudencia en ocasiones ha dado a esta causa una interpretación excesivamente rígida, estableciendo que cesa la obligación de alimentos cuando el alimentista *puede ejercer* un oficio, profesión o industria, sin que sea preciso tener en cuenta su ejercicio efectivo ni cuáles son sus productos¹⁷⁵, y en concreto cuando se tiene un título profesional y no se está incapacitado para ejercer su profesión ni para dedicarse a otros trabajos productivos compatibles¹⁷⁶. Sin embargo, ello debe conciliarse siempre con la exigencia de que ya no le sea necesaria la prestación de alimentos para su subsistencia, puesto que la mera cualificación profesional e incluso el ejercicio de una profesión no excluye necesariamente la situación de necesidad (es decir, lo importante no es tanto el trabajo del alimentista, sobre todo cuando es temporal, como su situación de necesidad), y en tal sentido la Memoria del TS de 1900 señaló que «si bastara una ocupación o destino pequeño que no alcanzase a satisfacer las necesidades que deben cubrirse con los alimentos, resultaría ésta incumplida en la extensión que la Ley ha establecido», y así se ha pronunciado la jurisprudencia en otras occasio-

¹⁷³ Vid. artículo 84.2.4.º de la Ley Concursal.

¹⁷⁴ En su comentario al título VI CC, *op. cit.*, p. 1030, y comentario al artículo 152, *op. cit.*, p. 541.

¹⁷⁵ Cfr. SSTS de 17 de diciembre de 1901, 12 de marzo de 1910, 24 de octubre de 1951 y 29 de noviembre de 1958.

¹⁷⁶ Respecto de sendos abogados, SSTS de 19 de junio de 1890 y 20 de octubre de 1924.

nes¹⁷⁷, en especial en relación con trabajos temporales¹⁷⁸. Además, la posibilidad de ejercer un oficio, profesión o industria no ha de entenderse como mera capacidad o habilitación subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias: al que no trabaja, aunque tenga capacidad y cualificación suficientes, porque no encuentra trabajo, le son necesarios los alimentos para su subsistencia, de modo que, dada la realidad laboral actual, la mera conclusión de la formación del alimentista no extingue el derecho a alimentos si no hay una verdadera independencia económica¹⁷⁹; no obstante, ello será siempre que el mismo sea diligente en la búsqueda de un trabajo que le permita tal independencia económica¹⁸⁰.

En cualquier caso, la obtención de una cualificación profesional suficiente, no meramente potencial sino real, habrá de producir la extinción de la obligación alimenticia¹⁸¹, y por ello, la existencia de

¹⁷⁷ Como en las SSTS de 27 de marzo de 1900, 30 de abril de 1923, 20 de octubre de 1924, e igualmente, las SSAAPP Oviedo de 21 de enero de 1989, Tarragona de 6 de octubre de 1995 y Valencia de 9 de abril de 1996.

¹⁷⁸ Así, la SAP Almería de 18 de febrero de 2000 señala, respecto de un alimentista hijo mayor de edad del alimentante, que «*aun cuando trabaja lo hace con un contrato temporal, a media jornada, y mientras dure la promoción que dio lugar a su contratación. Situación carente de una estabilidad que lleve a aconsejar la cesación de la obligación paterna*» y en el mismo sentido se pronuncian la SAP Asturias de 11 de noviembre de 2002 y la STSJ Cataluña de 3 de noviembre de 2003 (que confirma la SAP Gerona de 24 de marzo de 2003). En cambio, para un supuesto similar, la SAP Barcelona de 21 de noviembre de 2000 declara que «*cuando el hijo mayor de edad se ha incorporado al mercado laboral, aun cuando no sea a través de un contrato indefinido o como trabajador fijo, de modo que obtenga ingresos procedentes de su trabajo que le permitan vivir de forma independiente, cesa la obligación de prestar alimentos del progenitor*» (igualmente, SAP Toledo de 8 de febrero de 1999).

¹⁷⁹ Así, SSTS de 15 y 31 de diciembre de 1942, 24 de julio de 1950, 9 de diciembre de 1972, 10 de julio de 1979 y 5 de noviembre de 1984, y SSAAPP Oviedo de 9 de mayo de 1999 y Badajoz de 21 de febrero de 1995.

¹⁸⁰ Como señala la SAP Valladolid de 19 de octubre de 1998, «*no surge la obligación alimenticia cuando quien la reclama está capacitado para trabajar y cuando no ha demostrado haber buscado trabajo sin encontrarlo*» (en el mismo sentido, las SSAAPP Córdoba de 24 de junio de 1999 y Vizcaya de 25 de marzo de 2002). Es decir, como dice la SAP Baleares de 4 de diciembre de 2001, «*el contenido de la obligación de prestar alimentos a los hijos mayores se integra sólo de las situaciones de verdadera necesidad, y no las situaciones meramente asimiladas a la situación en que se encuentran los hijos menores*» (lo que reitera la SAP Madrid de 30 de noviembre de 2002). En tal sentido, la STS de 1 de marzo de 2001, en un caso de alimentos a hijos mayores de edad, declara que «*no hay base suficiente para que siga vigente tal obligación alimenticia (...) [respecto de] dos personas, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad; no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un «parasitismo social»*».

¹⁸¹ Como señala la SAP Jaén de 4 de febrero de 2003, «*teniendo en cuenta la precariedad actual del mercado laboral, en el que conseguir un trabajo fijo o estable es tarea ardua, no puede interpretarse el derecho de alimentos, como un seguro para los períodos de tiempo en que por dicha precariedad, se produzca la situación de desempleo, cuando en un momento anterior ya se ha alcanzado la independencia económica en relación con los progenitores, e incluso el propio alimentista, de hecho, ha colaborado con sus ingresos al*

diversas ofertas en firme para que el demandante de alimentos preste servicios por cuenta del oferente viene a significar la ausencia de necesidad del reclamante y por tanto la extinción de su derecho¹⁸².

Por otra parte, es obvio que por muy elevados que sean ahora las rentas o el patrimonio del alimentista, el alimentante no puede exigir el reintegro de las pensiones anteriormente satisfechas¹⁸³.

c) *Sanción al alimentista por su actuación:*

1) Cuando el *alimentista haya cometido alguna falta* (se entiende, contra el alimentante) *de las que dan lugar a desheredación*, sea o no heredero forzoso (art. 152.4.^º). De esta forma, en caso de que el alimentista incurra en alguna de esas faltas, el alimentante podrá anticipar la desheredación (incluso aunque ésta no procediera por no ser legitimario el alimentista¹⁸⁴) con el cese de la prestación de alimentos. Las faltas que son causas de desheredación aparecen recogidas en los artículos 852 a 855 y –por remisión de aquellos– 756 del Código Civil¹⁸⁵. Dado que la reconciliación posterior de ofensor y ofendido hace desaparecer el derecho de desheredación y la desheredación ya hecha¹⁸⁶, cabe entender que también provocará

mantenimiento de su madre» (en el mismo sentido se han pronunciado las SSAAPP Toledo de 8 de febrero de 1999 y Valencia de 7 de junio de 1999).

¹⁸² Así, en la SAP Badajoz de 21 de febrero de 1995 se precisa: «*necesidad que, de producirse, tan sólo acaecería por causa a él imputable, lo que le deslegitima en orden a mantener la acción de referencia; le bastaba con aceptar cualesquiera de las ofertas laborales propuestas y exigir su cumplimiento; otra conducta resulta incompatible con la necesidad invocada»*. Igualmente, respecto de un alimentista que rechaza ofertas de trabajo, *vid.* la SAP Valencia de 19 de enero de 1995. No obstante, la SAP Asturias de 26 de febrero de 2001 admite la posibilidad de rechazar una oferta de trabajo cuando éste sea incompatible con los estudios.

¹⁸³ PUIG PEÑA («Alimentos», *op. cit.*, p. 598) ve que aquí podría haber una obligación moral de devolver e incluso recompensar, pero no jurídica.

¹⁸⁴ Precisión que no existía en la 1.^a ed. del CC y que se introdujo en la 2.^a; adecuadamente, pues la anterior redacción podía llevar a entender que esta causa de extinción de la obligación alimenticia no se produciría en relación con los alimentistas que no fueran herederos forzados.

¹⁸⁵ La enumeración de causas es bastante extensa: padres que abandonen, prostituyan o corrompan a sus hijos; condena en juicio por atentar contra la vida del alimentante o de su cónyuge, descendientes o ascendientes; acusar al alimentante de delito que tenga señalada pena no inferior a la de prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumnia; realizar amenazas, fraude o violencia a fin de forzar al alimentante a hacer o cambiar su testamento, o bien impedirle hacerlo o revocarlo, o suplantar, ocultar o alterar otro posterior; respecto de los descendientes, haber negado con anterioridad, injustificadamente, alimentos al ascendiente que ahora es alimentante o haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra; respecto de los ascendientes, haber perdido la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial, haber negado con anterioridad injustificadamente alimentos al descendiente que ahora es alimentante o haber atentado uno de los padres contra la vida del otro sin reconciliación entre ellos; o finalmente, respecto del cónyuge, haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales, concurrir alguna de las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad –a las que nos hemos referido antes en relación con los ascendientes–, haber negado anteriormente alimentos a los hijos o al otro cónyuge, o haber atentado contra la vida del cónyuge testador sin haber mediado reconciliación.

¹⁸⁶ *Vid.* artículo 856 CC.

la desaparición de la causa de cese de la obligación de alimentos, debiendo reanudarse si persistieran los requisitos para ella.

Por otra parte, como las causas de desheredación son personales entre alimentante y alimentista, la extinción de la obligación de dar alimentos por la concurrencia de un motivo de desheredación no puede suponer que el alimentista pierda el derecho a reclamarlos de los siguientes obligados en el orden del artículo 144¹⁸⁷. No obstante, si ese siguiente obligado fuera un hermano, la conclusión ha de ser distinta: el artículo 143 restringe su obligación a los alimentos necesarios por cualquier causa *que no sea imputable al alimentista*, y el motivo de desheredación, que provocó la pérdida de los alimentos del anterior obligado, sí le sería imputable, por lo que entendemos que no existiría frente a ese hermano obligación alguna de alimentos¹⁸⁸.

2) Cuando el alimentista sea descendiente del alimentante y su necesidad provenga de *mala conducta o falta de aplicación al trabajo*¹⁸⁹, mientras subsista esta causa (art. 152.5.^º)¹⁹⁰. Deberá

¹⁸⁷ Cfr. MANRESA, comentario al artículo 152 CC, en *Comentarios al Código Civil español*, *op. cit.*, p. 851; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.*, pp. 1269-1270; y VALVERDE, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 538. En contra se pronunció PUIG PEÑA (en «Alimentos», *op. cit.*, p. 599), que con base en la STS de 24 de noviembre de 1925 considera injusto obligar a otro pariente a continuar en la obligación que cesó por culpa del propio alimentista (crítica que comparte con SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, p. 1270); e igualmente parece orientarse en la posición contraria DELGADO (en comentario al artículo 152, *op. cit.*, p. 542), pues aunque con dudas, indica que, de darse esta causa de extinción por parte del alimentista, no produciría efectos únicamente respecto del alimentante a quien afectara directamente, sino frente a todos.

¹⁸⁸ En el mismo sentido, cfr. MANRESA, comentario al artículo 152 CC, *op. cit.*, pp. 851-852.

¹⁸⁹ Esta *falta de aplicación al trabajo* ha de ponerse en relación con la causa del núm. 3 del artículo 152, de modo que no basta la mera habilitación subjetiva para una profesión u oficio, sino el no haber intentado encontrar trabajo con la diligencia o los medios a su alcance (cfr. STS de 24 de junio de 1950, y SSAAPP Zaragoza de 3 de noviembre de 1992 y Córdoba de 24 de junio de 1999, entre otras). En el fondo, como dijimos anteriormente en el texto, se trata de evitar que la obligación legal de alimentos pueda suponer la existencia de *parásitos sociales* que vivan mantenidos por otros sin trabajar, cuando perfectamente puedan hacerlo. Así, en la STS de 12 de julio de 1904 se aplica esta causa a un supuesto en que el hijo dejó voluntariamente un destino, fue despedido de otro y llegó a faltar gravemente a su padre, y no obstante le reclama alimentos.

Para la SAP Zaragoza de 7 de julio de 1993, el fracaso escolar no supone «falta de aplicación al trabajo», y en tal sentido afirma que «dentro de los conceptos «*mala conducta o falta de aplicación al trabajo*» no puede comprenderse los malos resultados obtenidos en los exámenes de bachillerato y el hecho de que durante dos años hubiera dejado los estudios. [El art. 152.5.^º CC] sólo contempla, además de la mala conducta, la indolencia para el trabajo con la consecuencia de la falta de ingresos económicos, circunstancia aquí no probada, pues la actual coyuntura hace muy difícil conseguir un empleo remunerado» (las negritas son nuestras).

¹⁹⁰ Se aplicó esta causa de extinción de la obligación alimenticia (aunque igualmente hace referencia a la concurrencia de la causa del núm. 4 del mismo art. 152 CC) en el llamativo –y afortunadamente inusual– caso resuelto por la SJPI Ejea de los Caballeros de 3 de septiembre de 1999, en que unos padres demandaban que, ante lo insostenible de la situación a que se había llegado en la convivencia con sus hijos mayores de edad (que les habían llegado a injuriar y amenazar gravemente, e incluso a la agresión física respecto de la madre), se declarara exenta su obligación de alimentos respecto de éstos.

ser el propio alimentista quien deba acreditar el cese de estas causas para que surja o se reanude la obligación alimenticia¹⁹¹. No es explicable la razón por la que la mala conducta –cuando no sea causa de desheredación– o la falta de aplicación al trabajo sólo extingan la obligación alimenticia en caso de que el alimentista sea descendiente del alimentante, y no en relación con los otros parientes, con lo que se está permitiendo el caso de que el cónyuge o un ascendiente o hermano pueda vivir a costa del alimentante pese a mantener una actitud –incluso conscientemente– renuente al trabajo o conflictiva en los puestos de trabajo que ocupe.

Como podemos ver, en realidad no son todas propiamente causas de cese o extinción de la obligación de alimentos, sino que mientras que la relativa al fallecimiento del alimentante o el alimentista y la de la desaparición de la necesidad del alimentista sí lo son, la referente a la insuficiencia patrimonial del alimentante es más bien un caso de *suspensión*, hasta que el obligado vuelva a contar con medios suficientes; y las del tercer grupo serán más bien causas de *exclusión* de la procedencia de la obligación: en estos supuestos se sanciona con la privación del derecho a alimentos al que de otro modo sí lo tendría, de modo que la obligación alimenticia ni siquiera llega a nacer (aunque las causas de desheredación pueden actuar también como causas de cese de una obligación hasta entonces viva, y la relativa a la mala conducta o falta de aplicación al trabajo se configura con carácter temporal, *mientras subsista esta causa*). Por otra parte, las causas relativas al alimentante no provocarán la extinción de la obligación alimentaria en sí, sino más propiamente su concentración en los demás alimentantes del mismo grado, o de no existir éstos, el que deba ser llamado como alimentante otro pariente de grado posterior.

8. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES EN LOS DERECHOS FORALES

Finalmente, una visión completa de la obligación de alimentos entre parientes *en España* no puede dejar de hacer una referencia, siquiera somera, a la regulación de la materia en algunos de los denominados Derechos civiles o especiales.

En concreto, contemplan una regulación sobre los alimentos los Derechos aragonés y navarro, de claro enfoque sucesorio, y sobre todo catalán.

¹⁹¹ *Vid.* la SAP Granada de 29 de enero de 1992.

En Aragón, el artículo 121 de la Compilación, redactado por la Ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo, contempla un supuesto especial de obligación de alimentos entre coherederos, estableciendo que «*Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar que en la distribución de los bienes hereditarios queden en situación legal de pedir alimentos, podrán reclamarlos de los sucesores del causante, en proporción a los bienes recibidos*». De esta forma, frente a la intransmisibilidad *mortis causa* de la posición del alimentante en el Código Civil, el Derecho aragonés establece una transmisibilidad limitada en que los sucesores del causante se sitúan, a efectos de alimentos, respecto de los descendientes de éste en la misma posición que él, transmitiéndose la carga proporcionalmente a los bienes recibidos.

En Navarra, dentro de los denominados «derechos de la Casa», de hermanos y parientes colaterales del heredero instituido, mientras estén acogidos a la Casa y quieran permanecer en ella trabajando en beneficio de la misma, está el «acogimiento en Casa», que da a la persona beneficiaria «*derechos de vivir en la casa, de ser alimentada y atendida, tanto en salud como en enfermedad*»¹⁹².

En Cataluña, el Código de Familia¹⁹³ contempla una extensa regulación de la obligación de alimentos, integrando la de la anterior Ley catalana 10/1996, de 29 de julio, de alimentos entre parientes. La misma reproduce en lo sustancial el contenido de la normativa del Código Civil que hemos visto, si bien con algunas diferencias, entre las que destacan: incluye expresamente dentro de los alimentos los gastos funerarios, cosa que como vimos no era muy defendible en la regulación del Código Civil; los alimentos estrictos son aún más reducidos que en el Código Civil, dado que se definen como «los alimentos necesarios para la vida», sin incluir los gastos de educación; respecto de los hermanos alimentistas, la limitación a los alimentos estrictos se restringe a los mayores de edad y no discapacitados (luego cabe entender que los menores o discapacitados podrán pedir alimentos amplios), y la imputabilidad de la causa de la necesidad en los casos de alimentistas descendientes del alimentante no provoca la inexistencia de derecho de alimentos, como sucede en el artículo 152.5.^º del Código Civil, sino su reducción a los estrictos; se reconoce el derecho de reclamación de los alimentos, no sólo al necesitado o en su caso su representante legal, sino también a la entidad pública o privada que le acoja; el inicio del devengo de los alimentos no se establece únicamente en la demanda judicial, sino que se

¹⁹² *Vid.* ley 131 del Fuero Nuevo de Navarra.

¹⁹³ Ley catalana 9/1998, de 15 de julio.

añade también la reclamación extrajudicial; se permite la reclamación simultánea a personas obligadas de grados posteriores en caso de insuficiencia de los recursos de las primeramente obligadas, se exime del deber de prestar alimentos a los discapacitados, salvo que previsiblemente sus posibilidades excedan de sus necesidades futuras teniendo en cuenta su grado de discapacitación; se admite expresamente la posibilidad de establecer bases de actualización anual de la cuantía de los alimentos, conforme a lo que ya venía siendo práctica judicial habitual; se señala que el juez podrá moderar la obligación de alimentos en relación con alguno de los alimentistas, con el incremento proporcional de las de los restantes; se prevé expresamente la situación de que más de un alimentante opte por la prestación *in natura*, disponiéndose que el juez decidirá tras oírles a ellos y al alimentista, teniendo en cuenta preferentemente la voluntad de éste si tiene plena capacidad de obrar; se contempla en esta sede la prestación de alimentos por terceros, restringiéndose la reclamabilidad de las pensiones a las del año en curso y el anterior con los intereses legales, pudiéndose subrogar en los derechos del alimentista contra el alimentante, salvo que conste que los alimentos se dieron desinteresadamente y sin ánimo de reclamarlos; así como se recogen expresamente los caracteres de la obligación de alimentos y de las pensiones atrasadas.

Por otra parte, entre las cada vez más frecuentes leyes autonómicas sobre uniones o *parejas de hecho*, algunas han asimilado los miembros de tales parejas a los cónyuges a efectos del derecho a percibir alimentos y de la posición de alimentista, incluso anteponiéndolos al resto de potenciales obligados, con una redacción muy similar en sus preceptos, si bien ha de tenerse en cuenta que aquí sólo se tratará de la obligación de alimentos en sentido propio, al faltar el deber de socorro mutuo que vimos que sí existía en el matrimonio y que absorbía a aquélla¹⁹⁴. En tal sentido se han orientado las leyes catalana, aragonesa y balear.

¹⁹⁴ Lo que sí suelen establecer estas leyes es una contribución de los miembros de la pareja al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos, como presunción en defecto de pacto contrario (así, arts. 7.3 de la Ley canaria 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; 6.2 de la Ley extremeña 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y 6.1 de la Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho), al igual que la previsión de una compensación económica en caso de extinción de la pareja que suponga una situación de desequilibrio económico para uno de los convivientes, bien imperativamente o bien como mera posibilidad a incluir en los pactos entre los miembros de la pareja [arts. 10, *in fine*, de la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; 7.1, *in fine*, de la Ley canaria, 7 de la Ley extremeña y 6.2.b) de la Ley vasca –esta Ley llega a contemplar en su art. 6.2.a) una pensión periódica para el miembro de la pareja que la necesitara para atender adecuadamente su sustento, en determinados casos–].

Así, la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, establece en sus artículos 8 (unión estable heterosexual) y 26 (unión estable homosexual), con idéntica redacción, que «*Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado*»; igualmente, el artículo 13 de la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, declara que «*Los miembros de la pareja están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualquiera otras personas legalmente obligadas*»; y de igual modo, el artículo 6 de la Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, que «*Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, y se les debe reclamar con prioridad sobre cualquier otro obligado legalmente*».

9. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RUIZ, Leonor: «El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar. (Comentario a la Sentencia del TS de 23 febrero 2000)», *RdPat*, núm. 6, 2001, pp. 325-334.
- ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho civil*, t. IV. 9.^a ed., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2002.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1958.
- Comentario al título VI (De los alimentos entre parientes), en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 127-54.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil español, común y foral*, t. V (Derecho de familia), vol. 2.^º (Relaciones paterno-familiares y tutelares), 10.^a ed., revis. y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO y José M.^a CASTÁN VÁZQUEZ, Ed. Reus. Madrid, 1995.
- CICU, Antonio: «Cómo llegó a la sistematización del Derecho de Familia», *RDP*, núm. 420, marzo 1952, pp. 185-192.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio: «El cumplimiento del deber de alimentos», en *Centenario del Código Civil*, t. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 507-515.
- Comentario a la Sentencia del TS de 23 de febrero de 2000, *CCJC*, núm. 53, abril-septiembre 2000, pp. 715-726.
- CORBELLA, Arturo: «Alimentos», *Enciclopedia Jurídica Española*, t. II, Ed. Seix, Barcelona, s. f. (ca. 1910), pp. 626-630.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: Comentario al título VI (De los alimentos entre parientes), en VV. AA.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1027-1039.
- Comentario a los artículos 142 a 153, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 522-544.

- DÍAZ ALABART, Silvia: Comentario al artículo 648, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1643-1645.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a Dolores y HERNÁNDEZ GIL, Francisco: *Lecciones de Derecho de Familia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 8.^a ed., 2.^a reimpr., Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- DORAL, José Antonio: «Pactos en materia de alimentos», *ADC*, t. XXIV-II, abril-junio 1971, pp. 313-427.
- FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de: «La deuda alimenticia del donatario», *RDP*, núm. 30, marzo 1942, pp. 154-188.
- FUENTESECA, Pablo: *Derecho privado romano*, ed. del autor, Madrid, 1978.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «Los alimentos en la separación de hecho», *RGLJ*, t. LXXXIII, agosto 1981, pp. 89-113.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «La obligación de alimentos», en LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín: *Derecho de familia* (t. V de los *Elementos de Derecho civil*), 4.^a ed., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 36-51.
- LASARTE, Carlos: *Principios de Derecho civil*, t. VI (Derecho de familia). 3.^a ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- MAGRO SERVET, Vicente: «El nuevo contrato de alimentos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de modificación del Código Civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores», *La Ley*, 17-5-2004, pp. 1-6.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: Comentario al título VI (De los alimentos entre parientes), *Comentarios al Código Civil español*, t. I, 7.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1956, pp. 781-855.
- MENGER, Anton: *El Derecho civil y los pobres*, versión española de Adolfo Posada, ed. Comares, Granada, 1998 (el original alemán es de 1890).
- OTTO Y CRESPO, Nicolás de: «La obligación de dar alimentos ¿se entiende precisamente intra-domum, o puede en casos dados cumplirse fuera?», *RGLJ*, t. XX, 1862, p. 184.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas, y ALGUER, José: Anotaciones al *Derecho de obligaciones*, de Ludwig ENNECCERUS (t. II del *Tratado de Derecho Civil*, de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF), vol. 2.^o, 2.^a parte. 3.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1966.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas, y CASTÁN TOBEÑAS, José: Anotaciones al *Derecho de familia*, de Theodor KIPP y Martin WOLFF (t. IV del *Tratado de Derecho Civil*, de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF), vol. 2.^o, 2.^a ed., reimpr. Ed. Bosch, Barcelona, 1979.
- PIÑAR LÓPEZ, Blas: «La prestación alimenticia en nuestro Derecho civil», *RGLJ*, t. XXXI, julio-agosto 1955, pp. 7-36.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, t. IV (Familia-Matrimonio-Divorcio-Filiación-Patria potestad-Tutela), 2.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1985.
- PUIG PEÑA, Federico: «Alimentos», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. II, Ed. Seix, Barcelona, 1950, pp. 579-603.
- RAMS ALBESA, Joaquín: «La donación», en *Derecho de obligaciones* (t. II de los *Elementos de Derecho Civil*, de José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA), 3.^a ed., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 89-108.

- RIBOT IGUALADA, Jordi: «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», *ADC*, t. LI-III, julio-septiembre 1998, pp. 1105-1177.
- ROCA I TRÍAS, E.: «Las relaciones familiares básicas: los alimentos», en LÓPEZ, A.; MONTÉS, V. L. y ROCA, E.: *Derecho de familia*, 3.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 39-50.
- ROGEL VIDÉ, Carlos: *Derecho de obligaciones y contratos*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1997.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Derecho Civil*, t. V, vol. 2.^o, Est. Tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1912.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho civil español*, t. IV (Parte especial. Derecho de Familia), 3.^a ed., Ed. Cuesta, Valladolid, 1926.

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia la denominada obligación (legal) de alimentos entre parientes, que vincula a uno o varios deudores (alimentantes, obligados a prestarlos) con uno o varios acreedores o titulares del derecho de alimentos (alimentistas, necesitados), parientes próximos o cónyuges de aquellos, a los que han de proporcionar lo necesario para la satisfacción de sus necesidades vitales.

La reciprocidad de las posiciones de alimentistas y alimentantes hará que las mismas personas estén obligadas a alimentarse entre ellas, en función de en quién concurre la necesidad en cada momento. El Código Civil la contempla únicamente desde la posición deudora, determinando el orden de determinación de los alimentantes, si bien la cuantía de los alimentos debidos no es igual respecto a todos los grupos de alimentistas, pudiendo distinguirse unos alimentos amplios o civiles y otros estrictos o auxiliares. Asimismo, cabe que sea un tercero no obligado quien preste los alimentos, lo que el Código considera como gestión de negocios ajenos.

La cuantía concreta de los alimentos vendrá determinada tanto por la insuficiencia patrimonial del conjunto de alimentistas para atender a su propia subsistencia como por la suficiencia patrimonial del conjunto de alimentantes.

Concluimos este trabajo con una referencia a la regulación de esta materia en los Derechos aragonés y navarro y catalán, así como a las previsiones al efecto de algunas de las leyes autonómicas sobre parejas de hecho.

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. 239, de 15 de septiembre de 2005.**

CONTABILIDAD

2. **Reglamento (CE) núm. 108/2006 de la Comisión, de 11 de enero de 2006, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1725/2003 por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) 1, 4, 6 y 7, a las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) 1, 14, 17, 32, 33 y 39 y a la Interpretación (CINIIF) 6 del Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera. DOUE, L, núm. 24, de 27 de enero de 2006.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

3. **Decisión del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE, L, núm. 299, de 16 de noviembre de 2005.**
4. **Reglamento (CE) núm. 1869/2005 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2005, por el que se sustituyen los anexos del Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el**

que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. *DOUE*, L, núm. 300, de 17 de noviembre de 2005.

5. Decisión del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. *DOUE*, L, núm. 300, de 17 de noviembre de 2005.

INSTITUCIONES

6. Corrección de errores de las Modificaciones del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia (*DO L* 203 de 4.8.2005). *DOUE*, L, núm. 252, de 28 de septiembre de 2005.
7. Decisión del Consejo, de 3 de octubre de 2005, por la que se modifica el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para establecer las condiciones y límites del reexamen por el Tribunal de Justicia de las sentencias dictadas por el Tribunal de Primera Instancia. *DOUE*, L, núm. 266, de 11 de octubre de 2005.
8. Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. *DOUE*, L, núm. 288, de 29 de octubre de 2005.
9. Modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. *DOUE*, L, núm. 298, de 15 de noviembre de 2005.
10. Corrección de errores de la Decisión 2005/696/CE, Euratom del Consejo, de 3 de octubre de 2005, por la que se modifica el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para establecer las condiciones y límites del reexamen por el Tribunal de Justicia de las sentencias dictadas por el Tribunal de Primera Instancia (*DO L* 266 de 11.10.2005). *DOUE*, L, núm. 301, de 18 de noviembre de 2005.
11. Decisión del Presidente del Tribunal de Justicia por la que declara que el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea queda legalmente constituido. *DOUE*, L, núm. 315, de 12 de diciembre de 2005.

PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

12. Reglamento (CE) núm. 1654/2005 de la Comisión, de 10 de octubre de 2005, que modifica el Reglamento (CE) núm. 874/2004 por el que se establecen normas de política de interés general relativas a la aplicación y a las funciones del dominio de primer nivel .eu, así como los principios en materia de registro. *DOUE*, L, núm. 266, de 11 de octubre de 2005.

13. Recomendación de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea. *DOUE*, L, núm. 276, de 21 de octubre de 2005.
14. Corrección de errores de la Recomendación 2005/737/CE de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea (*DO L* 276 de 21 de octubre de 2005). *DOUE*, L, núm. 284, de 27 de octubre de 2005.
15. Reglamento (CE) núm. 2039/2005 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2005, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1238/95, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 2100/94 del Consejo en lo que respecta a las tasas que deben pagarse a la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales. *DOUE*, L, núm. 328, de 15 de diciembre de 2005.

TRANSPORTES

16. Reglamento (CE) núm. 2111/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2005, relativo al establecimiento de una lista comunitaria de las compañías aéreas sujetas a una prohibición de explotación en la Comunidad y a la información que deben recibir los pasajeros aéreos sobre la identidad de la compañía operadora, y por el que se deroga el artículo 9 de la Directiva 2004/36/CE. *DOUE*, L, núm. 344, de 27 de diciembre de 2005.

SEGUROS

17. Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2005, sobre el reaseguro y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2002/83/CE. *DOUE*, L, núm. 323, de 9 de diciembre de 2005.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS, PREGUNTAS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

CONSUMIDORES

18. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema Comercio ético y sistemas de garantía para los consumidores. *DOUE*, C, núm. 28, de 3 de febrero de 2006.
19. Comunicación de la Comisión conforme al apartado 3 del artículo 4 de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Conse-

jo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva. *DOUE*, C, núm. 39, de 16 de febrero de 2006.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

20. **Dictamen del Comité de las Regiones sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios y el Libro Blanco relativo a la revisión del Reglamento (CEE) núm. 4056/86 por el que se determinan las modalidades de aplicación de las normas europeas de competencia en el ámbito del transporte marítimo. *DOUE*, C, núm. 231, de 20 de septiembre.**

DIVERSIDAD CULTURAL

21. **Resolución del Parlamento Europeo sobre «Hacia una Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas». *DOUE*, C, núm. 33 E, de 9 de febrero de 2006.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

22. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio COM (2005) 82 final. *DOUE*, C, núm. 24, de 31 de enero de 2006.**
23. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde - Sucesiones y testamentos [COM (2005) 65 final]. *DOUE*, C, núm. 28, de 3 de febrero.**

GARANTÍAS

24. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a los procedimientos de consulta y de información en materia de seguros de crédito, garantías y créditos financieros. *DOUE*, C, núm. 226 E, de 15 de septiembre de 2005.**

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

25. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre**

ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM (2004) 718 final - 2004/0251 (COD)]. DOUE, C, núm. 286, de 17 de noviembre de 2005

MEDIOS DE PAGO

26. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 15 de diciembre de 2005, acerca de una propuesta de reglamento (CE) relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos (CON/2005/56). DOUE, C, núm. 336, de 31 de diciembre de 2005.**

PROPIEDAD INDUSTRIAL

27. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 98/71/CE sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos [COM (2004) 582 final - 2004/0203 (COD)]. DOUE, C, núm. 286, de 17 de noviembre de 2005.**

RESPONSABILIDAD CIVIL

28. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles [16182/2/2003 - C6-0112/2004 - 2002/0124(COD)]. DOUE, C, núm. 247 E, de 6 de octubre de 2005.**
29. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en segunda lectura el 12 de enero de 2005 con vistas a la adopción de la Directiva 2005/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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, C, núm. 247 E, de 6 de octubre de 2005.**

TRANSPORTES

30. **Resolución del Parlamento Europeo sobre el transporte marítimo de corta distancia [2004/2161(INI)]. DOUE, C, núm. 33E, de 9 de febrero de 2006.**

II. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

DERECHO DE LA COMPETENCIA

31. Asunto T-325/01: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 2005 - DaimlerChrysler AG/Comisión. Competencia - Artículo 81 CE - Prácticas colusorias - Contrato de agencia - Distribución de vehículos automóviles - Unidad económica - Medidas destinadas a obstaculizar el comercio paralelo de vehículos automóviles - Fijación de los precios - Reglamento (CE) núm. 1475/95 - Multa. *DOUE*, C, núm. 296, de 26 de noviembre de 2005.
32. Asuntos acumulados T-22/02 y T-23/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 2005 - Sumitomo Chemical y Sumika Fine Chemicals/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias en el sector de los productos vitamínicos - Decisión de la Comisión por la que se declaran finalizadas determinadas infracciones y no se imponen multas - Reglamento (CEE) núm. 2988/74 - Prescripción de la facultad de la Comisión para imponer multas o sanciones - Principio de seguridad jurídica - Presunción de inocencia - Interés legítimo en declarar la existencia de infracciones. *DOUE*, C, núm. 296, de 26 de noviembre de 2005.
33. Asunto T-318/00: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de octubre de 2005 - Freistaat Thüringen/Comisión. Ayudas estatales - Aplicación abusiva de las ayudas - Riesgo de elusión de la orden de recuperación - Restitución de las ayudas por parte de sociedades que adquirieron activos de explotación del beneficiario inicial. *DOUE*, C, núm. 330, de 24 de diciembre de 2005.
34. Asunto T-324/00: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de octubre de 2005 - CDA Datenträger Albrechts/Comisión. Ayudas estatales - Aplicación abusiva de las ayudas - Riesgo de elusión de la orden de recuperación - Restitución de las ayudas por parte de sociedades que adquirieron activos de explotación del beneficiario inicial. *DOUE*, C, núm. 330, de 24 de diciembre de 2005.
35. Asunto T-38/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2005 - Groupe Danone/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Multas - Directrices para el cálculo de las multas - Comunicación sobre la cooperación. *DOUE*, C, núm. 330, de 24 de diciembre de 2005.
36. Asunto T-258/99: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 20 de septiembre de 2005 - Makro Cash & Carry Nederland/Comisión. Ayudas de Estado - Comunicación de la Comisión sobre las ayudas *de minimis* - Estaciones de servicio - Riesgo de acumulación de las ayudas - Ayudas amparadas por la Comunicación - Interés en

- ejercitar la acción. *DOUE*, C, núm. 330, de 24 de diciembre de 2005.
37. Asunto T-321/04: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 19 de septiembre de 2005 - Air Bourbon/Comisión. Ayudas de Estado - Decisión de no presentar objeciones - Recurso de anulación - Plazo para recurrir - Publicación de una comunicación sucinta - Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 330, de 24 de diciembre de 2005.
38. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 15 de septiembre de 2005, en el asunto C-112/04 P, Marlins SA contra Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación - Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, actualmente artículo 81 CE, apartado 1- Competencia - Prácticas colusorias - Acuerdos entre empresas - Prueba de la participación de una empresa en reuniones de empresas que tienen un objeto contrario a la competencia. *DOUE*, C, núm. 10, de 14 de enero de 2006.
39. Asunto T-28/02: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 17 de octubre de 2005 - First Data y otros/Comisión. Competencia - Artículo 81 CE - Sistema de tarjetas de pago Visa - Regla de no habrá adhesión sin emisión - Certificación negativa - Regla suprimida durante el procedimiento - Interés en el ejercicio de la acción - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 10, de 14 de enero de 2006.
40. Asunto T-33/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de noviembre de 2005 - Britannia Alloys & Chemicals/Comisión. Competencia - Artículo 81 CE - Práctica colusoria - Mercado del fosfato de zinc - Multa - Artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 - Volumen de negocios pertinente - Recurso de anulación. *DOUE*, C, núm. 36, de 11 de febrero de 2006.
41. Asunto T-48/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de diciembre de 2005 - Brouwerij Haacht/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Multas - Directrices para el cálculo de las multas - Capacidad efectiva del autor de la infracción para causar un perjuicio importante a los demás operadores - Circunstancias atenuantes - Comunicación sobre la cooperación. *DOUE*, C, núm. 36, de 11 de febrero de 2006.
42. Asunto T-62/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de noviembre de 2005 - Union Pigments/Comisión. Competencia - Artículo 81 CE - Práctica colusoria - Mercado del fosfato de zinc - Multa - Artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 - Gravedad y duración de la infracción - Principios de proporcionalidad y de igualdad de trato - Recurso de anulación. *DOUE*, C, núm. 36, de 11 de febrero de 2006.
43. Asunto T-64/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de noviembre de 2005 - Heubach/Comisión. Competencia - Artículo 81 CE - Práctica colusoria - Mercado del fosfato de zinc - Multa -

- Directrices para el cálculo del importe de las multas - Recurso de anulación - Excepción de ilegalidad - Artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 - Gravedad de la infracción - Principios de proporcionalidad y de igualdad de trato - Motivación. DOUE, C, núm. 36, de 11 de febrero de 2006.**
44. **Asunto T-343/03: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 16 de noviembre de 2005 - Deutsche Post y Securicor Omega Express/Comisión. Ayuda de Estado - Artículo 88 CE, apartado 3 - Recurso de anulación - Admisibilidad - Denuncia - Desestimación - Inexistencia de objeto. DOUE, C, núm. 36, de 11 de febrero de 2006.**
45. **Asunto T-426/04: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 21 de noviembre de 2005 - Tramarin/Comisión. Recurso de anulación - Admisibilidad - Ayudas otorgadas por los Estados - Requerimiento de la Comisión para que se modifique un proyecto de ayuda notificado - Acto recurrible - Acto que produce efectos jurídicos - Plazos para recurrir - Comienzo del plazo - Publicación sumaria en el Diario Oficial - Sitio Internet. DOUE, C, núm. 36, de 11 de febrero de 2006.**
46. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 10 de enero de 2006, en el asunto C-222/04 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione): Ministero dell'Economia e delle Finanze contra Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, Cassa di Risparmio di San Miniato SpA. Ayudas de Estado - Artículos 87 CE y 88 CE - Bancos - Fundaciones bancarias - Concepto de empresa - Exención de imposición directa sobre los dividendos percibidos por las fundaciones bancarias - Calificación de ayuda de Estado - Compatibilidad con el mercado común - Decisión 2003/146/CE de la Comisión - Apreciación de validez - Inadmisibilidad - Artículos 12 CE, 43 CE y 56 CE - Principio de no discriminación - Libertad de establecimiento - Libre circulación de capitales. DOUE, C, núm. 48, de 25 de febrero de 2006.**
47. **Asunto T-209/01: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005 - Honeywell/Comisión. Recurso de anulación - Competencia - Decisión de la Comisión por la que se declara una concentración incompatible con el mercado común - Reglamento CEE núm. 4064/89 - Ineficacia de la crítica parcial de la Decisión - Mercados aeronáuticos - Recurso que no puede dar como resultado la anulación de la Decisión. DOUE, C, núm. 48, de 25 de febrero de 2006.**
48. **Asunto T-210/01: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005 - General Electric/Comisión. Recurso de anulación - Competencia - Decisión de la Comisión por la que se declara una concentración incompatible con el mercado común - Reglamento CEE núm. 4064/89 - Mercados aeronáuticos - Adquisición de Honeywell por parte de General Electric - Integración**

vertical - Venta por paquetes - Efectos de exclusión - Solapamientos horizontales - Derecho de defensa. *DOUE*, C, núm. 48, de 25 de febrero de 2006.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

50. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 13 de octubre de 2005, en el asunto C-522/03 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München): Scania Finance France SA contra Rockinger Spezialfabrik für Anhängerkupplungen GmbH & Co. Convenio de Bruselas - Reconocimiento y ejecución - Motivos para oponerse a los mismos - Concepto de entrega o notificación de forma regular.** *DOUE*, C, núm. 296, de 26 de noviembre de 2006.
51. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 13 de octubre de 2005, en el asunto C-73/04 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Hamm): Brigitte y Marcus Klein contra Rhodos Management Ltd. Convenio de Bruselas - Competencia en materia de arrendamiento de bienes inmuebles - Derecho de uso de un bien inmueble en régimen de tiempo compartido.** *DOUE*, C, núm. 315, de 10 de diciembre de 2005.
52. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de noviembre de 2005, en el asunto C-443/03 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden): Götz Leffler contra Berlin Chemie AG. Cooperación judicial en materia civil - Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales - Falta de traducción del documento - Consecuencias.** *DOUE*, C, núm. 10, de 14 de enero de 2006.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

53. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 7 de julio de 2005, en el asunto C-353/03 (petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal): Société des produits Nestlé SA contra Mars UK Ltd. Marcas - Directiva 89/104/CEE - Falta de carácter distintivo - Carácter distintivo adquirido por el uso - Uso como parte de una marca registrada o en combinación con ésta.** *DOUE*, C, núm. 229, de 17 de septiembre de 2005.
54. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de julio de 2005, en el asunto T-241/01, Scandinavian Airlines System AB contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia - Prácticas colusorias - Transporte aéreo - Reglamento CEE núm. 3975/87 - Acuerdos notificados - Práctica colusoria que sobrepasa el marco de la notificación - Reparto de mercados - Multa - Directrices para el cálculo de las multas - Gravedad de la infracción - Comunicación sobre la no imposición de multas o la reducción de su cuantía - Cir-**

- cunstancias atenuantes - Competencia jurisdiccional plena. *DOUE*, C, núm. 229, de 17 de septiembre de 2005.
55. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 27 de julio de 2005, en los asuntos acumulados T-49/02 a T-51/02: Brasserie nationale SA (ant. Brasseries Funck-Bricher y Bofferding) y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas. Prácticas colusorias - Mercado luxemburgués de la cerveza - Multas. *DOUE*, C, núm. 229, de 17 de septiembre de 2005.**
56. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de julio de 2005, en el asunto T-242/02, The Sunrider Corp. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). Marca comunitaria - Marca denominativa TOP - Denegación de registro - Artículo 115, apartado 4, del Reglamento (CE) no 40/94 - Concepto de «comunicaciones por escrito» - Violación del principio de plazo razonable - Vulneración del derecho de defensa - Motivos de denegación absolutos - Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 229, de 17 de septiembre de 2005.**
57. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de julio de 2005, en el asunto T-40/03: Julián Murúa Entrena contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria figurativa que contiene el elemento denominativo «Julián Murúa Entrena» - Denegación de registro - Oposición del titular de la marca denominativa española e internacional MURÚA - Motivo de denegación relativo - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Apellido. *DOUE*, C, núm. 229, de 17 de septiembre de 2005.**
58. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de julio de 2005, en el asunto T-126/03: Reckitt Benckiser (España), S. L. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Riesgo de confusión - Prueba del uso de la marca anterior - Solicitud de marca comunitaria denominativa ALADIN - Marca nacional denominativa anterior ALADDIN - Artículos 8, apartado 1, letra b), y 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 229, de 17 de septiembre de 2005.**
59. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de julio de 2005, en el asunto T-312/03, Wassen International Ltd contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marca nacional anterior figurativa que incluye el elemento denominativo «Selenium Spezial A-C-E» - Solicitud de marca comunitaria denominativa SELENIUM-ACE - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 229, de 17 de septiembre de 2005.**

60. **Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 9 de junio de 2005, en el asunto T-188/02, Freiberger Lebensmittel GmbH & Co. Produktions- und Vertriebs KG contra Oficina de Armonización en el Mercado Interior (marcas, diseños y modelos, OAMI). Marca comunitaria - Oposición - Retirada de la oposición - Sobreseimiento.** *DOUE*, C, núm. 229, de 17 de septiembre de 2005.
61. **Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 29 de junio de 2005, en el asunto T-274/03, Focus Magazin Verlag GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). Marca comunitaria - Oposición - Retirada de la solicitud de registro - Sobreseimiento.** *DOUE*, C, núm. 229, de 17 de septiembre de 2005.
62. **Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 12 de julio de 2005, en el asunto T-163/04, Michael Schäfer contra Oficina de Armonización en el Mercado Interior (marcas, diseños y modelos, OAMI). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Petición de restitutio in integrum - Recurso ante la Sala de Recurso - Gastos del procedimiento - Reparto.** *DOUE*, C, núm. 229, de 17 de septiembre de 2005.
63. **Asunto C-197/05 P: Recurso de casación interpuesto el 4 de mayo de 2005 por Energy Technologies ET, S. A., contra el auto dictado el 28 de febrero de 2005 por la Sala Cuarta del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el asunto T-445/04, Energy Technologies ET, S. A., contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI), y en el que la otra parte en el procedimiento seguido ante la Sala de Recurso de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) es Aparellaje Eléctrico, S. L., *DOUE*, C, núm. 243, de 1 de octubre de 2005.**
65. **Asunto T-140/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de septiembre de 2005 Sportwetten/OAMI. Marca comunitaria - Solicitud de nulidad - Marca comunitaria figurativa que incluye el elemento denominativo INTERTOPS - Marca contraria al orden público o a las buenas costumbres - Artículo 7, apartado 1, letra f), y apartado 2, y artículo 51 del Reglamento (CE) núm. 40/94.** *DOUE*, C, núm. 257, de 15 de octubre de 2005.
66. **Asuntos acumulados T-178/03 y T-179/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de septiembre de 2005 CeWe Color/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, dibujos y modelos, OAMI). Marca comunitaria - Signos denominativos DigiFilm y DigiFilmMaker - Motivos de denegación absolutos - Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94.** *DOUE*, C, núm. 257, de 15 de octubre de 2005.
67. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 15 de septiembre de 2005, en el asunto C-37/03 P: BioID AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos,**

- OAMI). Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Marca denominativa y gráfica - BioID - Motivo de denegación absoluto de registro - Marca carente de carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 271, de 29 de octubre de 2005.
68. Asunto T-130/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de septiembre de 2005 - Alcon Inc./OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marca denominativa nacional anterior TRIVASTAN - Solicitud de marca denominativa comunitaria TRAVATAN - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 281, de 12 de noviembre de 2005.
69. Asunto T-320/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 2005 - Citicorp/OAMI. Marca comunitaria - Marca denominativa LIVE RICHLY - Motivos de denegación absolutos - Carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Derecho a ser oído - Artículo 73 del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 281, de 12 de noviembre de 2005.
70. Asunto T-123/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2005 - Cargo Partner AG/OAMI. Marca comunitaria - Signo denominativo CARGO PARTNER - Motivo de denegación absoluto - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) no 40/94 - Falta de carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 281, de 12 de noviembre de 2005.
71. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 6 de octubre de 2005, en el asunto C-120/04 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf): Medion AG contra Thomson multimedia Sales Germany & Austria GMBH. Marcas - Directiva 89/104/CEE - Artículo 5, apartado 1, letra b) - Riesgo de confusión - Uso de la marca por un tercero - Signo compuesto que contiene la denominación del tercero seguida de la marca. *DOUE*, C, núm. 296, de 26 de noviembre de 2005.
72. Asunto T-423/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de octubre de 2005 - Bunker & BKR/OAMI. Marca comunitaria - Oposición - Solicitud de una marca comunitaria figurativa que contiene el elemento denominativo «B.K.R.» - Marca nacional denominativa anterior BK RODS - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 296, de 26 de noviembre de 2005.
73. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 18 de octubre de 2005, en el asunto C-405/03 (petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof te 's-Gravenhage): Class International BV contra Colgate-Palmolive Company, Unilever NV, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc. Marcas - Directiva 89/104/CEE - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Derechos conferidos por la marca -

Uso de la marca en el tráfico económico - Importación de productos originales en la Comunidad - Productos incluidos en el régimen aduanero de tránsito externo o en el de depósito aduanero - Oposición del titular de la marca - Ofrecimiento en venta o venta de productos incluidos en el régimen aduanero de tránsito externo o en el de depósito aduanero - Oposición del titular de la marca - Carga de la prueba. *DOUE*, C, núm. 315, de 10 de diciembre de 2005.

74. **Asunto T-336/03:** Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 2005 - *Les Éditions Albert René/OAMI*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marca denominativa anterior comunitaria y nacional **OBELIX** - Solicitud de marca denominativa comunitaria **MOBILIX** - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), y apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 330, de 24 de diciembre de 2005.
75. **Asunto T-379/03:** Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2005 - *Peek & Cloppenburg KG/OAMI*. Marca comunitaria - Marca denominativa **Cloppenburg** - Motivo de denegación absoluto de registro - Carácter descriptivo - Procedencia geográfica - Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 330, de 24 de diciembre de 2005.
76. **Asunto T-305/04:** Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 2005 - *Eden/OAMI*. Marca comunitaria - Marca olfativa «*Odeur de fraise mûre*» (olor a fresa madura) - Motivo de denegación absoluto - Signo que no puede ser objeto de representación gráfica - Artículo 7, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 330, de 24 de diciembre de 2005.
77. **Asunto T-154/03:** Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de noviembre de 2005 - *Biofarma/OAMI*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marcas denominativas nacionales anteriores **ARTEX** - Solicitud de marca denominativa comunitaria **ALREX** - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 10, de 14 de enero de 2006.
78. **Asunto T-275/03:** Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de noviembre de 2005 - *Focus Magazin Verlag/OAMI*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa **Hi FOCuS** - Marca nacional denominativa anterior **FOCUS** - Alcance del examen efectuado por la Sala de Recurso - Apreciación de pruebas aportadas ante la Sala de Recurso. *DOUE*, C, núm. 10, de 14 de enero de 2006.
79. **Asunto T-89/05:** Auto del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 2005 - *GAEC Salat/Comisión. Recurso por omisión - Denuncia relativa a la denominación de origen protegida «Salers» - Reglamento (CE) núm. 828/2003 - Definición de postura de la*

Comisión - Inadmisibilidad manifiesta. DOUE, C, núm. 10, de 14 de enero de 2006.

80. **Asunto T-3/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de noviembre de 2005 - Simonds Farsons Cisk/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de una marca comunitaria figurativa que contiene el elemento denominativo «KINJI by SPA» - Marca denominativa comunitaria anterior KINNIE - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94. DOUE, C, núm. 22, de 28 de enero de 2006.**
82. **Asunto T-135/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de noviembre de 2005 - GfK/OAMI. Marca comunitaria - Solicitud de marca denominativa comunitaria Online Bus - Marca figurativa anterior que contiene el elemento denominativo «BUS» y una figura de tres triángulos entrelazados - Uso efectivo de la marca anterior - Artículo 15, apartado 2, letra a), y artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 40/94. DOUE, C, núm. 22, de 28 de enero de 2006.**
83. **Asunto T-346/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de noviembre de 2005 - Sadas/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria ARTHUR ET FELICIE - Marca figurativa anterior que contiene el elemento denominativo «Arthur» - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 22, de 28 de enero de 2006.**
84. **Asunto T-396/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de noviembre de 2005 - Soffass/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa que contiene el elemento verbal «NICKY» - Marcas figurativas nacionales anteriores que contienen el elemento verbal «NOKY» - Desestimación de la oposición por inexistencia de riesgo de confusión - Anulación por la Sala de Recurso - Remisión a la División de Oposición para que examine la semejanza entre los productos y la prueba de uso - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 22, de 28 de enero de 2006.**
85. **Asunto T-12/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de noviembre de 2005 - Almdudler-Limonade/OAMI. Marca comunitaria - Marca tridimensional - Forma de una botella de gaseosa - Denegación del registro - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 36, de 11 de febrero de 2006.**

86. Asunto T-29/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de diciembre de 2005 - Castellblanch/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa que incluye el elemento denominativo «CRISTAL CASTELLBLANCH» - Marca denominativa nacional anterior CRISTAL - Uso efectivo de la marca anterior - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b); artículo 15, apartado 2, letra a), y artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 48, de 25 de febrero de 2006.
87. Asunto T-169/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005 - Arysta Lifescience/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de la marca denominativa comunitaria CARPOVIRUSINE - Marca denominativa nacional anterior CARPO - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 48, de 25 de febrero de 2006.
88. Asunto T-384/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de diciembre de 2005 - RB Square Holdings Spain/OAMI. Marca comunitaria - Marca figurativa que contiene el elemento denominativo «clean x» - Oposición del titular de las marcas nacionales anteriores denominativa y figurativa CLEN - Desestimación de la oposición - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 48, de 25 de febrero de 2006.

RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS

89. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 10 de enero de 2006, en el asunto C-402/03 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vestre Landsret): Skov ÅEg contra Bilka Lavprisvarehus A/S y Bilka Lavprisvarehus A/S contra Jette Mikkelsen, Michael Due Nielsen. Directiva 85/374/CEE - Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos - Responsabilidad del proveedor de un producto defectuoso. *DOUE*, C, núm. 48, de 25 de febrero de 2006.

SOCIEDADES

90. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 13 de diciembre de 2005, en el asunto C-411/03 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Koblenz): en el procedimiento incoado por SEVIC Systems AG. Libertad de establecimiento - Artículos 43 CE y 48 CE - Fusiones transfronterizas - Denegación de inscripción en el Registro Mercantil nacional - Compatibilidad. *DOUE*, C, núm. 36, de 11 de febrero de 2006.

VIAJES COMBINADOS

91. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 13 de octubre de 2005, en el asunto C-200/04 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesfinanzhof): Finanzamt Heidelberg contra ISt internationale Sprach- und Studienreisen GMBH.** Sexta Directiva IVA - Régimen especial de las agencias de viajes y organizadores de circuitos turísticos - Artículo 26, apartado 1 - Ambito de aplicación - Precio global que incluye el viaje al Estado de destino y/o la estancia en éste así como las clases de lenguas - Prestación principal y prestaciones accesorias - Concepto - Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. *DOUE*, C, núm. 296, de 26 de noviembre de 2005

BIBLIOGRAFÍA

Libros

AJANI, G./EBERS, M. (editores): *Uniform Terminology for European Contract Law*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2005, 384 pp.

I. Introducción. Desde el año 2002, el Profesor de la Universidad de Turín Dr. G. Ajani coordina el Proyecto europeo de Investigación «Uniform Terminology for European Private Law», integrado por investigadores de diversas Universidades europeas, de Italia, España, Francia, Alemania, Holanda, Gran Bretaña y Polonia.

El libro que ahora se presenta es el fruto de las investigaciones llevadas a cabo por jóvenes profesores en el marco del citado proyecto, durante estancias en las Universidades que forman parte de esta interesante iniciativa.

El título de la obra refleja lo que, en síntesis, el lector va a encontrar en él: se trata de destacar la necesidad de una terminología uniforme en el ámbito del Derecho contractual europeo para lograr una armonización en este ámbito. Sin embargo, debe advertirse que el libro es más de lo que, a primera vista, parece expresar el título. Ciertamente el punto de partida es el indicado, pero para demostrar la importancia del tema elegido por este grupo de investigadores, se facilitan informaciones que van más allá de la “terminología uniforme” y que abarcan cuestiones de gran interés, naturalmente dentro del marco del Derecho contractual europeo, tal y como se expondrá en las líneas que siguen.

II. Estructura. El inglés, el alemán y el francés son los idiomas utilizados por los diversos autores del libro reseñado. La mayoría de los capítulos cuenta con un «summary» y un «Zusammenfassung» en el que, en pocas y claras palabras, el autor expone el objetivo de su estudio, así como las principales conclusiones a las que llega.

La obra se estructura en cinco partes, más un capítulo preliminar que dota de unidad y coherencia al libro, sirviendo de punto de conexión entre las diversas aportaciones, y cuya lectura resulta de gran utilidad, con independencia del capítulo concreto al que el lector decida dedicar mayor atención.

El citado capítulo, elaborado por el ya mencionado coordinador del Proyecto, el Profesor Dr. G. Ajani, y por el Dr. M. Ebers, está redactado a modo de presentación del libro al lector. En efecto, además de explicar el objetivo y el contenido de la obra, se tratan varias cuestiones que facilitan la inmersión posterior en la lectura del libro. En primer lugar, se expone la tesis que se defiende a lo largo de la obra: la interdependencia entre lenguaje y Derecho. Entre otras afirmaciones, cabe destacar, en este sentido, las siguientes: «Legal terms and ideas cannot be illustrated without language [...] Language thus greatly influences the construction of Law» (p. 12). En segundo lugar, se pone de manifiesto la falta de una terminología uniforme en la actual construcción de un Derecho contractual europeo, un problema al que ha contri-

buido la creación de unos conceptos propios en el ámbito europeo, unida a su interpretación autónoma por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) (pp. 12 y 13) y a la (paradójica) diversificación de conceptos en los Estados miembro, fruto de la incorporación de las Directivas.

Prueba de la acuciante importancia de la búsqueda de una terminología uniforme es que las instituciones europeas ya han decidido intervenir: el objetivo fundamental es crear un *Common Frame Reference* (CFR) cuya principal función consiste en servir de instrumento de apoyo para: *a*) la Comisión cuando tenga que preparar propuestas; *b*) el TJCE cuando deba interpretar el *acquis communautaire*; y *c*) los legisladores nacionales a la hora de incorporar las Directivas.

III. Contenido. Entrando ya en el cuerpo de la obra, la primera parte, denominada «Methodological Issues» («cuestiones metodológicas») desarrolla lo que el capítulo preliminar nos había adelantado: la importancia del lenguaje en el Derecho. Los artículos de P. Rossi («The language of the Law between the European Union and the Member States»), B. Pasa («EC Consumer Protection Policies and National Reactions. Old Term for New Concepts?») y T. Katsas («Europäisches Privatrecht und juristische Methodik. Zum Konzept des komparativen Denkens unter Berücksichtigung der griechischen Rechtslehre und Praxis») exponen las contradicciones internas del Derecho privado europeo, los problemas derivados de la incorporación de las Directivas a los Derechos internos, así como la actitud del TJCE ante dicha situación. Son problemas por todos conocidos pero que en estos capítulos se afrontan desde una perspectiva distinta: la del lenguaje utilizado y, en concreto, la de la ausencia de unos conceptos claros y uniformes.

Así, P. Rossi (pp. 23 a 48) observa que en la Unión Europea no se llega a armonizar verdaderamente, entre otras razones, por la falta de coordinación entre las Directivas, la ausencia de una terminología única para referirse a un mismo concepto (el «derecho de desistimiento» recibe distintos nombres en las diversas Directivas que lo contemplan: «cancellation», «withdrawal» o «renunciation»), y la falta de familiaridad en algunos ordenamientos respecto de algunos términos utilizados en las Directivas (véase, la buena fe para el Derecho inglés). Para el autor, la actitud del TJCE no es de gran ayuda, pues adopta una perspectiva, en su opinión, en exceso funcionalista.

Quizá el artículo de B. Pasa sea el menos generalista de los tres que forman esta primera parte, ya que su discurso se construye en torno a un tema concreto: el Derecho de consumo. La autora sostiene que se utilizan los términos tradicionales aun cuando su significado en este ámbito concreto del Derecho sea, en alguna medida, distinto. A título de ejemplo, el tradicional *pacta sunt servanda* que acompaña al término «contrato» debe ser, en opinión de la autora, replanteado en el ámbito de consumidores, teniendo en cuenta algunos aspectos de su régimen jurídico, como el derecho de desistimiento del consumidor (p. 70).

Si en la primera parte lo que se ofrece es una perspectiva general del problema, en la segunda se analizan conceptos concretos, básicos para lograr la finalidad de protección y de efectiva aplicación de las Directivas: consumidor, agentes comerciales y derechos y deberes precontractuales.

Muy ilustrativa es la contribución de B. Zubriczky («Important factors in the new definition of the average consumer benchmark», pp. 105 a 114) en el que expone lo que para el TJCE representa un consumidor medio, a efectos de la publicidad engañosa, a través de diversos casos en los que se ha planteado, directa o indirectamente, la cuestión. De una hipótesis concreta parte M.

Ebers al preguntarse quién es consumidor («Wer ist Verbraucher? Neuere Entwicklungen in der rechtsprechung», pp. 114 a 126): se trata del caso en el que un consumidor hace creer al vendedor que obra como empresario, comprando, en realidad, para fines privados. ¿Puede este comprador invocar la protección de consumidores? El autor analiza esta cuestión al hilo de la jurisprudencia del TJCE, pero también, del BGH. Y es que también es abundante la información sobre Derechos nacionales que puede encontrarse en el libro reseñado: si en el caso del capítulo al que nos acabamos de referir era el Derecho alemán el que servía de contrapunto a la interpretación del TJCE, en el capítulo elaborado por V. Sangiovanni («Handelsvertretervertrag und Handelsvertreterbegriff», pp. 145 a 166) se añade el Derecho italiano. En efecto, el autor citado intenta extraer el concepto de «agente» a partir de la comparación entre lo que se entiende por tal en la Directiva dictada en este ámbito y en su transposición a los ordenamientos alemán e italiano.

Mostrado el problema, se ofrecen posibles soluciones en determinados ámbitos: este es el objetivo buscado por los capítulos que forman la tercera parte.

Así, F. Llodrà Grimalt («The binding preliminary contract in European contract law», pp. 199 a 217), ofrece un concepto de contrato preliminar, que construye a partir del estudio de los procesos de elaboración de algunas Directivas, de la Convención de Viena, de los trabajos llevados a cabo por los grupos que se han formado con la finalidad de lograr una armonización del Derecho Privado europeo y de los PECL.

E. Ujvári («Uniform terminology and modalities for rights of withdrawal», pp. 263 a 293) expone una propuesta sobre el modo en que debería incorporarse el derecho de desistimiento en el ordenamiento húngaro: incluyéndolo en el capítulo referido a la extinción de los contratos e integrando así todas las modalidades previstas sobre este derecho en unas reglas unitarias.

Quizá el capítulo de V. Jacometti («The “terminological” vicissitudes of the Consumer *ius poenitendi* in Community Directives and the French legal system», pp. 241 a 261) debería haberse situado en la segunda parte de la obra, pues es una muestra más del problema: la inconsistencia terminológica presente en las Directivas y en las transposiciones de las mismas.

En la cuarta parte de la obra se tratan el contrato a favor de tercero y el *pactum de non cedendo*. Al igual que en la tercera parte, en esta se aportan soluciones de armonización. En relación con el contrato *a favor* de tercero, C. Abatangelo («Anmerkungen zum Vertrag zugunsten Dritter im Rahmen des Europäischen Vertragsrechts», pp. 295 a 308) considera que debería prestarse especial atención en distinguir adecuadamente dicho contrato de aquel que se celebra *en beneficio* de tercero.

C. Hattenhauer, por su parte, nos muestra el problema de los efectos de la vulneración del *pactum de non cedendo* («Current issues on the pactum de non cedendo», pp. 309 a 324). La metodología utilizada en este capítulo destaca frente a la manejada en los demás ya que contiene un breve, pero claro, esbozo histórico que no encontramos en ningún otro. El punto de partida está constituido por la opción elegida por el legislador alemán ante la cuestión estudiada: en una primera aproximación, parece otorgar una ausencia absoluta de efectos a la vulneración del pacto. Tras ofrecer algunas pinceladas de la regulación sobre la materia en el Derecho comparado, en los PECL y en los Principios UNIDROIT, que siguen un criterio distinto al Derecho alemán, propone una interpretación de este ordenamiento, basada en el estudio histórico de la opción del legislador alemán durante el proceso de codificación, y

con la que secunda la tesis, ya defendida por algunos autores, de construir un régimen jurídico más flexible, que constituya un mejor balance de intereses de los tres sujetos implicados en el supuesto de hecho objeto de su estudio: cedente, cesionario y deudor cedido.

Finalmente, en la quinta parte de la obra encontramos estudios dedicados a las Directivas 1999/44, sobre garantía en la venta de bienes de consumo, y 1990/314, sobre viajes combinados.

En relación con la primera, se ofrecen dos estudios sobre transposiciones concretas. De Francia se ocupa M. Cannarsa («Une nouvelle action en responsabilité pour défaut de conformité du bien au contrat [...]», pp. 327 a 258) destacando las modificaciones más significativas que ha supuesto la transposición, así como el hecho de haber aprovechado la oportunidad brindada por la Directiva para eliminar las diferencias entre garantía y conformidad e introducir una jerarquía entre los remedios. En Holanda, debido a la reciente promulgación del Código civil, la Directiva no ha introducido grandes novedades: las pocas que introduce son las que analiza A. Janssen («The Dutch Law after incorporation of the Consumer Sales Directive. Much Ado about nothing?», pp. 343 a 358).

En relación con la Directiva sobre viajes combinados, E. Poillot («La vente de services en droit communautaire», pp. 359 a 382) se centra en el significado del término introducido por la misma «venta de servicios» y, en concreto, en los mecanismos legales que encierra dicho concepto, tales como la obligación del proveedor de cumplir conforme a las expectativas creadas en el consumidor.

En suma, no quisiera dejar de subrayar que el carácter novedoso de la presente obra reside en advertir sobre una ulterior causa, de carácter lingüístico, que, junto a las estrictamente sustantivas, dificulta la armonización del Derecho contractual europeo. La adopción de este punto de vista es lo que diferencia a este libro de los muchos que, en estos últimos años, se han ido publicando sobre el tema de la armonización del Derecho Privado europeo.

Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI
Profesora Contratada
del Programa Juan de la Cierva

GARCÍA-CRUces GONZÁLEZ, José Antonio: *La calificación del concurso*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004, 237 pp.

1. El Doctor José Antonio García-Cruces, catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Zaragoza, examina sistemática y exhaustivamente en la monografía de la que ahora doy cuenta la calificación del concurso, en particular su disciplina en los artículos 163 a 175 y concordantes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC). Sus reflexiones sobre esta materia las inició, antes de la entrada en vigor de la Ley concursal, con su trabajo sobre «la represión de la conducta del deudor» en el volumen que dirigió Ángel Rojo sobre *La reforma de la legislación concursal. Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal. Madrid, 6 a lo de mayo de 2002*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 248-321, trabajo en el que desbrozaba las razones de política jurídica que justificaban una sanción jurídico-privada a la conducta del

concursado (y no sólo de él) al que le era imputable la insolvencia o su empeoramiento.

Tal vez esta decisión de política jurídica no se haya tomado con las debidas cautelas, porque tal vez hubiera sido preferible reservar al ámbito jurídico penal la privación de ciertos derechos o facultades que merman significativamente el ámbito de autonomía patrimonial (y personal) de los sujetos que padecen la calificación concursal; y quizás hubiera sido pertinente reservar las reglas concursales a la protección de los intereses de los acreedores y no extender su función a la moralización de las relaciones económicas.

En otros ordenamientos no existen reglas que, en sede concursal, priven al concursado (o a otros sujetos) de ciertas posibilidades de actuación en el tráfico, sin que pueda deducirse de tal falta un trato benévolos hacia estos sujetos o una desatención a la adecuada limpieza y regularidad de las relaciones económicas. Probablemente haya un cierto arrastre histórico en la decisión de qué normas emplear para reprimir las conductas que ocasionan o agravan la insolvencia, o con más precisión, en la decisión de seguir empleando normas jurídico privadas.

También es posible que en esta decisión haya influido el que apenas haya entre nosotros mecanismos que prevengan eficazmente la situación de insolvencia. La íntima relación entre represión y prevención, advertida por el autor, está en la raíz de que el propio Dr. García-Cruces se halle inmerso en un proyecto de investigación sobre «Prevención de la insolvencia y Derecho mercantil» financiado por la Diputación General de Aragón.

Sin poner en cuestión las razones de política jurídica que han decidido al legislador a ordenar la represión privada del deudor concursado (y de los que cooperaron con él) el estudio del Dr. García-Cruces agota los distintos aspectos de su régimen jurídico y puede afirmarse que es la referencia principal sobre esta materia entre nosotros.

2. Las otras publicaciones de este autor sobre la calificación del concurso son partes, más o menos extensas, de esta monografía. Así sus comentarios a los artículos 163 a 175 de la Ley concursal, en los *Comentarios de la Ley Concursal*, tomo II, dirigidos por Ángel Rojo/Emilio Beltrán (dirs.), Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, pp. 2513 ss.; o su trabajo sobre «La calificación del concurso» en el número monográfico de la *Revista del Poder Judicial*, XVIII (2004) sobre *La nueva ley concursal*, pp. 483 ss., número también dirigido por Ángel Rojo.

Además pueden citarse sus trabajos sobre: «Concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)», *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo 3, Unicaja/Cajasur/Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, pp. 4913 ss.; «Declaración de concurso y administradores de la persona jurídica concursada», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo 1, José M. González Porras/Fernando P. Méndez González (coords.), Centro de Estudios Registrales/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 1969 ss.; «Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso (sobre la inserción de la llamada responsabilidad concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores)», *Aranzadi Civil* 18 (2004), pp. 15 ss.; y, por último, el trabajo sobre «La responsabilidad concursal», dentro del volumen *La responsabilidad de los administradores sociales*, dirigido por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 261 ss.

La publicación separada de estas cuestiones está plenamente justificada porque son los principales problemas que suscita la calificación. En particular, me parece que puede afirmarse tal cosa de sus estudios sobre la coordinación de las consecuencias de la calificación cuando se refieren a los administradores y liquidadores de personas jurídicas (en particular de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada) con las normas sobre responsabilidad de los administradores sociales. También me parece de utilidad evidente su estudio sobre la responsabilidad concursal. Ambas cuestiones son las de mayor repercusión práctica puesto que el concurso de personas naturales será (es) excepcional.

3. Las decisiones del legislador en lo que concierne a la calificación del concurso son relativamente discretionales en varios aspectos, y todos ellos son objeto de un examen detallado a lo largo de toda la obra.

En primer término, esta discrecionalidad valorativa se sustancia en la elección de su supuesto de hecho, esto es, al delimitar qué conductas reprimir. En segundo lugar, en la identificación de los sujetos destinatarios de las reglas, reglas que también persiguen fines de prevención general. En tercer lugar, en la delimitación de sus efectos, es decir, al elegir las consecuencias (sanciones) que se anudan a la consumación de las conductas reprobadas; e incluso, por último, en la coordinación de este mecanismo de represión y prevención con otros mecanismos de sanción.

Entre tales cuestiones algunas son decisivas en la configuración del régimen de la calificación: así la relativa a la delimitación de los destinatarios de las sanciones, o los sujetos de la calificación que con tanto rigor el Dr. García-Cruces desarrolla más adelante, en particular los administradores y liquidadores de hecho y de derecho de las personas jurídicas. Como el propio autor señala «el interés del texto legal se centra –en mi opinión– no sólo en el proceder del deudor común sino, principalmente, en la valoración de la conducta y actuación de aquellos sujetos que, actuando de una u otra manera por el deudor o influyendo en su voluntad de autodeterminación, han incidido de manera más que relevante en la causación o en el agravamiento del estado de insolvencia al que se quiere poner remedio en el procedimiento» (p. 18). Por tal razón concluye que a su modo de ver la nueva regulación de la sección de calificación puede ser considerada como «un instrumento creado para depurar no sólo las posibles responsabilidades de orden civil de quienes merezcan la calificación de concursado o de cómplices de éste sino, también y sobre todo, de quienes han actuado por el deudor común o han determinado su proceder, tanto si su actuación es de derecho como de hecho, contribuyendo a causar o agravar el estado de insolvencia origen de todo juicio universal» (p. 19).

4. La estructura de la obra responde a las siguientes cuatro preguntas. En primer lugar, por qué establecer un régimen de represión privada de las conductas a las que cabe imputar, con criterios más o menos rigurosos, la insolvencia o su agravamiento; asunto que desarrolla en la Introducción.

En segundo lugar, determinar qué hechos merecen represión y cuáles son los restrictivos presupuestados en que procede la apertura de la sección de calificación; asuntos a los que dedica el capítulo 1. No parece sencillo ser coherente en la sanción de conductas reprochables y a la vez incentivar la celebración de convenios que no supongan un sacrificio excesivo de los intereses de los acreedores. Tampoco es sencillo articular las relaciones entre la respuesta jurídico civil y la estrictamente penal (a través de los arts. 257 a 261 del Código Penal, preceptos que regulan las insolencias punibles, en particular con el art. 260 en los casos de actuación dolosa, o los delitos

societarios, arts. 290 a 297, en la redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre) aunque ahora puede afirmarse que el interés prevalente que se protege en la calificación (el de los acreedores del concursado) no es propiamente público pese a que la intervención del Ministerio Fiscal parezca desmentir tal aseveración.

Por otra parte, como advierte el propio autor, se persiguen las conductas más graves y no la simple imputación de la insolvencia o su agravamiento a ciertos sujetos (que por otra parte, será la regla general): «la finalidad de la calificación no radica en reprimir la conducta del deudor en sí sino, mejor, en la medida en que presenta –o puede presentar– una cierta gravedad, la cual viene determinada en función del grado de afección del interés de sus acreedores» (p. 23).

En tercer lugar, responde a la pregunta de cómo constatar estos hechos: el concurso de acreedores se desenvuelve a través de un procedimiento judicial (recuérdese la DF 5.^a LC) y necesariamente en él deberá insertarse la calificación, no en vano se construye como una sección del concurso (capítulo II). En este punto los aspectos procesales predominan pero, como ocurre con las normas de esta clase, influyen decisivamente en la propia eficacia de las normas sustantivas. Algunas de las opciones interpretativas del autor en las normas sobre el desenvolvimiento de la sección de calificación entrañan consecuencias significativas sobre su entendimiento. Así las que se refieren a la personación de los interesados (quiénes son titulares de un interés legítimo, art. 168 LC) o su valoración crítica sobre la participación del Ministerio Fiscal en la propuesta de calificación (art. 184.1 LC) (pp. 89-90).

De igual modo es digno de reseñar cómo trae a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y sus distintos aspectos para integrar las lagunas que sobre los aspectos procesales puedan observarse o para inclinarse entre distintas posibilidades interpretativas.

En cuarto lugar, cuál es la sanción (o los efectos) que en sede privada cabe anudar y, sobre todo, cómo se concilian tales efectos con los previstos por otras normas, principalmente societarias (capítulo III).

Sin duda es éste el capítulo principal, puesto que en él se abordan sucesivamente los aspectos sustanciales de la calificación: por una parte, la disciplina de los efectos es la que expresa con mayor contundencia los fines que persigue la calificación; por otra parte, los sujetos concernidos, donde son francamente oportunas las reflexiones del autor sobre el administrador de hecho y sobre los cómplices, y por último, los efectos personales, patrimoniales y la denominada responsabilidad concursal. En particular esta última es principalísima en un entorno económico en el que la mayor parte de los sujetos que operan en el tráfico lo hacen a través de formas societarias, sobre todo, sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

Concluye el capítulo refiriendo el artículo 164.3 LC relativo a la publicidad de la sentencia de calificación, parte que el Dr. García-Cruces elabora «antes» de la promulgación del Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en materia de publicidad registral de resoluciones concursales; y también de la Orden JUS/3473/2005, de 8 de noviembre, difusión y publicidad de las resoluciones concursales a través de Internet (la página web del Ministerio de Justicia que da noticia sobre las resoluciones concursales ya puede consultarse, véase en la dirección: www.publicidadconcursal.es).

Conviene recordar que la publicidad de las sanciones administrativas era ya una regla conocida por el Derecho del tráfico económico: así en la Ley 16/1989, de defensa de la competencia (art. 46.5) o en la Ley 26/1988, de disciplina e intervención de las entidades de crédito (art. 27.5) o en la Ley 24/1988, del mercado de valores (arts. 102, *in fine*, y 106). En el capítulo IV traslada las cuatro preguntas ya enunciadas al denominado Derecho «paraconcursal» en el que determinados sujetos (los enumerados en la DA 2.^a LC), por distintas razones, no se someten al Derecho concursal común sino a una disciplina especial de intervención administrativa salvo algunas, pocas, normas comunes.

Este capítulo es una exigencia de coherencia sistemática y un reflejo del afán del autor por agotar la materia en todas sus perspectivas normativas aunque, como el mismo autor manifiesta, es francamente difícil que las medidas administrativas conduzcan a la «disolución» (art. 174 LC) que es el único supuesto en que procede la formación de la sección de calificación respecto a estos sujetos. La preocupación principal en este punto es disponer de mecanismos de coordinación entre las normas concursales y paraconcursales de tal modo que, respetando el sentido y finalidad que tienen las normas particulares, no sean ocasión para evitar aquellas concursales que realizan exigencias elementales y que no impiden los fines paraconcursales (p. 219).

En realidad la pregunta puede formularse desde una perspectiva más amplia: cuáles son las razones que justifican las disciplinas especiales y cuáles sus límites. En muchas ocasiones puede apreciarse una inercia legislativa en consagrarse especialidades no suficientemente justificadas o que, sin más, se amparan en razones de mera oportunidad, sin que el legislador haya hecho el esfuerzo de cargarse de razón para decidir la especialidad, esto es, sin que se haya ponderado la necesidad y proporcionalidad de la norma especial. En cierto modo el propio Dr. García-Cruces se plantea la oportunidad de la disciplina especial cuando al apreciar el reducidísimo ámbito de aplicación de la calificación en esta sede formula las siguientes dos preguntas: ¿el legislador confía a otras reglas la depuración de las conductas que ocasionaron o agravaron la insolvencia?; y, ¿por qué ordenar de este modo (esto es, fuera de las reglas comunes) las medidas de intervención?

5. La primera pregunta que más arriba he señalado es decisiva para el entendimiento del régimen legal. Parece claro que el régimen jurídico de la calificación, en su supuesto de hecho, delimitación de los sujetos concernidos o los efectos que se le anudan, no pueden explicarse sino desde el fin al que se endereza.

En la *Introducción* además el Dr. García-Cruces nos ilustra sobre las razones que justifican que el legislador haya regulado específicamente la calificación del concurso dentro de la Ley concursal y no se haya limitado a remitir la represión de algunas conductas especialmente deshonestas en el tráfico económico al Código Penal, dentro de las insolvencias punibles o también a la represión de la administración desleal.

El Derecho privado no tiene, la mayor parte de las veces, fines preventivos, sean éstos generales o especiales, pero sí es cierto que alguna de sus reglas (por ejemplo, las de responsabilidad en sentido amplio) pueden promover o depurar ciertas conductas en el tráfico. La razón última de la represión en sede privada probablemente consista en unificar y simplificar la respuesta jurídica a la situación de insolvencia en todos sus perfiles.

6. En el capítulo I se responde a la pregunta de cuándo procede la calificación del concurso como culpable, o dicho de otro modo, qué hechos

determinan esta calificación. Se aborda la esencial cuestión de las presunciones de concurso culpable y las presunciones de culpabilidad en el concurso.

En particular, el repertorio de hechos que el legislador considera que ineludiblemente deben considerarse de culpabilidad (las presunciones *iuris et de jure*), enumeradas en el artículo 164.2 LC así como su extensión a los protagonistas de la insolvencia en el tráfico, que no son otros que los administradores, de derecho o de hecho (de «hecho» también en mérito al realismo), de las personas jurídicas, normalmente bajo formas societarias.

En este punto ya anticipa la escurridiza delimitación de los administradores «de hecho». Tal vez fuera útil en el examen de esta cuestión las reglas elaboradas en la doctrina del Derecho privado común de la representación aparente (en particular, la que se refiere a la vinculación del representado cuando le es imputable la creación de la apariencia) o, incluso, en la delimitación de los casos en que procede que se responda por la conducta de otro tanto en la esfera contractual como extracontractual (asignar la responsabilidad según el criterio de los riesgos atribuibles a la propia esfera de control). En este capítulo desarrolla las siguientes cuestiones. Por una parte menciona el criterio legal general comprendido en los artículos 163 y 164 LC, en donde lo importante no es, a juicio del legislador, la situación de insolvencia en sí misma considerada, sino la valoración que merezca la conducta seguida por el deudor. En definitiva «el criterio determinante de la calificación se hace radicar no en la situación de insolvencia en sí sino en la valoración que ha de merecer la conducta seguida por el deudor común cuando aquélla se produce», conducta que consiste en la infracción, con dolo o culpa grave, de «los deberes más elementales que pesan sobre él y que tienden a evitar la producción del estado de insolvencia o su agravamiento» (p. 31). Distingue el Dr. García-Cruces entre las presunciones de concurso culpable (esto es, el supuesto o supuestos de hecho a los que se anuda la consideración del concurso como culpable) y las presunciones *iuris et de jure* de culpabilidad en el concurso, esto es, aquellos hechos de los que debe deducirse, sin posibilidad de prueba en contrario, la culpabilidad del concursado.

En este sentido formula varias observaciones generales sobre las presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad comprendidas en el artículo 164.2 LC, en particular sobre sus defectos (omisiones) que tacha más adelante de graves. Así afirma lo siguiente: «una somera lectura de los seis grupos de presunciones de concurso culpable recogidos en el apartado 2 del artículo 164 LC permiten constatar la falta de sistemática y la diferente estructura de los distintos supuestos de hecho contemplados en la norma. De igual manera, puede también comprobarse la exclusión formal de algunos supuestos de hecho que, tanto por su significado material como por su extendida realidad social, pudieran llegar a merecer –sin duda alguna– ser considerados como auténticas presunciones de concurso culpable (*ad ex.* infracapitalización nominal)» (p. 37). Su similitud con el derogado artículo 891 del Código de comercio permite, no obstante, trasladar las soluciones interpretativas obtenidas sobre éste a aquél. Por otra parte, no debemos olvidar que el juicio de reproche se vincula a la producción del resultado: si la infracción de ciertos deberes o la ejecución de ciertas conductas no ha provocado o agravado la situación de insolvencia se excluye el reproche. Algunas conductas sencillamente impiden la averiguación de las razones de la situación de insolvencia.

Examina los defectos en la contabilidad (art. 164.2.1.^o LC), la falsedad o inexactitud grave en la documentación entregada (art. 164.2.2.^o LC), el alzamiento perjudicial para los acreedores (art. 164.2.4.^o LC) y el resto de pre-

sunciones de trascendencia menor (los supuestos contenidos en los números 3.^º, 5.^º y 6.^º del art. 164.2 LC). Para el Dr. García-Cruces esta enumeración padece de graves omisiones (pp. 56-57): entre ellos menciona los casos que recogieran los números 7.^º, 8.^º y 9.^º del artículo 890 del Código de comercio, casos que, como el propio autor advierte, pueden encontrar respuesta en la cláusula general del artículo 164.1 LC, aunque no disfrute de la ventaja probatoria de la presunción. La omisión más grave, que sí contenía en la propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1995 es la relativa a la situación de infracapitalización que «podría estar llamado a tener consecuencias prácticas importantísimas». Desde luego la infracapitalización reasigna el riesgo empresarial que es soportado típicamente por los acreedores y es el principal (o si no el principal sí al menos uno de los principales) acicate para la expansión de la inasible doctrina sobre el levantamiento del velo en la persona jurídica.

Por último examina las presunciones de culpabilidad en el concurso recogidas en el artículo 165 LC cuyo fin propio es aligerar la carga de la prueba del elemento intencional en el deudor, en el que cobra relevancia el examen de los deberes que pesan sobre los administradores sociales.

7. En el capítulo III enuncia qué consecuencias o efectos tiene la calificación del concurso como culpable, efectos que se diversifican en razón de los sujetos concernidos. Tal vez sea éste el capítulo de construcción más difícil y por tal razón el más extenso (pp. 107 a 216).

Para ello ha optado por un modo de argumentar exquisitamente preciso en la interpretación de las distintas disposiciones conflictivas, que, dicho sea de paso, son numerosas en esta sede: por una parte ofrece sus razones y por otra desmonta cuidadosamente los argumentos aducidos en contrario. El modelo dialéctico culmina con el ofrecimiento de aquellas razones que anticipan incluso las réplicas que pudieran formularse. Podemos estar o no conformes con los juicios que vierte el Dr. García-Cruces sobre la calificación, pero su estudio nos obliga a un esfuerzo notable para poder contradecirlos. Los asuntos que refiere son los siguientes:

a) Los fines de la calificación inspiran las consecuencias o efectos de ésta. Fines que deben conjugarse con el perseguido principalmente por el concurso: la satisfacción de los intereses de los acreedores actuales. Es evidente que la pérdida de derechos, la obligación de restitución o la responsabilidad patrimonial contribuye a la mejor satisfacción de los créditos, propósito central del concurso de acreedores. Probablemente este sea el significado más apropiado que quepa atribuir a la noción del «interés del concurso».

Este fin debe conjugarse con el propio de la responsabilidad concursal, que no es otro que la moralización de las conductas o el aseguramiento de un mínimo de exigencias éticas y por lo tanto también persigue proteger a los acreedores potenciales o con una fórmula omnicomprensiva, la seguridad del tráfico. En sentido propio los efectos de la calificación son «penas civiles», no desconocidas por el Derecho privado (caso de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL, preceptos con los que la responsabilidad concursal se relaciona).

b) Ambito subjetivo. Esta parte se divide a su vez en otras tres en razón de los sujetos concernidos, sujetos que son los destinatarios de estas normas y respecto a los cuales cabe reseñar su función preventivo-general y especial.

Por una parte, se examina al concursado y las personas afectadas; en segundo lugar, da cuenta de la posición de los administradores y liquidadores, en particular es sobresaliente su estudio sobre el administrador de hecho en el que creo que las reglas generales sobre protección de la apariencia jurí-

dica (en particular, dentro de la representación aparente) ofrecen valiosos recursos para construir la figura.

Son muy interesantes sus reflexiones sobre la subsistencia de la responsabilidad del administrador de derecho en presencia de uno de hecho o sobre la responsabilidad de éste por infracción de deberes formales. En este punto, aprovecha la ocasión para, a través del texto y sobre todo de las notas, desbrozar algunos aspectos del régimen del Derecho de grupos o de ciertas consideraciones sobre los administradores que exceden de lo puramente concursal. Por último, aborda la delimitación de los «cómplices» (art. 166 LC). En concreto el Dr. García-Cruces examina sus relaciones con las acciones de reintegración.

En esta materia se advierte, por ejemplo, una virtud del trabajo en general: preguntarse por la oportunidad de ciertas decisiones legislativas y aunque se juzgue desfavorablemente reconstruir la disciplina para ajustarla a los fines previstos por el legislador.

c) Los efectos personales y patrimoniales de la calificación. Los efectos son los siguientes: en primer término, el efecto personal principal es la inhabilitación del concursado, «no» de los cómplices, en donde, de nuevo, se constata la función preventiva y sancionadora de las normas sobre calificación (basta la lectura de la DF 2.^a LC).

Se plantea el problema, no resuelto expresamente por la Ley concursal, de la eficacia de los actos del concursado inhabilitado que contravienen la inhabilitación: rechaza la aplicación analógica de los régimenes expresamente articulados de los artículos 40.7 o 137.2 LC y se inclina por la nulidad de pleno derecho que formula el artículo 6.3 CC, tanto por su calificación como norma prohibitiva como por la finalidad misma de la inhabilitación. También critica el tenor literal del artículo 173 LC referido a la inhabilitación, de los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada que es probablemente superfluo y, en todo caso, extremadamente parco.

En segundo lugar, enumera los efectos patrimoniales que la calificación tiene sobre las personas afectadas por la calificación y sobre los cómplices (pp. 160 a 169), que se comprendían en la extinción de derechos, la obligación de restitución en caso de desplazamientos patrimoniales indebidos anteriores a la declaración de concurso (que exige una interpretación armónica con las acciones de reintegración, arts. 71, 72 y 73 LC) y también la indemnización de los daños causados a la masa (art. 172.2.3.^º LC). Acción esta última superflua puesto que puede deducirse igualmente de las reglas generales (justamente esta es una de sus funciones normativas propias) aunque sea difícil determinar cuál deba ser su régimen jurídico.

Entre los efectos también se halla la responsabilidad patrimonial pero creo que merece dar cuenta de esta parte en un epígrafe separado.

d) La responsabilidad concursal de los administradores o liquidadores de hecho o de derecho de la persona jurídica concursada que consiste, como dice el artículo 172.3 LC, en que se les podrá condenar, bajo ciertos presupuestos y límites temporales, «a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa». El esfuerzo principal del Dr. García-Cruces en este punto radica en demostrar (o mejor corroborar) su función netamente punitiva o sancionadora y desmontar los argumentos aducidos a favor de su consideración como responsabilidad por daños. También persigue armonizar esta responsabilidad con aquellas otras reglas que, en sede de Derecho de sociedades, establecen la responsabilidad de los administradores o liquidadores

sociales, en particular, con las acciones de responsabilidad social (arts. 134 LSA y 68 LSRL) y con las reglas de responsabilidad por las deudas sociales (restringe su estudio a los casos mencionados en los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL preceptos que además fueron reformados en estos aspectos por la propia Ley concursal, DF 20.^a y 21.^a, casos que serán/son sin duda los más frecuentes).

Estos preceptos han sido de nuevo redactados por las DF 1.^a y 2.^a de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, de sociedad anónima europea domiciliada en España, sin que se haya justificado de modo alguno en su Exposición de Motivos.

El texto de ambos preceptos es ahora el mismo: «[I] Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso. [II] En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior». La principal cuestión es que la responsabilidad se restringe a las deudas sociales «posteriores», aunque se establezca una regla que facilite su delimitación en el párrafo segundo.

De la responsabilidad concursal detalla sucesivamente sus presupuestos (art. 172.3 LC) en donde cabe destacar su carácter cumulativo: liquidación, insatisfacción de los créditos y límites temporales. Luego los criterios de imputación, en los que propiamente no examina tales criterios sino el arbitrio judicial en orden a su fijación, puesto que el propio precepto dice «podrá». Despues da cuenta de la calificación jurídica de la responsabilidad concursal, asunto que merece una especial atención porque tal calificación sirve para integrar su régimen jurídico, en el que fija su posición sobre su naturaleza punitiva o sancionadora y no simplemente reparadora del daño causado.

Seguidamente menciona la pluralidad de obligados y los destinatarios del pago de esta responsabilidad. Aunque critique la omisión de una regla expresa sobre la pluralidad de obligados le parece razonable que quede al arbitrio judicial la determinación del carácter o no solidario y señala como destinatarios del pago no los distintos acreedores sino la propia masa activa. Integra su régimen jurídico en cuanto al plazo de prescripción de la pretensión para exigir la responsabilidad concursal: será el plazo estipulado en el artículo 949 del Código de Comercio. También examina el aseguramiento preventivo de la eventual responsabilidad, entendido como el relativo al embargo preventivo o la prestación de caución (arts. 48.3 LC y 728.3 LEC); puesto que las conductas que conducen a la calificación del concurso como culpable estarán excluidas de los seguros de responsabilidad civil y otras no son asegurables (art. 19 LCS).

Dedica especial atención a la coordinación de la responsabilidad concursal tanto con el régimen general de la acción de responsabilidad de administradores y liquidadores; como con el régimen de la responsabilidad de los administradores y liquidadores por las deudas sociales. Respecto a la primera señala la subsistencia de ambas: el régimen de las acciones de responsabilidad no tiene por qué sufrir demérito por razón del concurso de la persona

jurídica concursada en la medida en que sus presupuestos y naturaleza son distintos. Respecto a la segunda aprecia una falta de coordinación que hace deseable una solución como la que propuso el Anteproyecto de Ley concursal de 1995, en su artículo 57.2.

8. Para terminar esta breve recensión, parece oportuno enunciar las que considero virtudes más sobresalientes del trabajo. En primer lugar, su cabal conocimiento de los antecedentes y discusiones de política jurídica, trascendentales en general, pero con innegables consecuencias prácticas en el caso de la disciplina de la sección de calificación en el concurso. Maneja con prudencia los materiales prelegislativos y la propia discusión parlamentaria.

En segundo lugar, el autor trata de acomodar la calificación del concurso en el Derecho sancionador, aunque lo haga con cierta dificultad por la naturaleza esencialmente abierta de las reglas privadas y porque no todas las reglas propias del Derecho sancionador puede trasplantarse a esta sede sin vaciar de sentido la finalidad propia de estas normas. Maneja un inexpresado principio de intervención mínima que se sustancia en interpretar restrictivamente las reglas de calificación.

A mi juicio la represión privada de ciertas conductas, con la privación de ciertas facultades o incluso con la pérdida de la posibilidad de intervenir en el tráfico, es una sanción de intensidad análoga a la de algunas penas contenidas en el Código Penal (en particular las denominadas «penas privativas de derechos», arts. 39, 40 y 45 CP), es más algunas de ellas son comunes a la Ley concursal y al Código Penal. También es cierto que el propio Código Penal descalifica como penas a las «privaciones de derechos» y «sanciones reparadoras» que se establezcan en las leyes civiles (art. 34.3 CP), lo que no deja de ser una regla sorprendentemente formal. Me parece que el estudio de las normas de calificación debe abordarse desde su integración en el Derecho sancionador.

En tercer y último lugar, cabe decir que el estudio de la calificación en el concurso no se aísla del Derecho concursal en su conjunto, del sentido y estructura técnica de éste. Esto es, el estudio trata de encajar el régimen de la calificación en el nuevo sistema concursal español. El Derecho concursal es muy exigente desde el punto de vista dogmático (obliga a conocer las distintas aristas de cualquier institución) y también desde el del conocimiento del sentido y finalidad de las distintas reglas del Derecho privado. El autor da cumplida cuenta de todas estas exigencias que conjuga en alguna de las partes del trabajo con su extraordinario manejo del Derecho de sociedades y con un enviable sentido práctico al estudiar las abundantes normas procesales que contiene la Ley concursal.

José Ramón GARCÍA VICENTE
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Salamanca

GARCÍA CANTERO, Gabriel (coordinador): *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, 870 pp. y un CD-ROM.

El año 2005 no ha sido favorable para la integración europea. Junto al rechazo popular del pretendido proyecto de Constitución, en Francia y en Holanda, las dificultades presupuestarias se han solventado sólo a última

hora y de forma apresurada, mientras que el proteccionismo exterior, en especial en materia de agricultura, está sujeto a revisión por acuerdo de la Organización Mundial de Comercio. No obstante, las razones que justifican la futura unificación del Derecho de obligaciones y contratos siguen en pie, pues miran fundamentalmente hacia dentro de la Unión Europea. Se trata, no sólo de proteger al consumidor, sino de dar un contenido económico y útil a la ciudadanía europea, así como de facilitar el mercado interior, tanto por la supresión de la diversidad legislativa, como por el carácter sectorial e impreciso del Derecho comunitario, que se acentúa por una transposición normalmente deficiente. A esto se une la propia Comisión que, con su plan de acción para un Derecho de contratos más coherente, publicado en 2003, ha incitado el debate académico no sólo sobre la conveniencia de la armonización, sino además sobre las modalidades para alcanzarla. Ello ha provocado que los *Principios del Derecho Contractual Europeo* se hayan completado con la Parte III y que la Academia de Pavía prosiga sus trabajos sobre el Libro II del *Código Europeo de Contratos*, que trata de los contratos en particular.

Por eso, hace bien nuestra doctrina al ocuparse de estas propuestas preliminares que podrán servir de base, en su día, al eventual texto uniforme. Es el caso del Grupo Investigación que dirige y coordina el Profesor Gabriel García Cantero en la Universidad de Zaragoza. Tras varios años de trabajo, sus últimos resultados se concretan, de momento, en la traducción española del Anteproyecto de Pavía y en el extenso libro objeto de este comentario. La traducción española, que se incluye en el CD-ROM, es muy cuidada, huye de la literalidad y en ocasiones llega a corregir el texto original francés (*RJN*, 2002, p. 304); por regla general, concuerda con la otra versión castellana publicada entre nosotros (*RGLJ*, 2001, pp. 713 ss.), si bien ofrece alguna diferencia de matiz o de estilo, sin que existan variaciones sustanciales entre ellas. Esta fidelidad a los textos se aprecia también en la obra que comentamos, en la que se cita el *Contract Code* del Profesor H. McGregor en su versión inglesa solamente, aun cuando hay traducción castellana del mismo.

Por su parte, la obra que examinamos consiste en un estudio sistemático, casi completo, del Anteproyecto, que viene a enriquecer de manera apreciable nuestra literatura sobre la futura codificación europea. No sólo se suma a los *Comentarios* dedicados al Profesor De los Mozos (Madrid, 2003), sino que se mantiene en ella, como es lógico, un diálogo constante con los autores de estos últimos, en el que predominan las concordancias sobre las disidencias. Con todo, hay que resaltar que las *Anotaciones* obedecen a un propósito muy definido, que es determinar el impacto que tendría el Anteproyecto en el Derecho español; en palabras de García Cantero, si se declarase aplicable en España, ¿qué consecuencias tendría en nuestro ordenamiento? ¿en qué aspectos la aplicación sería fácil y sin estridencias? o ¿en cuáles se producirían problemas, y cómo resolverlos? A este preciso propósito responden los catorce densos capítulos que componen la obra.

Así, estima el propio G. García Cantero que la noción de contrato, que se basa exclusivamente en el acuerdo de las partes, encajaría cómodamente entre nosotros y que la eliminación de la causa no representa un obstáculo infranqueable ya que los contratos abstractos serían inexistentes, mientras que los inmorales e ilícitos, nulos. Por otra parte, la culpa *in contrahendo*, a su juicio, no sólo es asumible, sino que eliminaría las contradicciones de nuestra jurisprudencia. Además, para C. Lalana del Castillo el régimen de la formación del consentimiento es concordante con el que impera en nuestra doctrina. Asimismo, opina C. Martínez de Aguirre que los requisitos del

contenido del contrato se corresponden, pese a sus novedades, con los exigibles a la prestación, de la misma manera que las reglas sobre las cláusulas implícitas y sobre las condiciones generales podrían encajar dentro del concepto de reglamentación contractual, si bien se muestra crítico con las simplificaciones del Anteproyecto, aunque destaca la importancia de contemplar la rescisión por lesión. En fin, sobre la forma del contrato, G. García Cantero y M. Salanova Villanueva ponen de relieve la sustancial coincidencia con el Derecho español en lo que concierne a la libertad de forma y señalan que la forma *ad substantiam*, que se requiere para los contratos sobre la propiedad y los derechos reales sobre bienes inmuebles, puede ser conveniente para nosotros, pues obligaría a revisar esta materia y a superar el desfase del artículo 1280 CC.

Tras este bloque sobre los requisitos del contrato, las *Anotaciones* se refieren la interpretación, los efectos y modalidades, la representación y a los contratos por persona a designar y a favor de tercero. Muy brevemente, señalamos que M. A. Parra Lucán y A. López Azcona llevan a cabo una decidida defensa del Anteproyecto, que confiere a la interpretación literal un discutible protagonismo, junto al valor casi sagrado atribuido al texto suscrito por los contratantes, que no se compadece con las modernas exigencias de la buena fe en su función hermenéutica; pero el régimen propuesto no se aparta, en lo esencial, de nuestro Derecho. En cambio, hay profundas diferencias, a juicio de S. Gaspar Lera, por lo que atañe a los efectos, puesto el contrato entre nosotros no admite modificaciones sobrevenidas, salvo excepciones; en la transmisión de las cosas muebles, aunque opera por la entrega, se admite el pacto en contrario, a la vez que no se regulan las distintas modalidades de esta última; asimismo, en caso de que el transmitente no sea dueño, el Anteproyecto difiere del artículo 464 CC, puesto que el adquirente deviene propietario desde la entrega, con tal que sea de buena fe; otro tanto sucede con los riesgos que se trasladan al adquirente con la toma de posesión del bien mueble, no desde que se produce el efecto real, así como con la preferencia a favor del que obtiene la posesión de buena fe, en caso de doble venta, que no coincide con el artículo 1473 CC.

Por lo que se refiere a la representación, para G. García Cantero el Anteproyecto es asumible en el Derecho español ya que, salvo las opiniones discrepantes de A. Gordillo Cañas (*Comentarios* cit., I, pp. 305 ss.), concuerda con la doctrina mayoritaria sobre la representación voluntaria, directa, desligada del mandato y su normal extinción por revocación, incluido el autocontrato; por eso, estima que, con la salvedad de algunos detalles, la adopción del Anteproyecto sería beneficiosa para el tráfico. Por último, S. Cámara Lapuente nos ofrece dos estudios muy completos y documentados en los que pone el Anteproyecto en relación, no sólo con nuestro Derecho, sino con el Derecho extranjero y las otras propuestas de *soft law*. Versan sobre el contrato con la cláusula de persona a designar y el contrato a favor de tercero, y en ambos se cuestiona si estas figuras merecen una disciplina independiente, examina pormenorizadamente el régimen proyectado y concluye con un juicio que entendemos relativamente favorable al Anteproyecto, si bien pone de relieve los numerosos problemas que ha dejado sin resolver.

A continuación, el Anteproyecto combina las vicisitudes de la obligación y las del contrato, con cuál se distancia notablemente de nuestro Derecho, aun cuando su disciplina no sea muy distinta de la nuestra. Así lo constata S. de Salas Murillo, a propósito del cumplimiento, que abarca los requisitos y elementos del pago y su imputación, así como las obligaciones pecuniarias,

alternativas y solidarias. En cambio, hay diferencias ostensibles, a juicio de M. Pérez Monge, en materia de incumplimiento, no sólo porque el Anteproyecto se aproxima aquí al Derecho anglosajón sino porque acoge la distinción de las obligaciones de medios y de resultado –que son la regla general–. Aunque novedoso, estima J. A. Serrano García que el régimen de la cesión del contrato, la cesión del crédito y la asunción de deuda sería positivo, mientras que para I. Tena Piazuelo la sistemática de la extinción es incorrecta, confusa, reiterativa y farragosa; en especial, es criticable la llamada extinción por preclusión, a su juicio, que se presenta en los casos de prescripción y de caducidad.

De gran interés es el estudio de M. A. Parra Lucán sobre la invalidez y la ineficacia, donde las novedades del Anteproyecto son también llamativas, de no fácil acomodo entre nosotros y no siempre acertadas; así ocurre, por ejemplo, con la inexistencia del contrato, la nulidad sobrevenida, la conversión, la anulabilidad por falta de capacidad o de edad, el error, la ineficacia propiamente dicha, la simulación y el ejercicio de las respectivas acciones. Asimismo, la sistemática de los remedios es deficiente para M. T. Alonso Pérez y las novedades del Anteproyecto son notables en materia de rescisión por lesión, renegociación por alteración de las circunstancias, resolución por incumplimiento y responsabilidad contractual; en cuanto a esta última, el Anteproyecto establece una regla general de imputación objetiva, pero es perturbador, a su juicio, que los profesionales puedan exonerarse si acreditan la diligencia debida o que sólo respondan por culpa grave en los casos de riesgos de desarrollo.

En definitiva, de este apretado resumen resulta claro que el Anteproyecto es un texto serio y bien fundado, sin que se pueda calificar, según se ha insinuado, como una especie de «esperanto jurídico» (F. Galgano, C.i./Eur. 2005, p. 521); antes bien, se trata de una propuesta de corte predominantemente continental que, aun cuando está necesitada de revisión, merece ser estudiada precisamente con la finalidad de mejorarla. Tal es una de las conclusiones que se desprenden de estas *Anotaciones*. Otra conclusión es que el Anteproyecto en su estado actual se podría adoptar en su mayor parte en nuestro Derecho sin grandes dificultades; aunque no siempre coincide, son varios los autores para los que las soluciones del Anteproyecto serían positivas y se encaminan en la dirección correcta, pese que hay también numerosos extremos que no serían asumibles. Por último, son estas consideraciones *de lege ferenda* las que hacen que una lectura atenta de esta obra sea francamente recomendable; y lo es, no sólo para quienes se preocupan del Derecho comparado y la futura unificación del Derecho europeo, sino –y sobre todo– para cuantos estén interesados en la cada día más necesaria renovación del Código civil español en materia de obligaciones y contratos.

Carlos VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Burgos

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, María Eugenia: *El subarriendo en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 243 pp.

1. Como señala la autora de la monografía objeto de esta recensión, la LAU de 1994 parece que concede al subarriendo una importancia menor,

pues tan sólo dedica los artículos 8 y 32 a la regulación del citado subcontrato, en comparación con la LAU de 1964 que dedicaba al subarriendo los artículos 10 a 22. Esta escueta regulación puede hacer pensar que en la actualidad el subarriendo carece de relevancia práctica. Sin embargo, el subarriendo no sólo nunca ha dejado de desempeñar una importante función social al permitir a los ciudadanos disfrutar de una vivienda digna y adecuada (derecho reconocido en el art. 47 CE), sino que en los últimos tiempos, como consecuencia del fenómeno de la inmigración, está adquiriendo, si cabe, una mayor importancia.

Por otra parte, como es sabido por todos, si bien es cierto que la legislación especial arrendaticia tiene como finalidad la protección de los intereses de una de las partes (los del arrendatario), no es menos cierto que la citada normativa también tiene que ser respetuosa con el contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 CE). Asimismo, como acertadamente advierte la profesora Rodríguez Martínez, en el subarriendo concurren diversos intereses contrapuestos: por una parte, los intereses del propietario, que será contrario a la ocupación del inmueble de su propiedad por terceros; y, por otra, los intereses del arrendatario, quien a través del subarriendo puede obtener una ayuda económica, y los intereses del subarrendatario, quien por medio del subarriendo puede ver satisfecha su necesidad de vivienda o de un local donde ejercitar una actividad profesional o empresarial. Todo lo anterior lleva a la autora a plantearse a lo largo de su obra la siguiente cuestión: ¿el subarrendatario debe tener el mismo nivel de protección que el arrendatario?

Sin duda, la elección del tema es un acierto, lo que unido al rigor y exhaustividad que caracteriza el estudio sobre el régimen jurídico del contrato de subarriendo en la LAU de 1994 que nos presenta la profesora Rodríguez Martínez, permite afirmar que nos encontramos ante una interesante obra que viene a llenar un vacío en nuestra literatura jurídica porque hasta la fecha no contábamos con un estudio integral sobre el contrato de subarriendo.

La estructura de la obra es la siguiente: tras un breve planteamiento introductorio, la monografía se divide en cuatro capítulos. El capítulo I lleva por título «*Cuestiones generales*» y se dedica a la exposición de los objetivos de la legislación especial arrendaticia, al análisis de la autonomía privada como fuente de reglamentación del subarriendo, así como al examen de diversos supuestos dudosos de subarriendo. En el capítulo II se aborda el estudio de los requisitos de validez de la constitución del subarriendo. En el capítulo III que se titula «*Régimen jurídico de la relación subarrendaticia*», la autora no sólo expone la normativa aplicable al subarriendo, sino que se detiene también en el análisis de las tres distintas relaciones que surgen en los casos de subarriendo (relación entre arrendador y arrendatario, relación entre arrendatario y subarrendatario, y relación entre arrendador y subarrendatario). Por último, en el capítulo IV se analizan las distintas causas de extinción del contrato de subarriendo. La autora finaliza su obra con un índice de jurisprudencia.

2. Como hemos señalado, el capítulo I se titula «*Cuestiones generales*» y se divide en tres apartados. En el primero de ellos la profesora Rodríguez Martínez nos ofrece un breve e ilustrativo resumen de los objetivos de la legislación especial arrendaticia, poniendo de manifiesto, por una parte, las dificultades que existen para conciliar los intereses en juego y, por otra, que la escueta regulación en materia de subarriendo contenida en la LAU de 1994 dificulta la determinación del régimen jurídico aplicable al citado subcontrato.

A continuación, analiza el juego de la autonomía privada como fuente de reglamentación del contrato de subarriendo, así como la validez o nulidad de la prohibición de celebrar este subcontrato. Afirma que en el ámbito de los contratos de arrendamiento y subarriendo para uso de vivienda «la autonomía de la voluntad no es una fuente supletoria, como se deduce en principio del artículo 4.2, sino primera fuente normativa», siempre que no infrinja lo dispuesto en el artículo 6 LAU de 1994. Lo cual significa que son válidos los pactos que limiten los derechos del arrendador, los pactos que regulen cuestiones no previstas en la ley, así como los pactos que establezcan condiciones más beneficiosas para los arrendatarios o subarrendatarios que las establecidas en la ley (en concreto en el Título II de la LAU de 1994). En lo concerniente a los contratos de arrendamiento y subarriendo para uso distinto del de vivienda, su régimen jurídico será el acordado por las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad; en defecto de acuerdo de las partes, será de aplicación lo dispuesto en el Título III de la LAU de 1994 (arts. 29 a 35) y, supletoriamente, lo dispuesto en el Código civil. Ahora bien, la autora critica no sólo que el legislador no haya regulado con más exhaustividad el régimen jurídico de este tipo de arrendamientos, pues ello contribuiría a reducir el alto índice de litigiosidad que existe en los Tribunales en materia de subarriendos para uso distinto del de vivienda, sino también que la LAU de 1994 prevé un régimen jurídico menos beneficioso para el arrendatario que el previsto en el Código civil.

En el tercer apartado de este primer capítulo examina detenidamente diversos supuestos dudosos de subarriendo. Se trata de una cuestión sumamente interesante que, como señala la profesora Rodríguez Martínez, debe abordarse desde el análisis crítico de la numerosa y contradictoria jurisprudencia que existe sobre la materia (en este sentido, analiza no sólo sentencias del Tribunal Supremo, sino también de las Audiencias Provinciales). Tras afirmar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo «llega a establecer una presunción de subarriendo ante toda introducción en el inmueble de terceros extraños», comienza el examen de los supuestos dudosos de subarriendo de vivienda, distinguiendo básicamente dos casos: *a)* la introducción gratuita de terceros por razones de amistad o parentesco; y *b)* el desarrollo en la vivienda de una industria doméstica de hospedaje. Posteriormente se centra en los casos dudosos de subarriendo para uso distinto del de vivienda, distinguiendo también dos hipótesis: *a)* introducción de terceros en el uso o goce del inmueble arrendado que no sean empleados, dependientes, colaboradores o apoderados del arrendatario; y *b)* introducción de máquinas recreativas o expendedoras.

3. El capítulo II está dedicado al estudio de los requisitos exigidos para la validez del subarriendo, distinguiendo según se trate de un subarriendo para uso de vivienda o de un subarriendo para uso distinto. En lo referente al primero de subarriendos citados, la autora analiza pormenorizadamente cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 8 LAU de 1994: *a)* el consentimiento del arrendador (se cuestiona si el consentimiento por escrito del arrendador es una forma *ad solemnitatem* o *ad probationem*; si la negativa del arrendador a prestar su consentimiento al subarriendo es discrecional o si, por el contrario, tiene que estar fundada en razones relativas a la persona del tercero; y, por último, aborda la cuestión de cuál es la sanción prevista legalmente para los casos de subarriendos de vivienda inconsentidos); *b)* el carácter parcial del subarriendo (se plantea si sería válido un subarriendo total con el consentimiento del arrendador y de qué forma su admisión afectaría al

régimen jurídico aplicable a ese concreto arrendamiento y subarriendo; asimismo se cuestiona la admisibilidad de varios subarriendos parciales que abarquen la totalidad de la vivienda); y *c)* el límite al precio del subarriendo (en relación con este requisito, la autora se pregunta si no sería válido un precio para el subarriendo superior al del arrendamiento cuando están de acuerdo el arrendador, el arrendatario y el subarrendatario; asimismo se cuestiona cómo opera el límite legal al precio del subarriendo en caso de que exista una pluralidad de subarriendos, esto es, se plantea si el límite se aplica a la renta de cada uno de ellos o si, por el contrario, el límite se aplica a la suma de las rentas de todos los subarriendos).

Por lo que se refiere al subarriendo para uso distinto del de vivienda, como es sabido por todos, se regula en el artículo 32 LAU de 1994, estableciéndose dos requisitos para su validez: *a)* que en el inmueble se ejerza una actividad empresarial o profesional; y *b)* que el arrendatario notifique al arrendador en el plazo de un mes la existencia del subarriendo. No es necesario, por tanto, a diferencia de lo que ocurre en los subarriendos de vivienda, que el arrendador preste su consentimiento, ni que el subarriendo sea parcial, ni tampoco se establece límite alguno a la renta del subarriendo. Ahora bien, como señala acertadamente la profesora Rodríguez Martínez, esto no significa que no existan problemas de interpretación en relación con los requisitos de validez exigidos para el subarriendo para uso distinto del de vivienda. Concretamente, la autora da respuesta a los siguientes interrogantes: ¿es posible el subarriendo aunque la actividad desarrollada en el inmueble no sea empresarial o profesional?; en el caso de que se admitiera la validez de este subarriendo, ¿sería necesario el consentimiento del arrendador?; ¿qué contenido debe tener la notificación del subarriendo?; ¿quién tiene la obligación de realizar la notificación, el arrendatario o el subarrendatario? Por otra parte, la autora también analiza cuál es la sanción prevista por el Legislador para los casos en que se incumplan los requisitos establecidos en el artículo 32 LAU de 1994.

Concluye este segundo capítulo con un análisis relativo a la cuestión del ejercicio de la acción de resolución del arrendamiento por parte del arrendador y la necesidad de demandar conjuntamente al arrendatario y al subarrendatario (litisconsorcio pasivo necesario). Se trata, sin duda, de una cuestión importante y problemática ante el vacío normativo existente. La autora con buen criterio busca una respuesta a dicha cuestión no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (expone diversos casos resueltos por el Tribunal Constitucional que ayudan a centrar la cuestión).

4. En el capítulo III titulado «*Régimen jurídico de la relación subarrendaticia*», se expone la normativa aplicable al subarriendo, distinguiendo según se trate de un subarriendo para uso de vivienda o de un subarriendo para uso distinto. Respecto del primer supuesto, la profesora Rodríguez Martínez afirma que se regirán en primer lugar por los pactos de las partes favorables para el subarrendatario en comparación con lo previsto en la ley; en segundo lugar, y en ausencia de los pactos anteriores, por las normas del Título II de la LAU de 1994; en tercer lugar, por los pactos *praeter legem* de las partes, y, supletoriamente, por el Código civil. Ahora bien, la autora pone de manifiesto las dificultades que surgen a la hora de aplicar las normas del Título II de la LAU al subarriendo (conforme a lo previsto en el art. 6 LAU de 1994), cuando dichas normas entran en conflicto con el carácter accesorio del subarriendo (por ejemplo, recuérdese que el art. 8.2 LAU de 1994 esta-

blece que «el derecho del subarrendatario se extinguirá, en todo caso, cuando lo haga el del arrendatario que subarrendó»).

En lo referente a la normativa aplicable a los subarriendos para uso distinto del de vivienda, afirma que este tipo de subarriendo se regirá, en primer lugar, por la voluntad de las partes (conforme a lo dispuesto en el art. 8.2 LAU de 1994), en ausencia de pactos, por lo dispuesto en el Título III de la LAU de 1994, y, supletoriamente, por las normas del Código civil.

Es importante advertir, tal y como hace la profesora Rodríguez Martínez, que la normativa aplicable al subarriendo puede ser distinta a la que rige para el arrendamiento, si el destino de la parte subarrendada difiere del previsto en el contrato de arrendamiento. Por esta razón, analiza detenidamente los cambios de destino realizados por el subarrendatario, porque pueden implicar una modificación de la normativa aplicable, y llega a la conclusión de que, con carácter general, en caso de divergencia entre el uso del arrendamiento y el del subarriendo, el régimen jurídico aplicable a este último será el previsto para el arrendamiento para uso distinto del de vivienda (Título III de la LAU de 1994).

A continuación, se centra en el análisis de las tres distintas relaciones que surgen en los casos de subarriendo: *a) la relación entre el arrendador y el arrendatario; b) la relación entre el arrendatario-subarrendador y el subarrendatario; y c) la relación entre el arrendador y el subarrendatario.*

La relación entre el arrendador y arrendatario es la que requiere menor atención porque no sufre modificaciones como consecuencia de la celebración de un subarriendo, salvo lo previsto en el artículo 32 LAU de 1994 para los casos de subarriendo para uso distinto del de vivienda, que concede al arrendador el derecho de elevar la renta del arrendamiento (un 10% si es un subarriendo parcial o un 20% si se trata de un subarriendo total). La autora da un paso más y se cuestiona si el arrendador puede elevar la renta en los casos de subarriendo para uso de vivienda, pese a que el artículo 8 LAU de 1994 guarda silencio sobre la cuestión. Tras ponderar diversos argumentos, concluye admitiendo dicha posibilidad, pues considera que si no existen límites legales a la renta del arrendamiento (art. 17 LAU de 1994), no existen motivos para que existan cuando se pacta un subarriendo.

En lo concerniente a la relación entre el arrendatario-subarrendador y el subarrendatario, si bien es cierto que el contenido de dicha relación vendrá determinado básicamente por lo pactado por las partes en el contrato de subarriendo, no debe olvidarse que se trata de un subcontrato y que éste tendrá como límite el contenido del contrato de arrendamiento; esto es, el arrendatario-subarrendador no puede ceder al subarrendatario más derechos y facultades sobre la cosa arrendada de los que él tiene. Por otra parte, la autora se muestra crítica con las consecuencias prácticas que se derivan de la aplicación de las normas del Título II de la LAU de 1994 a los contratos de subarriendo. Considera más correcta la regulación contenida en el Código civil (arts. 1550 a 1552 CC) respecto del régimen de las obligaciones de cada una de las partes involucradas en un subarriendo y concluye afirmando que la existencia de un subarriendo «no debe implicar un cambio en la lectura de los artículos 21 a 23 [de la LAU de 1994], leyendo subarrendador donde alude al arrendador, y subarrendatario donde se refiere al arrendatario, pues ello conduce a graves contrasentidos».

Finalmente, aborda el estudio de la relación entre el arrendador y el subarrendatario. Se trata, sin duda, de la relación más problemática porque no existe entre ambos sujetos ninguna relación contractual y, por tanto, confor-

me al principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) carecen, en principio, de las acciones necesarias para reclamarse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones que incumbe a cada uno de ellos. Ahora bien, como toda regla general, el principio de relatividad de los contratos tiene excepciones y una de ellas se encuentra precisamente en el subarriendo, concretamente en los artículos 1551 y 1552 CC que reconocen al arrendador frente al subarrendatario una acción directa para reclamar el cobro de la renta del arrendamiento, así como para reclamar responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados en el inmueble subarrendado.

La LAU de 1994 guarda silencio sobre la cuestión, lo cual podría llevar a pensar que en materia de subarriendos urbanos, la acción directa reconocida por el Código civil al arrendador frente al subarrendatario no resulta aplicable. Sin embargo, no debe olvidarse que el Código civil es de aplicación supletoria a este tipo de arrendamientos, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 LAU de 1994. Razón por la cual, la doctrina, de manera mayoritaria, considera que el arrendador puede ejercitar esa acción directa frente al subarrendatario para reclamar la renta del arrendamiento y la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados en el inmueble, tanto en los casos de subarriendo para uso de vivienda como en los casos de subarriendo para uso distinto.

La profesora Rodríguez Martínez realiza un atinado, completo y ponderado análisis tanto de la naturaleza como del régimen jurídico de la acción directa del arrendador frente al subarrendatario en su doble vertiente (para reclamar el pago de la renta del arrendamiento y para exigir la correspondiente responsabilidad por los daños y perjuicios causados en el inmueble). Por otra parte, se pregunta si sería admisible una acción directa inversa del subarrendatario frente al arrendador y en caso de admitirse, en qué supuestos procedería. A su juicio, existen argumentos que avalan la admisibilidad de la denominada acción directa inversa del subarrendatario frente al arrendador para instar la realización de obras de conservación o reparaciones necesarias en el inmueble. Por último, se detiene brevemente en el estudio de las excepciones oponibles por el subarrendatario al arrendador, distinguiendo entre las que derivan del contrato de subarriendo y las que derivan del contrato de arrendamiento.

5. En el capítulo IV se examinan las distintas causas de extinción del contrato de subarriendo y su lectura confirma lo que señalábamos al comienzo de esta recensión: estamos ante un trabajo de investigación que se caracteiza, principalmente, por su exhaustividad.

En materia de extinción del subarriendo debe tenerse muy presente que se trata de un subcontrato que deriva de un contrato principal (el arrendamiento). Por esta razón el artículo 8.2 LAU de 1994 establece que la extinción del arrendamiento (contrato principal) es, en todo caso, causa de extinción del subarriendo. Ahora bien, como acertadamente señala la autora, para un correcto análisis de las cuestiones que surgen como consecuencia de la extinción del contrato de arrendamiento en relación con el subarriendo, es conveniente diferenciar, por una parte, los supuestos de extinción por causas objetivas (es decir, la extinción no deriva de la voluntad de las partes) y, por otra, los supuestos de extinción por causas subjetivas (esto es, cuando la extinción del arrendamiento tiene su origen en la voluntad del arrendador, del arrendatario o en un acuerdo de ambos).

La primera causa de extinción del subarriendo que examina es el transcurso del plazo de duración pactado del arrendamiento para uso de vivienda,

planteándose las siguientes cuestiones: *a) ¿la prórroga del contrato de arrendamiento implica también la prórroga del subarriendo?; b) ¿es aplicable al subarriendo el sistema legal de prórrogas (arts. 9 y 10 LAU de 1994)?; c) ¿es posible la tácita reconducción del subarriendo conforme a las normas del Código civil?*

En segundo lugar, la profesora Rodríguez Martínez se centra en la diferenciación de las facultades de no renovación y de desistimiento del arrendamiento por parte del arrendatario. Analiza las consecuencias que el ejercicio de cada una de esas facultades tiene sobre el subarriendo, tanto en los arrendamientos para uso de vivienda como en los arrendamientos para uso distinto del de vivienda y expone los medios de defensa que tiene el subarrendatario a su alcance para defender su derecho.

La tercera causa de extinción del subarriendo que estudia es la enajenación del inmueble arrendado por el propietario (arrendador), dando respuesta a diversos interrogantes: *a) ¿es aplicable al subarrendatario lo dispuesto en el artículo 14 LAU de 1994?; b) ¿el subarrendatario está legitimado pasivamente para ejercitar los derechos de adquisición preferente del artículo 25 LAU de 1994?*

A continuación, examina las diversas causas de extinción del contrato de arrendamiento como consecuencia de la resolución del derecho del arrendador previstas en el artículo 13 LAU de 1994 y sus repercusiones sobre el contrato de subarriendo.

La profesora Rodríguez Martínez finaliza su trabajo con una breve aproximación a otras posibles causas de extinción del subarriendo: *a) la adquisición de la propiedad del inmueble arrendado por el arrendatario-subarrendador (confusión de derechos); b) la resolución del contrato de arrendamiento y la resolución del contrato de subarriendo (por aplicación analógica de las causas señaladas en el art. 27 LAU de 1994); c) la muerte del arrendatario-subarrendador y la muerte del subarrendatario; y d) la cesión del contrato de arrendamiento*

6. La investigación realizada por la profesora Rodríguez Martínez permite redescubrir la figura del subarriendo; a través de su lectura comprobamos que se trata de un subcontrato que en la actualidad se sigue utilizando en la práctica y que su régimen jurídico no está bien perfilado, a juzgar por los numerosos litigios que existen en los tribunales sobre la materia. La publicación de este libro es, sin duda, una buena noticia, pues aporta luz a un tema que tiene muchos claroscuros.

Máximo Juan PÉREZ GARCÍA

VAQUERO PINTO, María José: *El arrendamiento de servicios (Propuesta de modelo general para la contratación de servicios)*, ed. Comares, Granada, 2005, 600 pp.

La obra cuyo comentario abordamos constituye la tesis doctoral de su autora. En su elaboración se aprecia la sabia dirección de doña M.^a José Herrero García, Catedrática de Derecho civil, a la que no se puede sino felicitar por el resultado obtenido por su discípula. He leído el estudio con mucho interés y detenimiento y me ha hecho reflexionar sobre cada uno de los interrogantes que suscita la cuestión que es objeto de investigación, que

no es otra que el grave problema que plantea la regulación de los contratos de servicios en el Ordenamiento jurídico civil. Como es sabido, dicha normativa se caracteriza por la ausencia de un sistema claro que defina los tipos contractuales con precisión, lo que, a su vez, provoca que la regulación sea inadecuada, con todo lo que ello implica en términos de seguridad jurídica. Por tanto, esta monografía supone, entre otras cosas, una nueva llamada de atención al legislador a propósito de la necesidad de abordar este problema de Derecho civil que amenaza con volverse crónico. Y digo una nueva llamada, porque son numerosos los estudios existentes sobre el particular; sin embargo, esto no significa que se trate de un tema agotado, ni mucho menos: así lo demuestra, no tanto la aparición de esta monografía, como el hecho de que en ella se viertan propuestas novedosas. Y ahí precisamente es donde creo que radica la importancia de esta obra, en la aportación de nuevas ideas o perspectivas. Propuestas que deben ser convenientemente valoradas, analizadas e incorporadas al debate científico.

No es éste lugar para contrastar opiniones sobre los problemas que se analizan en la obra, así que ahorraré al lector el discurrir de mis reflexiones. Sin embargo, sí que es ésta la ocasión de proceder a la complicada tarea –y digo complicada porque pocas veces se consigue realizar con plena satisfacción para su autor– de sintetizar en unas pocas líneas posturas basadas en un importante aparato argumental en el que nada es superfluo, ya que, de lo contrario, el autor hubiera prescindido en la exposición de lo que lo fuera. Tendré, por tanto, que aplicarme a dicha labor para, de este modo, informar del alcance y contenido de esta monografía que es de lo que aquí se trata.

La obra objeto de comentario se divide sistemáticamente en dos partes bien diferenciadas. La primera aborda el importante problema que supone desentrañar a qué criterios responde la sistematización –si es que puede hablarse de sistema– del conjunto de contratos de servicios en nuestro Ordenamiento jurídico-privado. La autora, tras exponer cómo entiende que se estructura este conjunto, cuáles son los criterios en torno a los que se ordena, y, en definitiva, cómo debería ser para que fuera eficaz, expone –en la Segunda Parte de la obra– cómo tendría que ser, a su modo de ver, la regulación del contrato de arrendamiento de servicios.

La propuesta de la autora en orden a la sistematización, se cifra en proponer el arrendamiento de servicios como tipo general de los contratos de servicios. Su regulación debería, por tanto, contener las normas que deban ser comunes a todos los contratos de servicios. Junto a este tipo contractual que podríamos denominar común, existen, según la autora, otros que, por sus intrínsecas características, merecen una regulación específica y diferenciada, bien en algún punto, bien en su totalidad.

Entre los tipos contractuales especiales contemplaría la autora, el contrato de obra y el de mandato. Para diferenciarlos del arrendamiento de servicios, busca la característica propia de cada uno de ellos, que es la que, en definitiva, hace necesaria una regulación diferenciada de la común, representada por la del arrendamiento de servicios.

Creo que en lo atinente al contrato de obra, la autora aporta una idea interesante al considerar que, mediante este tipo contractual, se articula únicamente la realización de obras materiales, mientras que la producción de obras inmateriales se reconducirían –entiendo– al tipo general representado por el arrendamiento de servicios. Quizás la realización de obras inmateriales no precise de ninguna regulación específica y diferente a la común, ahora bien, lo que ya no sé es si para llegar a realizar tal propuesta era necesario prescindir,

como hace la autora, de la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, acogiendo las críticas que se han venido haciendo a tal distinción.

En cuanto al mandato, tras analizar exhaustivamente los criterios que se han venido proponiendo para diferenciarlo del arrendamiento de servicios, acoge la autora el de la sustitución, el cual parece siempre de entrada el más operativo a estos efectos y, en consecuencia, el más convincente –aunque, en mi opinión, no permite definir al mandato–. Ahora bien, no se limita a adoptar, sin más, el criterio de la sustitución sino que lo reelabora y lo lleva más allá: analizando en profundidad el papel de las instrucciones en la regulación que el Código civil contiene del contrato de mandato y la normativa referida a otros contratos mercantiles, entiende que nos encontramos ante un contrato que se caracteriza por articular una *gestión de negocios dirigida*, en la que el prestador del servicio –mandatario– tiene muy poco margen para decidir cómo presta el servicio, siendo el prestatario –mandante– el que instruye acerca de cómo ha de llevarse a efecto la gestión.

Después de proceder a la sistematización del conjunto de contratos de servicios, estudia la autora si la regulación de alguno de los tipos contractuales incluidos en el mismo, es apta como normativa común, es decir, para ser acogida como propia del arrendamiento de servicios. En cuanto a la regulación del mandato, pese a concebirla como mecanismo jurídico de articulación de la gestión de negocios dirigida, la autora considera que no es adecuada como normativa común, sin embargo, en base a su neutralidad causal, es decir, al hecho de que su regulación esté contemplando relaciones gratuitas y onerosas de servicios.

Tras considerar que ninguna regulación de los tipos contractuales de servicios contemplados en el Código civil es apta como normativa común a todos los tipos contractuales de servicios, la autora propone en la segunda parte de la obra las líneas generales de lo que debería ser esa normativa.

En este sentido, atiende primeramente a la idea de que la regulación del arrendamiento de servicios debe proteger la *personalidad del prestador del servicio*, debiendo considerarse, a este respecto, dos principios, recogido, uno, en el artículo 1098 CC –*nemo ad factum praecise cogi potest*– y el otro, en el 1583 CC –prohibición de vinculaciones perpetuas–.

En cuanto al primero se destaca en la monografía que la Ley de Enjuiciamiento Civil derogada no hacía referencia a medidas de coerción que obligaran a cumplir específicamente las obligaciones de hacer, de modo que el incumplimiento se traducía en una indemnización de daños y perjuicios. Aunque, teóricamente, se propusieran soluciones que superaran esta limitación, lo cierto es que esa situación legal española contrastaba con la de otros Ordenamientos extranjeros que efectivamente reconocían medidas que obligaban al deudor a cumplir en especie las obligaciones de hacer, como las *astreintes* del Derecho francés.

En este acertado análisis que se realiza en la obra acerca de la forma de compelir al cumplimiento en especie de las obligaciones de hacer, se destacan por la autora los límites que el principio *nemo ad factum praecise cogi potest* impone en este sentido, y que se cifran, por un lado, en la necesaria patrimonialidad de las medidas que pueden adoptarse, y, por otro, en la imposibilidad de exigir el cumplimiento en forma específica cuando el mismo conlleve una vulneración de los derechos fundamentales del deudor.

Si bien la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil supone, en este orden de cosas, una evolución con respecto a la situación normativa anterior, la autora realiza alguna crítica a la misma, como el hecho de que la multa única que se

impone al deudor de una obligación de hacer personalísima que incumple cuando el acreedor opta por el cumplimiento por equivalente parece una sanción privada que debería estar fuera del Derecho patrimonial . Por otro lado, entiende la autora que al deudor de una obligación personalísima se le deja en peor situación que al de una obligación de hacer fungible.

En cuanto al segundo límite mencionado, entiende la autora que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil no lo contempla expresamente para el caso de obligaciones de hacer personalísimas, aunque recurre al Derecho sustantivo para entenderlo presente, considerando que la atribución de un derecho de arrepentimiento a favor del prestador del servicio puede representar la solución más adecuada cuando la protección de la dignidad de la persona pasa por la imposibilidad de obligarle a la realización del hacer del que es deudor.

Este discurso le lleva a afirmar la conveniencia de reconocer con alcance general al deudor de un servicio la facultad de arrepentimiento por motivos ideológicos, si bien entiende la autora que el deudor que ejercita dicha facultad debería indemnizar los daños causados por el incumplimiento. No obstante, y aunque esto pudiera llevar a pensar que, en tal caso, el deudor se sitúa en la misma posición que si incumpliera –pudiéndosele exigir entonces la correspondiente responsabilidad contractual–, el otorgarle la facultad de arrepentimiento le sitúa en mejor posición ya que impediría que se le pudiera exigir el cumplimiento de la obligación de hacer en forma específica.

En cuanto al segundo de los principios, es decir, el de *prohibición de vinculaciones perpetuas*, formulado en el artículo 1583 CC, es muy interesante la propuesta de su aplicación extensiva a relaciones de duración determinada que atentan contra la libertad de cualquiera de los contratantes. En cuanto a las consecuencias que pueda tener la vulneración de esta prohibición, entiende la autora que la nulidad establecida por el precepto permite entender que los contratos que la vulneran se consideren contratos de duración indefinida, los cuales son convenientemente analizados por la autora.

Posteriormente, la autora atiende al *personalismo propio del servicio* para determinar qué otras normas deberían establecerse para regular el arrendamiento de servicios. En este sentido, establece una distinción clara entre las obligaciones en las que las cualidades del deudor son relevantes objetivamente –lo que ocurre en todo contrato de servicios–, y aquellas en las que dichas cualidades son subjetiva o causalmente relevantes, reservando la calificación de obligaciones personalísimas o *intuitu personae* para estas segundas –p. 416–.

La autora intenta establecer una norma general para el caso de que se produzca una *alteración del sustrato personal* del contrato de servicios. Relacionando esta cuestión con la de la alteración sobrevenida de las circunstancias y sus consecuencias, entiende que debe excluirse la extinción del contrato. Tras un análisis pormenorizado de cada uno de los supuestos que pueden darse (fallecimiento del prestador o del prestatario, incapacidad, quiebra) y de la regulación que de esta cuestión se efectúa en sede de mandato, llega la autora a la conclusión de que cuando se produce una alteración del sustrato personal, la solución más adecuada es otorgar a las dos partes de la relación la facultad de resolver el contrato, considerando adecuado dar un amplio margen al arbitrio judicial.

Posteriormente y relacionado también con la idea del personalismo propio del servicio, afirma la autora la conveniencia de establecer para el arrendamiento de servicios una norma como la que se establece en el artículo 1594 CC para el contrato de obra, y que supondría reconocer al principal

una *facultad de desvinculación del contrato* por su mera voluntad. El fundamento de esta norma y la razón de la conveniencia de su aplicación generalizada lo encuentra la autora en la idea del ahorro del trabajo a realizar por el prestador del servicio cuando el mismo no reporta ninguna utilidad al prestatario. No obstante, realiza la autora alguna matización, considerando que las consecuencias del ejercicio de dicha facultad deberían estar en función de lo que denomina «*ocasionalidad*» de la prestación, que es el criterio que la jurisprudencia ha venido aplicando para decidir sobre el alcance de la indemnización debida al ejercitarse la facultad.

No querría finalizar sin destacar la novedad de algunas de las propuestas que se realizan en esta monografía, las cuales vienen a enriquecer la discusión científica, y creo también conveniente resaltar el trazado de las argumentaciones que llevan a sostener cada una de ellas. De modo que felicito, una vez más y muy sinceramente, a la autora de la monografía y, por supuesto, a su directora.

María Teresa ALONSO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *Los elementos definitorios de las arras en el Derecho Patrimonial*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, 252 pp.

En la nueva monografía que presenta la Dra. Beatriz Verdera Izquierdo, se ha centrado en uno de los aspectos básicos de las arras. En particular, y ante la dificultad intrínseca del concepto general de arras la autora ha elegido analizar aquellos aspectos y elementos que diferencian cada una de las clases posibles en función de sus características.

Como decimos, ésta no es la primera investigación de la autora, Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil de la Universidad de Baleares. Ha publicado, específicamente, otro trabajo monográfico sobre *Los arrendamientos de local de negocios celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 en la LAU de 1994*, así como entre otros, estudios sobre la adopción y la donación de órganos.

En particular, esta obra está dividida en cinco capítulos, llevando el primero de ellos por título *Aproximación al concepto de arras en el derecho patrimonial*. Este capítulo introductorio se destina al acercamiento de los antecedentes normativos más inmediatos de la materia así como el vigente derecho patrimonial español. La profesora Verdera Izquierdo emprende su trabajo con la intención de «cimentar unos auténticos pilares a los efectos expositivos de la institución, con carácter general, que nos conduzcan a sentar unas bases sólidas de la figura con independencia de la clasificación». Por tanto, y ante la imposible confección de un concepto unitario de las arras, éstas serán explicadas según las funciones e intereses que satisfagan. No duda la autora en afirmar que estamos ante un concepto polivalente, que encontramos tanto en el Derecho de familia (arra esponsalicia) como en el patrimonial, a su vez, en este último existen diversos tipos con una configuración diversa y distinta.

Una vez hechos los anteriores planteamientos, inmediatamente después la autora ofrece un concepto general de arras. Se trata de «aquel negocio jurídico, bilateral, oneroso y accesorio de otro principal, de carácter real, consistente en la entrega de un bien fungible, de valor menor a la prestación de la obligación, otorgado –por regla general– en el momento de perfección del contrato, mediando un acuerdo entre el *tradens* y *acciens* por el que se concede a dicha entrega la función de asegurar la efectividad de la precitada obligación». Dada la etimología del vocablo arras, que en griego «arrhas» significa garantía, se tratará de una de las garantías posibles de la relación obligatoria. La autora en este aspecto sostiene que no hay que confundirlas con ciertos mecanismos de protección del crédito, sobre todo, porque las arras aparecen en la fase previa a la perfección del contrato, como medida de coacción; mientras que las auténticas vías de protección del crédito actúan tras el incumplimiento y la producción del perjuicio.

Analiza, a continuación, los antecedentes inmediatos de las arras en los textos sirio-babilonios, en el Derecho hebreo, papiros arameicos y Derecho romano. También se recogen en el Fuero Real (3,10,2) y en el Fuero Juzgo (5,4,4), consistentes en ambos textos en la entrega de una cantidad en concepto de anticipo del precio. En su virtud, resultaba imposible desistir del contrato, salvo que las partes establecieran lo contrario. Será la Partida V, Título V, Ley 7.^a, la que introduzca la penitencialidad de las arras, nota que se mantendrá en el Código Civil español. En ambos textos además se contemplan las arras confirmatorias que impedía deshacer el contrato. Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1836 mantiene las arras penitenciales limitadas a la promesa de compraventa, a diferencia del Proyecto de 1851 y del Anteproyecto de 1882-1888 que impedían el desistimiento. Como por todos es sabido, el actual artículo 1454 del Código Civil no sólo no impide el desistimiento sino que expresamente lo contempla. De modo que en este precepto se regula un tipo de arras, las penitenciales, por las que ambos contratantes pueden desistir del contrato, perdiendo el comprador las entregadas y el vendedor deberá devolverlas duplicadas.

En el segundo capítulo, *Caracteres esenciales de las arras*, la autora estudia tanto su carácter accesorio como el real. En cuanto a su accesoria respecto del negocio principal, tratará sobre los posibles contratos donde se pueden pactar las arras como en la opción de compra y en el precontrato. Esta nota de accesoria de las arras está determinada por una cláusula contractual o un acuerdo posterior que se realiza en un contrato principal, con la finalidad de garantizar el contrato en el que se sustentan; no existiría un negocio arral con carácter autónomo sin dicho contrato. Es por ello que si el negocio principal es nulo, también lo será el negocio arral, pero no a la inversa.

Asimismo tiene presente la autora que las arras pueden entregarse en cualquier negocio sinalgámático, siempre que su cumplimiento no sea instantáneo; de hecho es muy habitual en el contrato de compraventa si bien es posible que las partes las pacten para cualquier otro contrato de dicha naturaleza. No obstante, la autora pone de manifiesto que también se pueden aplicar a las relaciones obligatorias no contractuales, consistan éstas en una obligación de dar, hacer y no hacer. Con todo no serán posibles en los cuasi-contratos, como en la gestión de negocios ajenos sin mandato, en la que por su naturaleza sería incompatible; en la misma línea, tampoco sería posible pactar estas arras en el pago de lo indebido. A continuación la autora trata sobre la posibilidad de las arras en una opción de compra, en este punto diferencia con nitidez la prima del pacto de arras. Conviene detenerse en su cui-

dadora apreciación al señalar la imposibilidad de la promesa arral, ya que uno de sus requisitos esenciales reside en la entrega.

En suma, no todas las arras tienen por finalidad garantizar el crédito dado que, únicamente, esta función se cumpliría en las penales. Por otra parte, en las confirmatorias la finalidad de garantía es insignificante; mientras que en las penitenciales sí concurriría aunque sobresaldría la función indemnizatoria o liberatoria. Por todo ello, advierte Verdera Izquierdo que en principio las arras no se podrán calificar como garantías de la obligación, sino que habrá que examinar la relación concreta y la función de las arras entregadas para ventilar el interés económico tutelado en cada caso particular. No hay que perder de vista el hecho de que con los derechos reales de garantía (prenda o hipoteca) se quiere defender la posición del acreedor, a diferencia de las arras penitenciales, donde existen ventajas para ambas partes. Para la autora, por lo tanto, existirá tanto la función garantizadora (previamente matizada) aunque también una función simplificadora de la relación jurídica en la que se basan, al existir una cuantía que se imputará en caso de incumplimiento o desistimiento.

En cuanto al carácter de las arras, al ser éstas un tipo de garantía de carácter real y resultar imprescindible su entrega efectiva –no una mera promesa o convenio al respecto–, será esta entrega un requisito de eficacia del nacimiento de la obligación principal convirtiéndose en elemento constitutivo. En defecto de su entrega las arras no se podrían entender constituidas. Esta entrega de las arras supone el cumplimiento del negocio arral, no del contrato en general. No obstante, será posible que las partes convengan su entrega posterior. En este caso no se trataría de un pacto arral, sino más bien de una promesa arral, donde la función garantista será menor, al no existir la entrega, que se aproximaría a otras figuras contractuales como el dinero de arrepentimiento o la cláusula penal, que más tarde comparará la autora con las arras.

En el tercer capítulo, la autora se ocupa de los *Elementos estructurales de las arras*, donde distingue entre la entrega y el acuerdo arral. En relación con la cosa entregada por el *tradens* al *accipiens*, aquélla puede consistir en dinero o cualquier otro bien fungible, cuya cuantía y calidad deberá estar determinada en el acuerdo arral. Además, en cuanto a la cantidad entregada la autora sostiene que debería ser proporcional a la de la obligación principal, esto es, no puede ser igual o superior al importe total del contrato, ya que si así fuera se estaría ejecutando su contenido; o podría constituir una cláusula abusiva, si tuviera cierta envergadura.

Resulta imprescindible, a su juicio, la transmisión de la propiedad del objeto arral en el momento de su entrega, aunque debe matizarse tal afirmación. No es posible asimilar el negocio arral a un contrato de depósito o de prenda, al ser más fácil su desenvolvimiento y no tener una función principal de guarda y custodia. De este modo, se devolverán o imputarán al precio, según se incumpla o desista sin requerirse de la intervención judicial. El objeto arral puede ser entregado tanto por la parte obligada principalmente como por un tercero, bien al acreedor principal o bien a un sujeto ajeno al derecho; por tanto, podrían intervenir en las arras otros sujetos distintos de los del propio negocio principal.

Por otra parte, como es sabido, la tipificación del acuerdo arral se circunscribe a los de sus requisitos, haciéndose residir en la voluntad de las partes su establecimiento y cuantía. Cuando no conste que las partes han querido realizar un negocio arral, las cantidades entregadas deberán considerarse pagos anticipados. De modo que se defiende en la monografía la confi-

guración de las arras como negocio jurídico, al ser la voluntad de las partes, que la entrega de éstas tenga un fin concreto. Se puede considerar como un negocio bilateral, si bien desde el punto de vista contractual, pueden también estimarse como unilateral teniendo en cuenta que la obligación de devolverlas recae en quien las recibió, especialmente en los casos en que las entregó las hubiera sometido a condición.

Para concluir este capítulo estudia la autora los diferentes momentos en los que se pueden constituir sea al celebrarse o perfeccionarse el contrato. En este punto cabe destacar que, en función del tipo de arras pactadas podrá deferirse o no el momento de su perfección: así, en las penitenciales, no será posible pactarlas si ya se inició la ejecución del contrato, porque ya no cabría desistir de éste; las entregadas con posterioridad se considerarán parte del precio. En cuanto a las arras penales, se pueden pactar en cualquier momento, aún tras su ejecución, al ser una pena para caso de incumplimiento. Y, por último, en las confirmatorias, se pueden pactar en cualquier momento, porque al confirmar el contrato ya suscrito, aún pactándose tras su perfección en realidad lo ratifican.

En el capítulo cuarto, *Clases*, la autora estudiará una por una los tres tipos de arras que regula nuestro Derecho, con sus funciones diversas. Las *arras confirmatorias* vienen reguladas en el artículo 343 CCO, y tienen por finalidad confirmar o reafirmar la celebración del contrato, así como, garantizar su ejecución. Facultan la resolución del contrato, no así el desistimiento unilateral. En el caso de cumplimiento del contrato, supondrán una entrega a cuenta que se imputará al precio, mientras que en el caso de incumplimiento, se podrá pedir, acudiendo al artículo 1124 CC, el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, aparte de los posibles daños y perjuicios sufridos, constituyendo las arras el resarcimiento de éstos. Normalmente las expresiones tales como: «a cuenta de», «como anticipo», «primer pago», «en concepto de pago y señal»..., señalan la existencia de arras confirmatorias.

En cuanto a las *arras penales* se encuentran reguladas en el artículo 83 CCO, y con ellas se trata de asegurar el cumplimiento de la obligación, así como suponen la valoración anticipada de los daños y perjuicios en el caso de incumplimiento. Se parecerían a las arras confirmatorias, con la salvedad de que las penales cumplen su función tras el incumplimiento, y no desde la perfección del contrato, como sucede con las confirmatorias. Por lo cual, en el caso de cumplimiento del contrato, en principio se imputarán al precio; mientras que de incumplirse aquél, la parte que cumplió podrá optar entre exigir el cumplimiento con la indemnización correspondiente (que son las arras pactadas) o por la resolución del contrato, siendo las arras la penalidad que deba aplicarse.

En cuanto a las *arras de desistimiento o penitenciales*, que se encuentran reguladas en el artículo 1454 CC, mediante su otorgamiento cualquiera de las partes podrá desistir del contrato perfeccionado. Destaca la autora que no se trata de una rescisión, al no ser un supuesto de los legalmente previstos para que ésta pueda concurrir; tampoco puede encuadrarse en la resolución contractual del artículo 1124 del mencionado Código, dado que el sujeto que pretenda la resolución deberá haber cumplido su parte previamente, mientras que en las arras penitenciales el que quiere desligarse debe allanarse a perder la cuantía entregada o a devolverla duplicada, caso de haberlas recibido. Concretamente, en el supuesto de cumplimiento del contrato, las arras penitenciales entregadas se imputarán al precio; por el contrario, si se incumpliera y dicho incumplimiento fuera imputable a una de las partes, será de aplica-

ción el artículo 1124 CC, al resultar incompatible con el desistimiento, esto es: resolución del contrato o pedir el cumplimiento forzoso. Caso de que se esté en presencia de un incumplimiento imputable a las dos partes, habrá de restituirse lo entregado.

A continuación estudia la autora la naturaleza jurídica del acuerdo arral penitencial y su calificación como condición potestativa, obligación facultativa o alternativa. En este punto, que la facultad de desistimiento que tienen las partes por el acuerdo arral penitencial dependa de su voluntad, la separa de la condición puramente potestativa. No se trata de un negocio condicionado, ya que de serlo las partes podrán continuar o no en el contrato si pagan la totalidad del precio. Se añade además que las condiciones potestativas que se hagan depender únicamente de la voluntad del deudor serán nulas. Estas arras guardan al tiempo ciertas semejanzas con las obligaciones alternativas o facultativas, aunque no es menos cierto que también existen diferencias, ya que las arras son uno de los tipos de garantía de los derechos de crédito y estas dos obligaciones tratan de la configuración de la prestación en sí.

Por último trata la autora sobre la concreción del tipo de arra, con la intención de valorar si se trata del tipo regulado por nuestro Derecho o antes bien es un mero anticipo del precio. Para que sean consideradas arras penitenciales deberá constar expresamente dicha calificación, porque en su defecto se entenderá que se trata de cualquiera de los otros dos tipos o, incluso, de un anticipo del precio. Si se pretendió entregar una cantidad de dinero pero no se especificó en concepto de qué, deberá presumirse que entre los tres tipos de arras, se quiso que fueran las confirmatorias, al ser las menos gravosas. Serán penales cuando no se trate ni de las confirmatorias ni de las penitenciales; y estas últimas si así expresamente se haya pactado.

También ofrece ciertas dificultades la diferenciación del pago anticipado con unas arras penitenciales; en este extremo la autora encuentra que su análisis conduce a dos situaciones distintas. El pago anticipado consiste en un comienzo de la ejecución de la obligación, mientras que las arras son una medida de protección del crédito. La autora en este punto y para aquellos supuestos dudosos trae causa de la doctrina del Tribunal Supremo ya que entiende la doctrina más consolidada que debería tratarse de un anticipo del precio, y únicamente serán consideradas penitenciales cuando así conste de una forma evidente y clara que ésa es la voluntad de las partes. El fundamento de esta doctrina se encuentra en la excepcionalidad de este tipo de arras, debiendo interpretar el juez restrictivamente la voluntad de las partes. De este modo, caso de que resultara ser un simple anticipo, ante su incumplimiento, quien haya cumplido no se quedará con lo recibido, sino que será de aplicación la facultad resolutoria del artículo 1124 CC, devolviéndose la cantidad recibida, teniendo en cuenta además que resulta posible la petición de daños y perjuicios. Sin embargo, en el caso de las arras penitenciales, el que las recibió podrá quedarse con ellas, y podrá pedir el cumplimiento según el citado precepto, imputándose entonces éstas al precio.

La autora cierra la monografía con un exhaustivo capítulo dedicado a las *Diferencias con algunas figuras*, en particular con la pena convencional, el dinero de arrepentimiento, la prenda irregular, las fianzas impropias y, por último, el contrato de préstamo. Por cuanto se refiere a la pena convencional la mayor diferencia reside en que en las arras es imprescindible la entrega de una cantidad de dinero al perfeccionarse el contrato, mientras que en la pena convencional, existe una promesa. En cuanto al dinero de arrepentimiento, se

trata de una figura parecida a la pena convencional, por la cual el deudor puede elegir entre cumplir con su parte o pagar el precio del arrepentimiento. Por su lado, la prenda irregular como las arras penales, garantiza el cumplimiento de la obligación en la que se incluye; sin embargo, se diferencian ambas porque en el supuesto de cumplimiento, en las arras penales se imputará a la prestación frente a la prenda irregular donde esa imputación no se produce.

En definitiva la autora ha escogido un tema caracterizado por su dificultad y practicidad, por ello hay que destacar el esfuerzo invertido en el análisis de la, en ocasiones, cambiante jurisprudencia dictada en la materia. En este sentido, la obra cobra aún más si cabe un valor añadido por la incorporación de las más importantes resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales.

Araceli DONADO VARA
Profesora Ayudante de Derecho civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁN-DEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU

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

ATIAS, Ch.: «Aux origines obscures du droit civil français. André Alcita (1492-1550)», *RTDC*, 2005, núm. 3, pp. 535-538.

Escrito sobre el humanista francés que renovó el Derecho romano. (*I. S. P.*)

CALDERAI, V.: «Il problema del consenso nella bioetica», *RDC*, 2005, núm. 3, parte seconda, pp. 321-363.

Nuevos pensamientos desde la dialéctica de reglas y principios sobre bioética, a partir de la Convención sobre los derechos del hombre en la biomedicina. Observaciones sobre la tutela jurídica de la autodeterminación en biomedicina. (*M. R. D. R.*)

CATALA, P.: «Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats», *SJ*, 2005, núm. 39, I-170, pp. 1739-1742.

Presentación de un anteproyecto de contratos que reforme el Derecho civil tal y como se regula en el Código civil. Su posible extensión a Europa. (*R. A. R.*)

JANSEN, N.: «Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht», *ZEuP*, 2005, núm. 4, pp. 750-783.

El artículo no se detiene en justificar qué es propiamente la dogmática y el método jurídico, sino en qué medida se puede hablar en la actualidad de una teoría europea del Derecho privado, sobre todo a propósito del Derecho de la Unión Europea. (*M. G.-R.*)

KADNER GRAZIANO, T.: «Die Zukunft der Zivilrechtskodifikation in Europa – Harmonisierung der alten Gesetzbücher oder Schaffung eines neuen? – Überlegungen anlässlich des 200. Jahrestags des französischen Code civil», *ZEuP*, 2005, núm. 3, pp. 523-540.

El futuro de la codificación civil en Europa; armonización de los viejos Códigos o promulgación de uno nuevo. El autor se decanta porque, por el momento, se mantengan las legislaciones civiles nacionales y se promulgue un Código sólo aplicable para casos transnacionales. Ese nuevo Código podría, además, servir de modelo para las reformas legislativas en los respectivos países. (M. G.-R.)

KNOPS, K. O.: «Verjährungsbeginn durch Anspruchsentstehung bei Schadenersatzansprüchen – insbesondere nach den §§ 37a und d WpHG», *AcP*, 2005, núm. 6, pp. 821-857.

El nuevo § 195 BGB establece como plazo general de prescripción de los derechos el de tres años. Conforme al § 199, el plazo empieza a correr conforme a un criterio objetivo –cuando surge la pretensión– y otro subjetivo –cuando el acreedor conoce las circunstancias que fundamentan la pretensión, salvo grave negligencia–. El autor estudia estos requisitos, deteniéndose especialmente en su aplicación a la Ley de Negociación de Títulos Valores (*Wertpapierhandelsgesetz*) por lo que se refiere a la responsabilidad de las empresas de intermediación. (M. G.-R.)

MARKEGINIS, B.: «Quattro secoli di convergenze e divergenze fra diritto inglese e diritto francese», *RTDPC*, 2005, núm. 3, pp. 835-865.

Reflexión acerca de los puntos de conexión entre el derecho anglosajón y el francés, y la diferencia de sistemas de razonamiento, inductivo-anglosajón y deductivo-continental. (M. R. D. R.)

MARKEGINIS, B./FEDTKE, J.: «The Judge as Comparatist», *Tul. L. Rev.*, 2005, vol. 80, núm. 1, pp. 11-297.

Reflexión sobre cómo los jueces dictan sus sentencias y en particular sobre la influencia del Derecho extranjero sobre las mismas. El Derecho extranjero puede servir como fuente de inspiración, en particular si el Derecho propio resulta anticuado, oscuro o contradictorio. El volumen incluye las respuestas de otros autores a este artículo. (A. R. G.)

MICARI, G.: «È veramente il nostro un sistema di civil law? I timori legati al nuovo istituto (pretorio) della responsabilità civile della pubblica amministrazione – nota a Cons. St., sez. IV, 17 settembre 2004 n. 6155», *GC*, 2005, núm. 10, pp. 2558-2573. (M. R. D. R.)

NERVI, A.: «La difficile intergrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza», *RDC*, 2005, núm. 4, parte segunda, pp. 495-528.

Notas a la sentencia *Cass., Sez., un., 4 febbraio 2005, n. 2207*, sobre el papel del Derecho civil en el aspecto competitivo de las relaciones de mercado: instrumentos de tutela, acciones resarcitorias de los daños, competencia jurisdiccional, etc. (M. R. D. R.)

PREUß, N.: «Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung», *ZEuP*, 2005, núm. 2, pp. 291-321.

El artículo plantea en qué medida el libre ejercicio profesional dentro de cualquier país de la Unión Europea puede afectar al notariado, sobre todo al alemán. En principio, el notario ejerce una función pública, aunque no sea propiamente un funcionario público, por lo que el requisito de la nacionalidad parece justificado. Ahora bien, si llegase a haber un título ejecutivo europeo, tal requisito ya no tendría razón de ser. (*M. G.-R.*)

PRICE, D.: «The Human Tissue Act 2004», *Modern L. Rev.*, 2005, vol. 68, núm. 5, pp. 798-821.

El artículo estudia el ámbito de aplicación, alcance y efectos de la nueva ley inglesa sobre órganos y sustancias humanas. La ley, cuya plena entrada en vigor se produjo en abril de 2006, derogó las normas anteriores dictadas en los años sesenta y ochenta, e intenta equilibrar los principios de autonomía individual y de promoción del interés general. Ello se traduce en una enumeración de los supuestos en que la extracción, conservación o uso de los órganos o sustancias requiere consentimiento previo, y los casos en que ese consentimiento no resulta necesario. Con ello, se pretende evitar el escándalo que causó en la opinión pública inglesa la publicación de unos informes que revelaban la extracción, conservación y uso, por parte de algunos hospitalares ingleses, de órganos y sustancias de personas fallecidas –principalmente niños–, sin conocimiento de sus padres. (*J. S. F.*)

RACHELI, L.: «Ritardo sleale nell'esercizio del diritto (Verwirkung): tra buona fede, abuso del diritto e prescrizione – nota a Cass. 15 marzo n. 5240», *GC*, 2005, núm. 9, pp. 2182-2185. (*M. R. D. R.*)

RASIA, C.: «Il controllo della Commissione europea sull'interpretazione del diritto comunitario da parte delle corti supreme degli Stati miembri», *RTDPC*, 2005, núm. 3, pp. 1025-1051.

Análisis de la S de 9 de diciembre de 2003, causa C-129/00, Comisión frente a República italiana, de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, en relación al poder de control por parte del ejecutivo comunitario de las decisiones de las Cortes Supremas de los Estados miembros que aplican Derecho comunitario. Reflexión sobre la independencia del Poder judicial y las interpretaciones y aplicación del Derecho comunitario. (*M. R. D. R.*)

RINALDI, F.: «*Verwirkung*, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 448-456.

Comentario jurisprudencial que pone de relieve la relación existente entre la *Verwirkung*, la buena fe y el abuso del derecho en el Ordenamiento italiano. (*Alma R. G.*)

SCALSI, V.: «Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità», *RDC*, 2005, núm. 3, parte prima, pp. 283-310.

Reflexión sobre los problemas de la civilística contemporánea y la exigencia de un replanteamiento metodológico: los confines de la legalidad respecto al daño no patrimonial, el nuevo Derecho de los contratos, de la imposición normativa al deber de negociación igualitaria. (*M. R. D. R.*)

SEFTON-GREEN, R.: «Les codes manqués», *RTDC*, 2003, núm. 3, pp. 539-552.

Ideas de la codificación en Francia. Falta de plasmación. Obstáculos a la codificación en la zona del *Common Law*: proyecto de Bentham, intento de Field. Situación en Francia e Inglaterra. (*I. S. P.*)

VALCKE, C.: «Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems», *Am. J. Comp. L.*, 2004, vol. 52, pp. 713-740.

Para poder llevar a cabo de un modo satisfactorio la comparación que es propia del Derecho comparado, tanto la teoría naturalista del Derecho como la positivista resultan inadecuadas. En su lugar, es preciso entender el Derecho como jurisprudencia (*jurisprudence*), lo que permitiría que se comparasen no sólo reglas, instituciones o soluciones jurídicas, sino sistemas jurídicos completos. De este modo se reconoce el hecho de que los sistemas jurídicos son plurales, aunque unificados en cierto modo. (*A. R. G.*)

VOGENAUER, S.: «Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts – Plädoyer und Programm», *ZEuP*, 2005, núm. 2, pp. 234-263.

La creciente armonización del Derecho privado europeo a través de las correspondientes Directrices exige, no sólo para el presente, sino también para el futuro, una metodología jurídica unitaria. No se trata sólo de tener las mismas normas, sino de que sean aplicadas del mismo modo. (*M. G.-R.*)

WAGNER-VON PAPP, F.: «Die Privatautonome Beschränkung der Privatautonomie. Gewillkürte Formerfordernisse und Sperrverträge in Spielbanken als Ausprägungen des Freiheitsparadoxons», *AcP*, 2005, núms. 3-4, pp. 342-385.

El artículo plantea el problema de si la autonomía privada puede limitar esa misma autonomía para el futuro. Así, en el frecuentemente estudiado caso de los acuerdos sobre forma de futuros contratos. Pero, también, como destaca especialmente el autor, las declaraciones hechas por un sujeto para que no se le permita en un futuro acudir a casinos y otros establecimientos de juego. El trabajo se apoya en el *Behavioral Law and Economics*, y defiende finalmente un juicio valorativo sobre cada caso particular. (*M. G.-R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

ALBRIEUX, S.: «La responsabilité du fournisseur de moyens de communication électronique à l'égard des auteurs et ayants droit», *RIDA*, juillet 2005, núm. 205, pp. 3-115.

En relación con la difusión de datos ilícitos o de contenidos fraudulentos en la red, la autora aborda el tema de la responsabilidad que se le puede exigir a quien suministra a los autores del ilícito, los medios de comunicación electrónica a través de los cuales se difunden dichos contenidos. (*C. J. D.*)

BAILLEUL, D: «Le droit de mourir au nom de la dignité humaine», *SJ*, 2005, núm. 23, I-142, pp. 1055-1058.

Estudio a propósito de la Ley 2005-370, de 22 de abril, sobre derechos de los enfermos y el fin a la vida. Esta ley recoge un derecho a la muerte por abstención. (*R. A. R.*)

BALLARANI, G.: «La diffamazione tra critica e cronaca – osservazione a Cass. 21 giugno 2004 n. 11470», *GC*, 2005, núm. 10, pp. 2438-2441. (*M. R. D. R.*)

BELLINI, E.: «Moral right et droit moral: Une question de paradigme», *RIDA*, avril 2005, núm. 204, pp. 3-53.

Análisis de contraste sobre la concepción del derecho de autor en las diversas tradiciones jurídicas. (*C. J. D.*)

BRUGNATELLI, F.: «Privacy, diritto all'informazione e diritti della personalità – nota a Trib. Milano 26 noviembre 2004», *GC*, 2005, núm. 5, pp. 1385-1390. (*M. R. D. R.*)

BRUSORIO, M.: «L'intérêt légitime au changement de prénom», *GP*, 2005, núms. 364-365, pp. 2-9.

Interpretación del término interés legítimo exigido en el artículo 57 del CC francés para la admisión del cambio de nombre. (*I. S. P.*)

CHIAROLLA, M.: «Diffamazione a mezzo stampa, critica e diritti dell'intervistato», *FI*, 2005, núm. 9, pp. 2408-2410.

Comentario a sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre los límites del derecho de información y de la crítica. (*Alma R. G.*)

CORBET, J./CLARK, R./HUGENHOLTZ, B./REBELLO, L. F./KARNELL, G.: «Transposition de la Directive 2001/29/CE», *RIDA*, núm. 206, octubre 2005, pp. 5-233.

Informes acerca de la transposición de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de mayo, sobre la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y de los derechos conexos en la sociedad de la información, en los siguientes países: Bélgica, Irlanda, Holanda, Portugal y Suecia. En un número anterior de esta revista (*RIDA*, núm. 202, octubre 2004), se publicaron los informes correspondientes a la transposición de esta Directiva en Alemania, Austria, Dinamarca, Grecia, Italia, Luxemburgo y Reino Unido. En un número posterior está previsto publicar los relativos a España, Finlandia y Francia. (*C. J. D.*)

CORE, E. DEL: «Attività giornalistica e trattamento di dati personali», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 929-936.

Comentario jurisprudencial sobre el conflicto existente entre el derecho a la intimidad y la libertad de información. (*Alma R. G.*)

CORPART, I.: «Décès périnatal et qualification juridique du cadavre», *SJ*, 2005, núm. 39, I-171, pp. 1743-1746.

Muerte de un concebido. Regulación jurídica. Consideración del cadáver desde el punto de vista jurídico. (*I. S. P.*)

DERIEUX, E.: «La Constitution pour l'Europe et le droit de la communication», *SJ*, 2005, núm. 21, I-138, pp. 947-951.

Novedades que se introducen respecto de las instituciones europeas a través del Tratado de Constitución Europea. (*R. A. R.*)

DREIFUSS-NETTER, F.: «Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité», *RDS*, 2005, núm. 27, pp. 1808-1814.

Modificación de la Ley de bioética de 2004 mediante el Decreto de 10 de mayo de 2005 sobre células aisladas de la médula ósea. Papel de la administración en la donación de órganos. (*I. S. P.*)

FABIANI, M.: «Uso abusivo dell’immagine notoria e risarcimento del danno», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 3, pp. 370-372.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 23 de febrero de 2005 sobre la relación existente entre el derecho a la imagen, la notoriedad del personaje y el interés público a la información. (*Alma R. G.*)

FAMULARO, L.: «Il danno ingiusto della nascita – nota a Cass. 29 luglio 2004, n. 14488», *GC*, 2005, núm. 10, pp. 2405-2410. (*M. R. D. R.*)

FOYER, J.: «Droit du nom et préentions dynastiques», *RDS*, 2005, núm. 30, pp. 2050-2052.

Estudio jurisprudencial sobre la negativa al cambio de Borbón por Orleáns reiteradamente solicitada por los miembros de la casa de Orleáns por no reconocerles pretensiones dinásticas. (*I. S. P.*)

GIACOBBE, E.: «Brevi osservazioni sul danno da “nascita indesiderata”, ovvero un bambino malformato non ha diritto di nascere – nota a Cass. 21 giugno n. 11488», *GC*, 2005, núm. 9, pp. 2129-2134. (*M. R. D. R.*)

GINSBURG, J./GAUBIAC, Y.: «Contrefaçon, fourniture de moyens et faute: perspectives dans les systèmes de *common law* et civilistes à la suite des arrêts *Grokster* et *Kazaa*», *RIDA*, enero 2006, núm. 207, pp. 3-97.

Los autores describen la evolución de la responsabilidad derivada del fraude en relación con el derecho de autor en el Derecho norteamericano (a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Grokster*), y analizan la sentencia del Tribunal Federal de Australia en el caso *Kazaa*, a fin de contrastar los resultados con el Derecho francés. (*C. J. D.*)

HAOUIDEG, H.: «Droit d'auteur et droit international privé en Belgique», *RIDA*, enero 2006, núm. 207, pp. 99-177.

El autor expone las reglas de Derecho internacional privado vigentes en Bélgica, en relación con los litigios que tengan por objeto la protección del derecho de autor. Los comentarios al respecto, sobre el reciente Código de Derecho internacional privado belga, se completan con una descripción de los instrumentos internacionales aplicables en Bélgica. (*C. J. D.*)

MESSINETTI, D.: «Diritti della famiglia e identità della persona», *RDC*, 2005, núm. 2, parte prima, pp. 137-154.

Reflexión sobre la superación del concepto tradicional de familia y la aparición de nuevos modelos familiares, en especial, tras el surgimiento de las uniones homosexuales. Necesidad de un nuevo régimen jurídico que regule la situación de estas familias, desde el prisma de los derechos fundamentales. Paso del estatus familiar a la identidad personal. (*M. R. D. R.*)

MONFORT, J.Y.: «Les nouvelles incriminations de la loi du 30 décembre 2004 au regard de la liberté d'expression et des droits de l'homme», *GP*, 2005, núms. 350-351, pp. 2-4.

Introducción en la ley de libertad de prensa de los principios por la lucha contra toda discriminación sexista o xenófoba mediante la Ley 2004-1486 de 30 de diciembre. (*I. S. P.*)

NICOLA, V. Di: «L'atto di disposizione del diritto all'immagine ha, dunque, natura non patrimoniale», *CI*, 2005, núm. 2, pp. 449-462.

Estudio de algunas cuestiones en torno al derecho a la imagen: naturaleza jurídica de los actos de disposición del derecho a la imagen. Consentimiento de la persona retratada a la intromisión en su imagen. Forma del consentimiento. (*Alma R. G.*)

OPPO, G.: «Diritto di famiglia e procreazione assistita», *RDC*, 2005, núm. 4, parte prima, pp. 329-336.

Reflexión sobre el impacto de las técnicas de reproducción asistida en las relaciones de pareja y el concebido, y en las cuestiones de filiación. (*M. R. D. R.*)

— «Procreazione assistita e sorte del nascituro», *RDC*, 2005, núm. 2, parte prima, pp. 99-112.

Breve análisis de la Ley 40/2004 sobre procreación asistida, reflexionando sobre temas como: fecundación-procreación, embrión-nascituro, procreación por menores, subrogación de maternidad, utilización del semen de un fallecido, suerte de los embriones sobrantes, tutela de los embriones, etc. (*M. R. D. R.*)

PARENTE, F.: «Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 3, pp. 704-724.

El régimen jurídico de la «amministrazione di sostegno», institución de tutela del incapacitado, a partir de la entrada en vigor de la Ley de 9 de enero de 2004, núm. 6. En concreto, se exponen las reglas aplicables al ámbito sucesorio y al de las donaciones. (*B. F. G.*)

PFISTER, L.: «La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle», *RIDA*, juillet 2005, núm. 205, pp. 117-209.

Reflexiones en torno a la naturaleza del derecho de autor, con ocasión de las controversias doctrinales que este tema originó en el siglo XIX. (*C. J. D.*)

PRADEL, J.: «La Parque asiste par le droit. Apports de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie», *RDS*, 2005, núm. 31, pp. 2106-2113.

Intento de equilibrio por el legislador de 2005 con el derecho de los enfermos y el derecho al fin de la vida por propia voluntad del enfermo, dejándolo morir por abstención del médico. (*R. A. 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.

Consagración de la libertad sexual por los jueces mediante el consentimiento. Nuevas tendencias sexuales y silencio o laguna legal al respecto. (*I. S. P.*)

SEBASTIO, G.: «La tutela dei soggetti deboli: i bambini e gli adolescenti – osservazione a AGCM 20 maggio 2004 n. 13218 e 31 marzo 2004 n. 13052», *GC*, 2005, núm. 6, pp. 1705-1708. (*M. R. D. R.*)

SPITZ, B.: «Droit d'auteur, copyright et parodie, ou le mythe de l'usage loyal», *RIDA*, abril 2005, núm. 204, pp. 55-153.

Estudio del conflicto de intereses –artísticos, sociales y económicos– originado por la parodia de una obra artística, y los criterios a tener en cuenta con vistas a la solución del conflicto (especialmente se alude a los usos y costumbres). (*C. J. D.*)

SPURGEON, C. P.: «Chronique du Canada», *RIDA*, enero 2006, núm. 207, pp. 179-283.

Noticia de las incidencias y cambios experimentados en los últimos años, en el ámbito del derecho de autor en Canadá, con ocasión de cuatro sentencias relevantes en la materia (tres de ellas, del Tribunal Supremo de Canadá, y una del Tribunal de apelación federal). (*C. J. D.*)

STARK, Jh.: «L'hospitalisation psychiatrique sous contrainte dans la jurisprudence contemporaine», *SJ*, 2005, núm. 29, I-155, pp. 1389-1394.

Estudio sobre las particularidades del sistema francés de internamiento y la necesidad de evaluar la reforma de 1990. Incidencia en los derechos humanos. (*R. A. R.*)

VANDERMAESEN, C.: «Une révolution judiciaire méconnue: la réforme des tribunaux du contentieux de l'incapacité», *GP*, 2005, núms. 219-221, pp. 3-8.

Reforma de los tribunales de incapacidad y de su funcionamiento mediante la Ordenanza 2005-656 de 8 de junio a raíz de la ley de modernización social. (*R. A. R.*)

VON LEWINSKI, S.: «L'évolution du droit d'auteur en Allemagne de mi-1997 au printemps 2005 (1^{ère} partie)», *RIDA*, julio 2005, núm. 205, pp. 211-297.

Crónica sobre la evolución del derecho de autor en Alemania en los últimos años. (*C. J. D.*)

— «L'évolution du droit d'auteur en Allemagne de mi-1997 au printemps 2005 (2^{ème} partie)», *RIDA*, octubre 2005, núm. 206, pp. 235-333.

Segunda parte de la crónica sobre la evolución del derecho de autor en Alemania en los últimos años (continuación de la crónica iniciada en el número anterior de esta revista). (*C. J. D.*)

VV. AA.: «La résidence alternée de l'enfant», *GP*, 2005, núms. 245-246.

Número especial a propósito de la residencia alterna del niño. Regulación legal y tratamiento de los tribunales franceses al respecto. (*I. S. P.*)

PERSONA JURÍDICA

MOROZZO DELLA ROCCA, F.: «L. 24 marzo 2001 n. 89: anche alla persona giuridica spetta la pecunia doloris – nota a Cass. 21 luglio 2004, n. 13504 e a Cass. 16 luglio 2004 n. 13163», *GC*, 2005, núm. 6, pp. 1585-1586. (*M. R. D. R.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALBERTINI, L.: «Efficacia del contratto e circolazione della ricchezza (A proposito di un recente libro)», *GC*, 2005, núms. 7-8, pp. 315-320.

Recensión del libro «Eficacia del contrato y circulación de la riqueza», en torno al momento de la perfección del contrato y el momento del efecto traslativo. Reflexión sobre los requisitos de la transmisión de bienes. (*M. R. D. R.*)

ALPA, G.: «La responsabilità oggettiva», *CI*, 2005, núm. 3, pp. 959-1006.

Estudio sobre la responsabilidad civil objetiva como fórmula que reúne diversas hipótesis de responsabilidad sin culpa. Análisis de ciertos casos regulados en el Código civil y de las correcciones que la jurisprudencia ha hecho a los mismos: la responsabilidad del empresario y de los comitentes, la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, la responsabilidad por las cosas bajo custodia, la responsabilidad por los daños de animales, la responsabilidad por ruina de un edificio, la responsabilidad del productor, la responsabilidad por el tratamiento de los datos personales... (*Alma R. G.*)

— «Nuove prospettive della protezione dei consumatori», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 101-105.

El derecho de los consumidores en el contexto del Derecho de la competencia. El derecho de los consumidores en la Constitución europea. (*Alma R. G.*)

ALTHAMMER, C./LÖHNING, M.: «Sachmängelbedingte Rückzahlungsklagen und ius variandi des Käufers. Zur Verzahnung von materiellem Recht und prozessualer Taktik», *AcP*, 2005, núms. 3-4, pp. 520-546.

El trabajo trata las relaciones entre Derecho sustantivo y procesal a propósito de las opciones que el § 437 concede al comprador por vicios de la cosa. En opinión de los autores, una vez que procesalmente se ha optado por una de las vías no se puede acudir a otra, a menos que aparezcan nuevos defectos antes no alegados. (*M. G.-R.*)

ANDRIA, S. Di: «Responsabilità del medico per errata diagnosi prenatale e risarcimento del “danno da nasita indesiderata”», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 4, pp. 1090-111.

Comentario a la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 10 de mayo de 2002 sobre responsabilidad civil por *wrongful birth*. (*B. F. G.*)

ARLOTTA, A.: «Parcheggio automatizzato e responsabilità del gestore», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 534-539.

Responsabilidad del titular de un parking por incumplimiento de su obligación de custodia de los vehículos. (*Alma R. G.*)

ASTONE, F.: «Ritardo nell'esercizio del credito. Verwirkung e buona fede», *RDC*, 2005, núm. 5, parte segunda, pp. 603-632.

Comentario a la sentencia *Cass. Civ., Sez. III*, 15 marzo 2004, núm. 5240, sobre mora del acreedor y buena fe, desde la tesis doctrinal y jurisprudencial de que el retraso en el ejercicio de un derecho de crédito, no prescrito, no implica violación del deber de ejecución del contrato, según el principio de buena fe, salvo que el retraso sea la consecuencia de una inequívoca renuncia. (*M. R. D. R.*)

AUTEVILLE, R.: «L'avocat est au service de la défense et non du juge», *GP*, 2005, núms. 114-116, pp. 6-13.

Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de derechos humanos de 19 de octubre de 2004 sobre la función del abogado. (*I. S. P.*)

BALLARANI, G.: «La diffamazione tra critica e cronaca – osservazione a Cass. 21 giugno 2004 n. 11470», *GC*, 2005, núm. 10, pp. 2438-2441. (*M. R. D. R.*)

BARALE, A.: «La responsabilità del chirurgo estetico», *RTDPC*, 2005, núm. 4, pp. 1359-1371.

Comentario a las sentencias, *Cass., 20 settembre 2004, n. 18853* y *Cass., 14 giugno 2005, n. 12747*, relativas a la responsabilidad médica por operaciones de cirugía estética. Análisis de la obligación del cirujano: ¿de medios o de resultado? La obligación de informar como requisito de validez del consentimiento. (*M. R. D. R.*)

BARBIER, Jd.: «La prescription applicable aux loyers et charges», *GP*, 2005, núms. 105-106, pp. 5-6.

Estudio sobre la reciente reforma francesa por la Ley 2005-32 de 18 de enero que ha modificado el artículo 2277 del Código civil sobre prescripción quinquenal. (*I. S. P.*)

BIGOT, J: «Responsabilité et assurance décennale: la clarification attendue», *SJ*, 2005, núm. 26, I-148, pp. 1219-1223.

Modificación de la responsabilidad del contratista y necesidad de seguro mediante la Ordenanza 2005-658 de 8 de junio. Tipos de responsabilidad, y modificación de la obligación de asegurar. Ámbito de aplicación. (*I. S. P.*)

BOLAY, J. J.: «La nouvelle directive européenne relative aux pratiques déloyales: défense prioritaire du consommateur et pragmatisme», *GP*, 2005, núms. 313-314, pp. 3-7.

Estudio sobre la Directiva comunitaria de 11 de junio de 2005 sobre prácticas comerciales desleales. Campo de aplicación, prácticas prohibidas y modificación de normas. (*R. A. R.*)

BITTER, G.: «Wertverlust durch Nutzungsausfall», *AcP*, núm. 6, 2005, pp. 743-794.

El autor se plantea el problema de la indemnizabilidad del daño que supone la falta de uso de una cosa (p. ej., el coche durante su reparación debida al choque del que otro es responsable). La jurisprudencia alemana es muy restrictiva al respecto, señalando que la pérdida por el no uso sólo es indemnizable cuando se trata de bienes económicos de significación central para el desarrollo de la propia vida. (*M. G.-R.*)

BONACCORSI, F.: «Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 886-892.

Comentario jurisprudencial sobre la admisión o inadmisión de la reparación del daño moral derivado del incumplimiento de un contrato. (*Alma R. G.*)

BONANNI CAIONE, A.: «Dal “calzolaio” al “danno esistenziale”: percorso verso una teoria generale del danno alla persona», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 1, pp. 39-69.

El autor considera que el paso siguiente, tras la resarcibilidad del daño biológico, consiste en el reconocimiento del daño existencial, categoría que sitúa más allá de la dicotomía daño patrimonial *vs.* daño no patrimonial. En el artículo se propone construir esta nueva categoría teniendo en cuenta los principios constitucionales e incardinándolo en los artículos 2043 y 2059 CC italiano. (*B. F. G.*)

BOULANGER, F.: «Autorité parentale et responsabilité des père et mère des faits dommageables de l'enfant mineur après la réforme du 4 mars 2002. Réflexions critiques», *RDS*, 2005, núm. 33, pp. 2245-2249.

Responsabilidad de los padres por hechos de sus hijos. Regulación legal en el artículo 1384.4.^º y adaptación jurisprudencial a la realidad extendiéndolo a otros sujetos no progenitores. (*I. S. P.*)

BÜDENBENDER, U.: «Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers – Wahlschuld oder elektive Konkurrenz? Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik beider Rechtsinstitute», *AcP*, núms. 3-4, 2005, pp. 386-429.

El actual § 439 BGB, conforme a la correspondiente Directriz comunitaria, establece que «En caso de incumplimiento, el comprador puede exigir, a su elección, la eliminación del defecto o la entrega de una cosa sana». El autor del artículo se plantea si nos encontramos ante una deuda alternativa o cumulativa. En este último caso, a diferencia del anterior, la imposibilidad no imputable de que se realizase la opción primeramente elegida no impediría la exigencia de la otra alternativa. Para el articulista se trata propiamente de una deuda alternativa, si bien la regla del § 439 es preferente a la norma general sobre deudas alternativas del § 265 BGB. (*M. G.-R.*)

CACCAVIELLO, C.: «Il foro del consumatore: una questione ancora aperta – nota a Cass., ord. 29 settembre 2004 n. 19591 e Cass., ord. 20 agosto 2004 n. 16336», *GC*, 2005, núm. 10, pp. 2369-2374. (*M. R. D. R.*)

CALAIS-AULOY, J.: «Une nouvelle garantie pour l'acheteur: la garantie de conformité», *RTDC*, 2005, núm. 4, pp. 701-712.

Nueva garantía derivada de la transposición de la Directiva de 25 de mayo de 1999 en el Derecho francés con la Ordenanza de 17 de febrero de 2005. Responsabilidad del vendedor por vicios y por defecto de conformidad con las estipulaciones del contrato. Aplicación a contratos entre profesionales y consumidores. Existencia de dos garantías legales: la del Código civil y la del código de consumo. Necesidad de reformar el Código civil. (*R. A. R.*)

CAMILLERI, C.: «Vecchi e nuovi interrogativi in tema di doppio trasferimento immobiliare: la ricerca dei criteri di responsabilità e il caso della doppia donazione immobiliare», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 634-654.

Comentario jurisprudencial sobre la aplicación a la donación de la normativa reguladora de la responsabilidad por la doble venta de inmuebles. (*Alma R. G.*)

CANALE, G.: «Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario», *RTDPC*, 2005, núm. 4, pp. 1223-1246.

El arbitraje y la disciplina de la defensa de la competencia en el Derecho comparado: sistema estadounidense, francés, alemán, suizo, austriaco y Derecho comunitario. (*M. R. D. R.*)

CAPITELLI, P.: «Vizi della cosa promessa in vendita e ampiezza dei rimedi in favore del promissario acquirente: una questione ancora aperta», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 3, pp. 599-614.

Estudio centrado en la promesa de venta de bienes inmuebles. El autor fija su atención en los remedios que pueden ser utilizados por el promisorio adquirente si descubre, antes de la perfección del contrato, vicios en la cosa que incidan en su valor de uso. A este propósito, presenta al lector las diversas corrientes jurisprudenciales y doctrinales sobre el tema, así como la normativa específica en el ámbito de la protección de consumidores. (*B. F. G.*)

CAPURRO, T.: «Abuso di dipendenza economica e rifiuto di contrarre», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 985-990.

Comentario jurisprudencial sobre el abuso de dependencia económica y la protección que ha de otorgarse en tal caso al contratante débil. (*Alma R. G.*)

CARIAFFA, G.: «L'art. 2059 c.c.: profili riparatori (e risarcitori?) del danno alla persona», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 4, pp. 1112-1135.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 31 de mayo de 2003, sobre indemnización del daño no patrimonial. (*B. F. G.*)

CARLI, C. C.: «Appalti e analisi economica –Spunti per un'audit giureconomica dei contratti d'impresa... verso un diritto dettato dall'economia?», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 173-197.

Artículo dedicado al contrato de arrendamiento de bienes y servicios: algunas consideraciones de análisis económico del derecho. (*Alma R. G.*)

CASTON, A.: «Responsabilité et assurance-construction: le lifting», *GP*, 2005, núms. 338-340, pp. 21-30.

Comentario a la Ordenanza de 8 de junio de 2005. Noción de edificio y su evolución en los distintos textos normativos. (*R. A. R.*)

CERASO, L.: «Illecito antitrust ed azione risarcitoria del consumatore ex art. 33, comma 2, l.n. 287 del 1990: un revirement della *Corte di Cassazione* – nota a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005 n. 2207», *GC*, 2005, núms. 7-8, pp. 1795-1802. (*M. R. D. R.*)

CERESOLA, M.: «Clausole vessatorie e atto pubblico», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 602-605.

Comentario jurisprudencial sobre cláusulas abusivas insertas en un contrato celebrado ante notario. (*Alma R. G.*)

CHERUBINI, M. C.: «Sui presupposti di applicabilità della finzione di avveramento della condizione», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 875-880.

Comentario jurisprudencial sobre los requisitos necesarios para la aplicación de la ficción de cumplimiento de una condición potestativa. (*Alma R. G.*)

CHIAIA, M.: «Strumenti finanziari a debito e usura», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 224-242.

Instrumentos financieros y normativa antiusura, con particular referencia a las obligaciones emitidas por las sociedades. Consecuencias civiles del delito de usura. (*Alma R. G.*)

CHINDEMI, D.: «Danno esistenziale da responsabilità processuale aggravata», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 147-154.

Artículo dedicado a los daños causados a un sujeto, demandado en un procedimiento judicial, cuando tal procedimiento se ha iniciado con claro dolo o culpa grave por parte del demandante. (*Alma R. G.*)

CIRILLO, F. M.: «I limiti della responsabilità civile del professionista intellettuale», *GC*, 2005, núm. 6, pp. 231-253.

Observaciones sobre responsabilidad y ética en el ejercicio de profesiones intelectuales: obligación de medios y no de resultado, obligación de informar, obligación de diligencia y grados, responsabilidad por culpa y carga de la prueba, concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. (*M. R. D. R.*)

CLARET, H.: «La loi núms. 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur», *SJ*, 2005, núm. 22, I-140, pp. 1001-1006.

Puntos fundamentales de la Ley de 2005 son la tácita reconducción de los contratos de duración determinada y el crédito al consumo. Todo tiende a proteger los intereses del consumidor de acuerdo con la normativa comunitaria. (*I. S. P.*)

CORDIANO, A.: «La disciplina sulla sicurezza generale dei prodotti e la disciplina tedesca del *Schutzgesetz*», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 2, pp. 486-511.

La Directiva 92/59/CEE, modificada en el 2001, ha introducido la obligación del fabricante de ofrecer productos seguros, que se proyecta en el deber de adecuación de los productos que se tornan inseguros, en el deber de información a los consumidores de dicha inseguridad y, en su caso, en el deber de retirada de los productos del mercado. El presente artículo se pregunta si existen espacios de tutela más allá de los previstos por la normativa citada, fundamentalmente para el momento posterior a la venta. Para ello, la autora se basa en la doctrina alemana de los *Produktbeobachtungspflichten*. (B. F. G.)

COURDIER-CUISINIER, As.: «Nouvel éclairage sur l'enigme de l'obligation de donner. (Essai sur les causes d'une contraverse doctrinale)», *RTDC*, 2005, núm. 3, pp. 521-534.

Falta de la definición de la obligación de dar. Problemas que plantea: controversias doctrinales de la obligación de dar cuando la propiedad se transmite mediante el consentimiento. Problemas en la transmisión diferida de la propiedad. Causas. (I. S. P.)

CUCCOVILLO, M.: «Pagamento a prima richiesta e decadenza del creditore tra autonomia e accessorietà della garanzia», *RDC*, 2005, núm. 3, parte segunda, pp. 379-394.

Comentario a la sentencia *Cass. Civ., sez. L 4 luglio 2003, n. 10574*, sobre: la relevancia de la cláusula “a prima richiesta”, como garantía ¿autónoma o accesoria? La derogabilidad pactada del artículo 1957. La admisibilidad de la renuncia preventiva implícita. (M. R. D. R.)

D'AURIA, M.: «Garanzia di conformità e trasparenza della contrattazione d'impresa», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 2, pp. 335-386.

El artículo 1519 CC italiano recoge la obligación del vendedor de entregar un bien conforme. El citado precepto es el resultado de la transposición en el Ordenamiento jurídico italiano de la Directiva 1999/44 CE. El autor realiza un análisis comparativo de ambos textos. (B. F. G.)

DALMOTO, E.: «L'onere della prova e la protezione del consumatore», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 131-154.

Artículo dedicado a la inversión de la carga de la prueba a favor de los consumidores: análisis de hipótesis en las que el legislador permite tal inversión, hipótesis de inversión jurisprudencial de la carga de la prueba, límite de la excesiva dificultad en el ejercicio del derecho, la abusividad de las cláusulas de inversión o modificación de la carga en los contratos *standard*... (Alma R. G.)

DELLA VEDOVA, I.: «Contratti autonomi di garanzia e buona fede contrattuale», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 594-600.

Comentario jurisprudencial sobre contratos autónomos de garantía. (Alma R. G.)

DESSUET, P.: «L'ordonnance du 8 juin 2005 et la Convention tripartite du 8 septembre 2005: l'assurance construction prend ses marques...», *GP*, 2005, núms. 338-340, pp. 31-39.

Modificación a la obligación de asegurar la construcción mediante la Ordenanza de 8 de junio de 2005. Análisis de los objetivos básicos de la norma. (*I. S. P.*)

EDELMAN, J.: «Limitation Periods and the Theory of Unjust Enrichment», *Modern L. Rev.*, 2005, vol. 68, núm. 5, pp. 848-857.

Comentario sobre la naturaleza de la prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa al hilo de la sentencia dictada en el asunto *Commissioners of Inland Revenue v. Deutsche Morgan Grenfell Plc* [2005] EWCA Civ 78 (4 February 2005). El autor critica el punto de vista adoptado por la *Court of Appeal* inglesa y sugiere que la *House of Lords*, ante la cual pende el recurso interpuesto por los demandantes, debería rechazar que sólo pueda alargarse el plazo legal de prescripción en los casos en que el demandante solicita la restitución de lo que pagó por error, como en cambio admitió la sentencia citada. (*A. R. G.*)

EGIZIANO, L.: «Le nuove prospettive del contenzioso italiano in materia di danni da fumo attivo», *NGCC*, 2005, núm. 5, pp. 811-820.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad civil de las empresas fabricantes de tabaco. (*Alma R. G.*)

FACCI, G.: «L'ingiustizia del danno nelle relazioni familiari», *CI*, 2005, núm. 3, pp. 1241-1261.

Artículo dedicado a una nueva manifestación de la ampliación del ámbito de la responsabilidad civil: los daños entre familiares. (*Alma R. G.*)

FADEN, D.: «Alcune considerazioni sulla responsabilità gestionale del magistrato», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 394-396.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad civil del magistrado por el desempeño negligente de su función. (*Alma R.G.*)

FAIRGRIEVE, D./HOWELLS, G.: «General Product Safety – a Revolution Through Reform?», *Modern L. Rev.*, 2006, vol. 69, núm. 1, pp. 59-69.

Análisis de la Ley inglesa de 15 de enero de 2004, de transposición de la nueva Directiva sobre seguridad de los productos (Directiva 2001/05/EEC). En España, la Directiva se transpuso por el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, *de seguridad general de los productos*, que derogó el anterior de 1996. Los autores consideran que la nueva reforma aproxima las regulaciones europeas y norteamericanas. Al mismo tiempo, señalan y estudian algunas de sus más importantes novedades, como la obligatoriedad de retirar los productos del mercado y el deber de notificar la existencia de productos peligrosos; la decisión de armonizar los estándares en Europa por medio de Directivas técnicas como vía para concretar el alcance de la seguridad prevista en la Directiva general; o la importancia que juega el principio de precaución en este campo. (*J. S. F.*)

FAMULARO, L.: «Il danno ingiusto della nascita – nota a Cass. 29 luglio 2004, n. 14488», *GC*, 2005, núm. 10, pp. 2405-2410. (*M. R. D. R.*)

FESTI, F.: «Cessione del credito e clausola compromissoria», *RDC*, 2005, núm. 2, parte segunda, pp. 241-256.

Comentario a la sentencia *Cass., 19 settembre 2003, n. 13893*, sobre los problemas que surgen entre el cedente, cesionario y el deudor cedido, y la naturaleza autónoma de la cláusula compromisoria respecto del contrato de cesión. (*M. R. D. R.*)

FIRON, Jl.: «La place croissante du droit des contrats dans la fixation des honoraires de l'avocat», *GP*, 2005, núms. 341-342, pp. 2-18.

Concepto y función de los honorarios profesionales de los abogados. Obligación de información de éstos al cliente y sanción por inejecución. (*R. A. R.*)

FRANCIOSI, L. M.: «Orientamenti del diritto statunitense in tema di usura», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 243-261.

Artículo sobre la usura: aspectos históricos y disciplina actual de la usura en Estados Unidos, la c.d. *corporate exemption*... (*Alma R. G.*)

GABRIELLI, E.: «Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: i contraenti», *GC*, 2005, núm. 5, pp. 183-199.

Observaciones sobre la relevancia de la posición de las partes contratantes en el nuevo Derecho de contratos: tutela del consumidor y medios de defensa frente a cláusulas abusivas del mercado. (*M. R. D. R.*)

GAHDOUN, Py.: «Les apports de la théorie réaliste de l'interpretation à la notion de contrat», *RDS*, 2005, núm. 23, pp. 1517-1520.

Nuevo concepto del contrato mediante la teoría realista de la interpretación. Distinción del concepto según la ciencia jurídica y la dogmática. Definición nueva y original del contrato. (*R. A. R.*)

GALLARATI, A.: «Il diritto di ritirare la parola data tra formule e regole: un'indagine di analisi económico del diritto», *RDC*, 2005, núm. 4, parte prima, pp. 343-375.

Estudio del principio *pacta sunt servanda* y efectos del desistimiento en los contratos, desde el punto de vista del análisis económico del derecho: desistimiento y alteración económica de las relaciones contractuales. Adaptación a la normativa del Derecho comunitario. (*M. R. D. R.*)

GALLMEISTER, I.: «L'incidence de la faute de préposé sur la responsabilité de son commentant», *GP*, 2005, núms. 261-263, pp. 8-13.

Responsabilidad prevista en el artículo 1384,5 del Código civil francés, análisis y condiciones para esta responsabilidad. (*I. S. P.*)

GENCY-TANDONNET, D.: «Responsabilité contractuelle en matière de baptêmes de l'air: divergence au sein de la cour de cassation», *RDS*, 2005, núm. 44, pp. 3039-3044.

Estudio jurisprudencial sobre la responsabilidad por accidentes en los denominados bautismos en el aire, con aeronaves ligeras. Contradicción de los tribunales. (*R. A. R.*)

GIACOBBE, E.: «Brevi osservazioni sul danno da “nascita indesiderata”, ovvero un bambino malformato non ha diritto di nascere – nota a Cass. 21 giugno n. 11488», *GC*, 2005, núm. 9, pp. 2129-2134. (*M. R. D. R.*)

GONZALO, M.: «La nuova legge spagnola sull’arbitrato», *RTDPC*, 2005, núm. 3, pp. 889-904.

Comentario de la Ley española de 26 de diciembre de 2003, sobre arbitraje, que intenta la unificación con el sistema de arbitraje internacional, incrementando la autonomía arbitral y profundizando en los requisitos de la cláusula compromisoria y sus efectos y la adopción de medidas cautelares, con la intención de modernizar el instrumento arbitral y hacerlo más eficaz, en particular como método de resolver controversias de carácter comercial. (*M. R. D. R.*)

GRYNBAUM, L./LEPLAT, F.: «Ordonnance “services financiers à distance”», *SJ*, 2005, núm. 50, I-193, pp. 2299-2306.

Transposición de la Directiva comunitaria de 2002 sobre comercialización a distancia de servicios financieros mediante la Ordenanza de 6 de junio de 2005. Modificación del Código de consumo que queda en un segundo plano. (*I. S. P.*)

HINFRAY, A.: «La réforme de l’affectation immobilière (Ordonnance núm. 2005-655 du 8 juin 2005)», *RDIIm*, 2005, núm. 5, pp. 309-319.

Protección del arrendamiento. Actualización del artículo 631-7 del Código de la construcción. Resultado incierto por falta de debate. (*I. S. P.*)

INZITARE, B.: «Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale», *CI*, 2005, núm. 3, pp. 911-929.

Pretensiones resarcitorias de los consumidores contra la restricción abusiva de la competencia. El interés difuso del consumidor, para la efectividad del juego de la competencia, en cuanto situación jurídica subjetiva tutelada por la cláusula general del artículo 2043 del Código civil italiano, precepto regulador de la responsabilidad civil extracontractual. (*Alma R.G.*)

JAMIN, Ch.: «Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés», *RDS*, 2005, núm. 34, pp. 2342-2347.

Caracterización actual del Derecho de contratos como un derecho intervenido de forma estática. Contradicción de esta característica con el derecho de los sectores regulados. (*R. A. R.*)

KLEINFELD, J.: «Tort Law and In Vitro Fertilization: The Need for Legal Recognition of “Procreative Injury”», *Yale L. J.*, octubre 2005, vol. 115, pp. 237-245.

El autor cuestiona las limitaciones del Derecho norteamericano a la hora de indemnizar los daños derivados de la práctica negligente de técnicas de reproducción asistida, y más concretamente de la fecundación *in vitro*. La ausencia de daños patrimoniales y de lesiones corporales que es característica de este tipo de supuestos conlleva que quede sin compensar la frustración que los usuarios de las técnicas padecen en casos de pérdida o destrucción del material reproductivo, de implantación del material de otra pareja o de

implantación del material de la pareja demandante en otra mujer. Este grupo de casos también incluiría los supuestos de malformaciones del nacido atribuibles a la ejecución defectuosa de las técnicas. El autor propone configurar un nuevo interés protegido –el «interés en la procreación»–, cuya lesión obligaría a indemnizar tanto los daños patrimoniales como los no patrimoniales vinculados a aquél. (J. R. I.)

KOCH, B. A.: «The “European Group on Tort Law” and Its “Principles of European Tort Law”», *Am. J. Comp. L.*, 2005, vol. 53, pp. 189-205.

Uno de los miembros del llamado Grupo Europeo sobre Derecho de la responsabilidad civil describe cuál ha sido la labor de este conjunto de especialistas, labor que ha culminado con la publicación de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (Viena/Nueva York, Springer, 2005). También pueden encontrarse en Internet en la dirección del Grupo: <www.egtl.org> en diversos idiomas, incluidos el castellano y el catalán. (A. R. G.)

LANZI, E.: «In tema di difformità e vizi dell’opera nel contratto di appalto», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 861-865.

Estudio de ciertos aspectos peculiares en materia de tutela del comitente ante la presencia de vicios en la obra contratada: por una parte, la necesidad de correspondencia del precio con la obra y, por otra, la interposición de la excepción de incumplimiento por parte del comitente. (Alma R. G.)

LEANZA, P.: «*Mobbing* e risarcimento del danno esistenziale», *NGCC*, 2005, núm. 5, pp. 760-764.

Comentario jurisprudencial sobre el *mobbing* y el daño existencial que de él deriva. (Alma R. G.)

LUCIANI, A. M.: «*Escrow*», *CI*, 2005, núm. 2, pp. 801-824.

Amplio estudio de la figura jurídica «*escrow*» (depósito en garantía). (Alma R. G.)

LUPANO, M.: «Natura dell’*e-mail*, sua efficacia probatoria nella normativa vigente, d. legis. 7.3.2005, n. 82», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 938-943.

Comentario jurisprudencial sobre el valor jurídico y la eficacia probatoria del documento informático. (Alma R. G.)

MACMILLAN, C.: «Rogues, Swindlers and Cheats: The Development of Mistake of Identity in English Contract Law», *Cambridge L. J.*, november 2005, vol. 64, núm. 3, pp. 711-744.

Interesante trabajo sobre la doctrina del error en la persona en el Derecho contractual inglés. Se trata de una de las cuestiones más discutidas en la práctica jurisprudencial y en la doctrina inglesa desde mediados del siglo XIX, cuando Frederick Pollock introdujo la doctrina en Inglaterra por influencia directa de Savigny. La tesis de C. MacMillan es que el error sólo debe ser relevante cuando la identidad de la persona resulta esencial para los efectos perseguidos por el contrato. En cuanto a sus consecuencias, la autora defiende la nulidad para los casos en que el error *in personam* afecta a las dos partes contratantes que actúan de buena fe. En los casos en que el error haya sido provocado por el dolo (*fraud*) de la otra parte, la anulabilidad parece la solu-

ción más adecuada, en coherencia con los efectos que se atribuyen al dolo (*fraud*). (J. S. F.)

MAFFEIS, D.: «Forma ad substantiam, gestione di affari e divieto di venire contro il fatto proprio – nota a Trib. Roma 13 luglio 2004», *GC*, 2005, núms. 7-8, pp. 1938-1945. (M. R. D. R.)

MAGGIAR, Aa.: «La conclusión de contrats par voie électronique», *GP*, 2005, núms. 320-321, pp. 7-8.

Estudio de las formalidades exigidas en el cumplimiento de contratos por vía electrónica exigidas por la Ordenanza 2005-674, de 16 de junio. (I. S. P.)

MAISTO, F.: «Sulla struttura del collegamento funzionale tra contratti», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 2, pp. 512-529.

Comentario de la Sentencia de la *Corte di Cassazione, Sez. III*, de 18 de julio de 2003, núm. 11240 en la que se establecen los criterios para establecer si nos encontramos ante un contrato único o ante contratos relacionados. Fundamentalmente, éstos se basan en la unicidad o pluralidad de intereses perseguidos, respectivamente. (B. F. G.)

MAJELLO, U.: «Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto», *RDC*, 2005, núm. 2, parte prima, pp. 113-136.

Análisis de los artículos 1321 y 1325 CC, sobre el requisito fundamental del consentimiento en los contratos, en relación a su manifestación expresa o tácita, situación en los contratos formales, condiciones generales, etc. (M. R. D. R.)

MAJO, A. Di: «Tutela resarcitoria: alla ricerca di una tipologia», *RDC*, 2005, núm. 3, parte prima, pp. 243-265.

Nueva reflexión sobre los supuestos de responsabilidad y regulación del resarcimiento, desde la perspectiva del daño como lesión de intereses legítimos, tratando de verificar cuál es en la actualidad la real extensión de la tutela resarcitoria, los efectos y repercusiones sobre los intereses protegidos y su relación con otras formas de tutela. (M. R. D. R.)

MALINVAUD, Ph.: «La responsabilité en matière de construction après l'ordonnance núm. 2005-658 du 8 juin 2005», *RDIImm*, 2005, núm. 4, pp. 237-244.

Modificación de la obligación de garantía en la construcción. Se introducen dos nuevos artículos en el Código civil: el 1792,7 que descarta la responsabilidad de los constructores en caso de equipamiento y el 2270-2 que establece la prescripción de acciones contra los subcontratistas. (R. A. R.)

MANFREDONIA, B.: «Del gradualismo nell'interpretazione dei contratti: uno pseudoprincipio?», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 4, pp. 1136-1152.

Comentario a la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 13 de octubre de 2003, sobre interpretación de los contratos. Considera el Alto Tribunal que cuando las expresiones utilizadas por las partes son claras y no hay duda acerca de cuál ha sido su voluntad, no es necesario utilizar más interpretación que la literal. (B. F. G.)

MANKOWSKI, P.: «Information and Formal Requirements in EC Private Law», *ERPL*, 2005, núm. 6, pp. 779-796.

El moderno Derecho de consumidores utiliza en gran medida los deberes de información como instrumento de protección del consumidor. A veces, el deber de información se reviste de determinada exigencia formal. Las sanciones frente a estas exigencias formales ya no son necesariamente las clásicas, sino que pueden ser otras, como el plazo de desistimiento. Además, pueden aparecer otras sanciones, como la indemnización de daños o la alteración de la carga de la prueba. (M. G.-R.)

MANTELERO, A.: «Intese limitative della concorrenza e danno al consumatore: la decisione delle sezioni unite, punto d'arrivo o punto di partenza», *RTDPC*, 2005, núm. 4, pp. 1373-1392.

Comentario de las sentencias *Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475 e Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207*, sobre el reconocimiento de la situación del consumidor en la disciplina resarcitoria de la ley antitrust y el carácter contractual o extracontractual del daño sufrido por éste. (M. R. D. R.)

MARASCO, P. G.: «La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto», *CI*, 2005, núm. 2, pp. 539-578.

El problema de la renegociación de los contratos: la revisión del contrato. Obligación *ex lege* de renegociar el contrato. La obligación de renegociación en la jurisprudencia. Obligación de renegociar e intervención del juez. (Alma R. G.)

MARTIN, D./TRÉGUIER, PH./SAUMON, O.: «La réparation des accidents médicaux: un engagement fort de la solidarité nationale», *GP*, 2005, núms. 156-158, pp. 2-11.

Estudio a propósito de la Ley núms. 2002-303, de 4 de marzo, sobre los derechos de los enfermos, modificada por la Ley 2002-1577, de 30 de diciembre, que recoge la indemnización a las víctimas de accidentes médicos o de infecciones en centros médicos. (I. S. P.)

MEIER, S.: «Die Gesamtgläubigerschaft – ein unbekanntes, weil überflüssiges Wesen?», *AcP*, 2005, núm. 6, pp. 858-904.

El artículo trata la solidaridad de acreedores y por qué este mecanismo es tan poco utilizado hoy día, salvo en el caso de la cuenta corriente indistinta, que la doctrina alemana suele considerar como el ejemplo actual más representativo. (M. G.-R.)

MEZZASOMA, L.: «Tutela del consumatore ed acceso alla giustizia: l'introduzione della class action», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 3, pp. 776-812.

Las denominadas «class actions», acciones colectivas cuyo origen se sitúa en el *Common Law*, y los pasos dados por el Parlamento italiano para su reconocimiento. El autor muestra, además, las experiencias francesa y española. (B. F. G.)

MICARI, G.: «È veramente il nostro un sistema di civil law? I timori legati al nuevo instituto (pretorio) della responsabilità civile della pubblica amministrazione – nota a Cons. St., sez. IV, 17 settembre 2004 n. 6155», *GC*, 2005, núm. 10, pp. 2558-2573. (M. R. D. R.)

MILLET, F.: «L'acceptation des risques réhabilitée? Une application aux responsabilités du fait d'autrui», *RDS*, 2005, núm. 41, pp. 2830-2835.

Crisis de la teoría jurídica de la aceptación de riesgos, si bien está resurgiendo en la responsabilidad por hecho ajeno. (*I. S. P.*)

MONATERI, P. G.: «I contratti di impresa e il diritto comunitario», *RDC*, 2005, núm. 5, parte prima, pp. 489-506.

De nuevo, sobre el Derecho Europeo de los contratos y el problema de integración de fuentes, principios del Derecho Europeo Contractual, autonomía de la voluntad, y estudio del requisito de la causa como punto de partida para la tipificación de los contratos. (*M. R. D. R.*)

MORELATO, E.: «Neoformalismo e trasparenza contrattuale», *CI*, 2005, núm. 2, pp. 592-618.

Artículo sobre el renovado interés por la forma del contrato: la noción de forma del contrato y el principio de la libertad de forma, la finalidad del moderno formalismo, forma escrita y transparencia contractual, defecto de transparencia y cláusulas abusivas, defecto de transparencia y vulneración de los derechos de los consumidores... (*Alma R. G.*)

MORERA, U.: «Anatocismo bancario ed errori di prospettiva: nonostante la Cassazione, c'è luce in fondo al tunnel – nota a Cass., sez. un., 4 novembre 2004 n. 21095, a Trib. Roma 11 novembre 2004 e ad App. Torino 7 maggio 2004», *GC*, 2005, núms. 7-8, pp. 1841-1845. (*M. R. D. R.*)

MOROZZO DELLA ROCCA, F.: «L. 24 marzo 2001 n. 89: anche alla persona giuridica spetta la pecunia doloris – nota a Cass. 21 luglio 2004, n. 13504 e a Cass. 16 luglio 2004 n. 13163», *GC*, 2005, núm. 6, pp. 1585-1586. (*M. R. D. R.*)

NAVARRETA, E.: «Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo», *RDC*, 2005, núm. 5, parte prima, pp. 507-553.

Estudio del Derecho Europeo de los Contratos, en relación a la aplicación del principio de la buena fe en los contratos de empresas y relaciones de mercado. Control de la autonomía de la voluntad a favor del consumidor. La relación entre justicia normativa y equilibrio económico en el control de los contratos de empresa. (*M. R. D. R.*)

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, I-146, pp. 1167-1175.

Tras la condena a Francia por la no trasposición en tiempo de la directiva ha aparecido la Ordenanza de 17 de febrero de 2005 con una transposición mínima en derecho de consumo y sin afectar la normativa de la venta del código civil. (*R. A. R.*)

PALMERINI, E.: «La vita come danno? No..., sí..., depende», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 433-444.

Comentario jurisprudencial sobre la discutida existencia de un derecho a «no nacer» y la responsabilidad civil del profesional médico por un erróneo diagnóstico prenatal. (*Alma R. G.*)

PARENTE, F.: «Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 4, pp. 1003-1026.

La responsabilidad civil por *wrongful conception, wrongful life* y *wrongful birth*. El objetivo de la presente contribución consiste en ofrecer una posible tipología de casos en el Ordenamiento italiano; el autor se basa para ello en las categorías del *common law* citadas. (B. F. G.)

PASQUINELLI, C.: «La risarcibilità dei danni non patrimoniali tra interpretazione costituzionalmente orientata e límite del reato», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 953-962.

¿Apertura del Tribunal Supremo italiano a la indemnización del daño no patrimonial, más allá de los estrictos límites establecidos en el artículo 2059 del Código civil (en cuanto permite sólo la reparación de los daños no patrimoniales derivados de delito)? (Alma R. G.)

— «La prova della colpa nella responsabilità medica e l'accertamento del nesso causale per i danni da nascita indesiderata», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 559-568.

Responsabilidad civil médica por erróneos diagnósticos prenatales: Deber de información del médico, derecho a interrumpir el embarazo, determinación del nexo de causalidad... (Alma R. G.)

PATTI, S.: «Il Codice Civile e il diritto dei consumatori. Postilla», *NGCC*, 2005, núm. 5, pp. 282-287.

Conveniencia o inconveniencia de regular en el Código civil los contratos estipulados con consumidores. (Alma R. G.)

— «Il "Totocalcio" e la (abusiva) creazione giurisprudenziale di una regola sfavorevole al giocatore», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 169-171.

Condiciones generales del contrato y aplicación del principio de la buena fe. (Alma R. G.)

PEISSE, M./MOULET, V.: «La réforme relative à l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction», *GP*, 2005, núms. 338-340, pp. 13-20.

Agrupación de empresas: estructuras y práctica. Textos tipos de seguros de construcción. Riesgos de la recalificación. (I. S. P.)

PENNASILICO, M.: «L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 3, pp. 725-762.

El Código civil italiano contiene un articulado *ad hoc* para la interpretación de los contratos (arts. 1362 a 1371). Para el autor del presente artículo, siguiendo una corriente doctrinal iniciada en la década de los ochenta del siglo XX, deben tenerse en cuenta, además, otros instrumentos, como los institutos generales de la disciplina contractual, la normativa supranacional, los principios jurídicos del comercio internacional y el Derecho europeo de los contratos. (B. F. G.)

PÉRICAUD, Jf.: «L'étendue de la réparation due à la victime de désordres de la construction», *GP*, 2005, núms. 338-340, pp. 2-6.

Análisis de la evolución sufrida por el derecho a ser indemnizado de la víctima ante desórdenes en la construcción. Condiciones de reparación, forma, y sanción. (*R. A. R.*)

PÉRIER, M.: «Chronique d'une assurance ordinaire: l'assurance-vie devant la chambre mixte de la cour de cassation», *GP*, 2005, núms. 170-172, pp. 2-9.

Estudio sobre el seguro de vida conforme a cuatro decisiones de la Corte de casación francesa, sala mixta, de 23 de noviembre de 2004. Confrontación seguro de vida-capitalización. (*R. A. R.*)

PEUKERT, A.: «§ 326 Abs. 1 S. 2 BGB und die Minderung als allgemeiner Rechtsbehelf», *AcP*, 2005, núms. 3-4, pp. 430-486.

El § 326 señala de forma general que si, en una relación sinalagmática, una de las prestaciones es imposible, la contraparte no tiene que realizar la suya. Excepción a esta regla es que la imposibilidad sea «cuantitativa» (p. ej., se vende un cuadro creyendo que es un Durero, y luego no lo es); en tal caso, el deudor de la contraprestación debe solicitar expresamente la resolución o la disminución del precio. Al estudio del origen de la nueva norma y sus consecuencias prácticas se dedica el artículo. (*M. G.-R.*)

PFEIFER, G.: «Schadensfall Tod: Zur Ersatzfähigkeit entgagenen Gewinns bei Tötungsdelikten», *AcP*, 2005, núm. 6, pp. 795-820.

El autor se plantea si, como hacen los *Principles of European Tort Law*, se puede reconocer un derecho a la indemnización de las posibles futuras ganancias en caso de muerte de una persona. Contra la opinión general de doctrina y jurisprudencias alemanas, el artículo defiende la indemnizabilidad de este concepto. (*M. G.-R.*)

PIERAZZI, E. M.: «La giustizia del contratto», *CI*, 2005, núm. 2, pp. 647-657.

La justicia del contrato en la reciente literatura. La justicia del contrato a la luz de los Principios UNIDROIT. (*Alma R. G.*)

PLAIA, A.: «La garanzia convenzionale nella vendita al consumo», *RDC*, 2005, núm. 2, parte prima, pp. 155-177.

Nuevo acercamiento al Derecho de consumo, desde la óptica de las garantías convencionales y las legales: viejos y nuevos problemas sobre los remedios frente al incumplimiento, a la luz de la Directiva 1999/44/CE. (*M. R. D. R.*)

PORCELLI, M.: «In tema di risarcimento danni da illecito civile», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 3, pp. 813-827.

Comentario de la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 5 de julio de 2002, núm. 9740, en la que se afronta el problema del *quantum indemnitorio* y su transmisibilidad a los herederos. (*B. F. G.*)

RACHELI, L.: «Profili problematici della vendita dei beni di consumo (art. 1519-bis ss. c.c.)», *GC*, 2005, núm. 5, pp. 201-221.

Comentario del *d. lgs. 2 febbraio 2002 n. 24*, en aplicación de la Directiva n. 99/44/CE, sobre venta y garantía de bienes de consumo. Medios de tutela del consumidor ante los defectos de conformidad: garantía convencional, plazos de prescripción, responsabilidad del vendedor. (*M. R. D. R.*)

— «Ritardo sleale nell'esercizio del diritto (Verwirkung): tra buona fede, abuso del diritto e prescrizione – nota a Cass. 15 marzo n. 5240», *GC*, 2005, núm. 9, pp. 2182-2185. (*M. R. D. R.*)

RICCIO, A.: «L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale», *CI*, 2005, núm. 3, pp. 927-929.

Artículo dedicado al control judicial de la libertad contractual: la equidad correctora. (*Alma R. G.*)

ROBERT, Ag.: «Action paulienne et conflits de propriété», *SJ*, 2005, núm. 49, I-191, pp. 2249-2253.

Extensión actual de la acción pauliana y su choque con el derecho de propiedad. Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación civil, sección 3, de 6 de octubre de 2004. (*R. A. R.*)

ROBLES, M.: «La partecipazione bancaria ad operazioni di *project financing* “pubblico”», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 4, pp. 1026-1089.

Ánalisis de la *project financing*, figura contractual de origen anglosajón introducida en Italia por la Ley relativa a obras públicas de 11 de febrero de 1994, núm. 109 (denominada Ley «Merloni»). El esquema básico de esta figura es el siguiente: la obra pública se adjudica a una sociedad creada *ad hoc* para dicha obra («Società veicolo finanziario» o *project company*) cuyo objeto social está constituido por la realización de la obra y el aprovechamiento económico de la misma. Para el autor, es éste un ejemplo en el que el modelo tradicional del contrato, entendido como acuerdo entre dos partes, da paso a un nuevo modelo, impuesto por las exigencias de la economía moderna y las nuevas formas de colaboración y de organización de las empresas. (*B. F. G.*)

ROCCA, M. M. L. G.: «Conoscenza e riconoscibilità dell'errore. Il danno emergente ed il problema del lucro cessante nella responsabilità precontrattuale», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 623-630.

Comentario jurisprudencial en relación con la esencialidad y reconocibilidad del error contractual. Estudio del resarcimiento del daño por responsabilidad precontractual. (*Alma R. G.*)

ROJAS, G.: «Evoluzioni del diritto delle assicurazioni e rapporti con il diritto delle successioni», *RDC*, 2005, núm. 4, parte prima, pp. 413-445.

Ánalisis del contrato de seguro en relación con el Derecho de sucesiones: contrato de seguro de vida a favor de tercero y medios de tutela de los acreedores y herederos del contratante asegurado. La figura de la revocación por divorcio. Interpretación y efectos de la cláusula genérica de designación de beneficiarios a favor de los herederos, y, en sentido opuesto, la falta de designación de beneficiarios. (*M. R. D. R.*)

ROOPPO, V.: «La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'*Ambaradan* dei rimedi contrattuali)», *CI*, 2005, núm. 3, pp. 896-910.

Artículo sobre el mercado financiero y la protección del ahorro: estudio de una serie de casos cuyo interés se ubica entre el derecho del mercado financiero y el derecho civil; la violación de las obligaciones de información precontractual. (*Alma R. G.*)

Rossi, G.: «La nullità dei contratti di locazione non registrati», *CI*, 2005, núm. 2, pp. 751-766.

Serias dudas sobre la constitucionalidad de la Ley núm. 311 de 30 de diciembre de 2004, en cuanto establece la nulidad del contrato de arrendamiento de inmuebles si no está inscrito. (*Alma R. G.*)

ROSSI CARLEO, L.: «La codificazione di settore: il codice di consumo», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 3, pp. 879-895.

El proceso italiano de codificación del Derecho de consumo. (*B. F. G.*)

ROULET, V.: «Quelques évolutions significatives de la protection des sous-traitants», *GP*, 2005, núms. 124-125, pp. 2-5.

Estudio sobre la protección del subcontratista a la vista de la sentencia del tribunal de casación civil, sección tercera, de 2 de febrero de 2005. Adaptación de la Ley de 31 de diciembre de 1974. (*I. S. P.*)

SABIRAU-PÉREZ, Ma.: «La notion fiscale de simulation à l'épreuve du Droit civil», *GP*, 2005, núms. 275-277, pp. 2-9.

Diferentes maneras de considerar la simulación en el ámbito jurídico. Fundamentalmente, diferencias entre el Derecho civil y el fiscal. (*R. A. R.*)

SALVI, G.: «Nuovi orientamenti in tema di comportamento secondo buona fede in pendenza di condizioni potestative», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 666-672.

Análisis de si la conducta omisiva o pasiva de un contratante, pendiente una condición potestativa, puede considerarse como comportamiento contrario a la buena fe. (*Alma R. G.*)

SANTIS, S. DE: «Risarcimento del danno da utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di pubblico interesse e declaratoria di incostituzionalità della giurisdizione amministrativa esclusiva sui comportamenti della pubblica amministrazione in materia urbanistica ed edilizia – nota a TAR Tosc., sez. III 11 giugno 2004 n. 2066», *GC*, 2005, núm. 6, pp. 1667-1705. (*M. R. D. R.*)

SCALISI, O.: «Il risarcimento del maggior danno per inadempimento di obbligazioni pecuniarie: ancora sull'annosa questione circa la prova del danno da svalutazione monetaria ex art. 1224, comma 2.º, cod. civ.», *NGCC*, 2005, núm. 5, pp. 799-806.

Comentario jurisprudencial sobre los efectos de la depreciación de la moneda en las relaciones obligatorias. (*Alma R. G.*)

SCALISI, V.: «Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione», *RDC*, 2005, núm. 5, parte prima, pp. 459-488.

Sobre la figura de la nulidad en los contratos: efectos y medios de tutela, en relación con el principio de equidad y del Derecho comunitario de contratos. (*M. R. D. R.*)

SCHMITT, D.: «Indemnité d'eviction et imposition de plus-values», *GP*, 2005, núms. 105-106, pp. 3-4.

Estudio a propósito de la jurisprudencia existente en el tema. (*R. A. R.*)

SEBASTIO, F.: «La pubblicità occulta nel corso di una telecronaca – osservazione a AGCM 24 giugno 2004 n. 13317», *GC*, 2005, núm. 6, pp. 1703-1708. (*M. R. D. R.*)

—«I rischi di confusione derivanti dai marchi forti tra prodotti contrassegnati da un proprio nucleo ideologico – nota a Cass. 27 febbraio 2004 n. 3984», *GC*, 2005, núm. 10, pp. 2496-2500. (*M. R. D. R.*)

SFERRAZA, M.: «La responsabilità solidale della S.i.m. per fatto illecito del promotore: natura e limiti», *NGCC*, 2005, núm. 5, pp. 715-728.

Responsabilidad solidaria de las sociedades de intermediaciónmobiliaria por los daños ocasionados al cliente por el promotor de los servicios financieros. (*Alma R. G.*)

SINNO, C. DE: «La responsabilità civile della banca nella segnalazione alla Centrale dei rischi», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 4, pp. 897-934.

Análisis de la responsabilidad civil del banco por los daños sufridos por el cliente como consecuencia de una errónea comunicación de los riesgos al «Servicio de centralización de los riesgos crediticios». El autor se centra en esta cuestión, no sin antes informar de la naturaleza y las funciones de este servicio, ofrecido por el Banco de Italia a los bancos. (*B. F. G.*)

SIRENA, P.: «Il Codice Civile e il diritto dei consumatori», *NGCC*, 2005, núm. 5, pp. 277-281.

Contratos celebrados con consumidores: conveniencia o inconveniencia de su regulación en el Código civil. (*Alma R. G.*)

STAPLETON, J.: «Loss of the Chance of Cure from Cancer», *Modern L. Rev.*, 2005, vol. 68, núm. 6, pp. 996-1015.

Comentarios sobre la sentencia de la Cámara de los Lores en el caso *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2. El demandante había solicitado una indemnización por la pérdida de la oportunidad de curarse de un cáncer que, por error imputable al demandado, tardó más de diez meses en diagnosticarse y tratarse adecuadamente. La mayoría del tribunal falló en contra del demandante. Todos los razonamientos de los *Law lords* giraron en torno a la falta de determinabilidad de la oportunidad supuestamente perdida. El pronóstico incierto de la enfermedad y la evolución del estado del demandante en el curso del proceso judicial fueron elementos clave del fallo. La autora sitúa la sentencia en las coordenadas de otras decisiones recientes, en las que el Tribunal había tomado una derrota más heterodoxa en materia de causalidad (*Fairchild, Chester*). (*J. R. I.*)

TODARO, V.: «Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione», *CI*, 2005, núm. 2, pp. 575-591.

La evolución del principio de la buena fe en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano. La posición de dicha jurisprudencia sobre el principio de la buena fe en sede de ejecución del contrato. (*Alma R. G.*)

TORRESI, T.: «Delegazione di pagamento doppiamente titolata e indebito», *NGCC*, 2005, núm. 5, pp. 793-797.

Comentario jurisprudencial sobre los problemas de legitimación activa y pasiva en las hipótesis de relaciones trilaterales, en particular en la delegación. (*Alma R. G.*)

VAGNI, L.: «Il contratto a favore di terzi nella comparazione common law-civil law: dallo ius commune al diritto privato europeo», *RTDPC*, 2005, núm. 4, pp. 1195-1222.

Observaciones sobre la figura del contrato a favor del tercero, admitido en el *civil law*, pero rechazado por la regla de la *privity of contract* del sistema anglosajón. Análisis de derecho comparado con el Código civil italiano, la legislación francesa y alemana, y la perspectiva del Derecho Privado Europeo. (*M. R. D. R.*)

VELTZ, F.: «Sur la notification au préfet des conclusions réconventionnelles du bailleur aux fins de constat ou de prononcé de la résiliation du bail», *GP*, 2005, núms. 254-256, pp. 4-5.

Estudio de la nueva Ley de 18 de enero de 2005 para la cohesión social y la regulación anterior. (*I. S. P.*)

VENTRICINI, M.: «Il contratto d'opzione quale conclusione dell'affare tra parti poste in relazione attraverso una mediazione», *RDC*, 2005, núm. 5, parte segunda, pp. 635-651.

Comentario a la sentencia *Cass., Sez. III, 21 luglio 2004, n. 13590*, sobre el contrato de opción y la noción de «affare» en el ámbito de la mediación. (*M. R. D. R.*)

— «Il contratto d'opzione: le problematiche, l'ammissibilità della mancata previsione di un corrispettivo (c.d. opzione gratuita) e il rapporto con l'art. 1333 c.c.», *GC*, 2005, núms. 7-8 , pp. 297-314.

Observaciones sobre la naturaleza jurídica y los caracteres esenciales del contrato de opción. Reflexión acerca de la posibilidad de un contrato de opción gratuito y su relación con la donación y la responsabilidad de las partes intervenientes. Especial referencia a los supuestos de oponibilidad a terceros del contrato de opción, el enriquecimiento del optionario y opción con obligaciones únicamente a cargo del proponente. (*M. R. D. R.*)

VISCA, M. A.: «In tema di trasmissione dell'obbligazione risarcitoria da responsabilità amministrativa agli eredi – nota a Cass., sez. un., 28 luglio 2004, n. 14178», *GC*, 2005, núm. 10, pp. 2415-2418. (*M. R. D. R.*)

VITTI, M.: «Risarcibilità del danno patrimoniale futuro per invalidità permanente in assenza di occupazione lavorativa», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 2, pp. 530-540.

Comentario a la Sentencia de la *Corte di Cassazione, Sez. III*, de 17 de diciembre de 2003, núm. 18945. En dicha sentencia se establece que la situación de desocupado de la víctima en el momento del accidente puede excluir la resarcibilidad del daño por invalidez temporal, pero no el daño futuro en caso de tratarse de invalidez permanente. (*B. F. G.*)

VITUCCI, P.: «Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito- per una lettura sistematica dei novellati artt. 561 e 563 c.c.», *RDC*, 2005, núm. 5, parte prima, pp. 555-574.

Comentario de los artículos 561 y 563 CC., sobre transmisión de bienes a título gratuito y relación entre donatario y legitimario: insolvencia del donatario, adquisición por terceros, oposiciones a la realización de donaciones. (*M. R. D. R.*)

VOMERO, F.: «Distinzione tra confessione e ricognizione di debito», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 570-580.

Distinción entre las figuras jurídicas de la confesión y el reconocimiento de deuda. (*Alma R.G.*)

VV. AA.: «Propositions de Directive services: contribution au débat», *GP*, 2005, núms. 135-139.

Diversos estudios sobre la directiva de servicios o directiva Bolkestein. Progresos y posible utilidad. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats par le Groupe d'étude sur la justice sociale en Droit privé européen», *RTDC*, 2005, núm. 4, pp. 713-734.

Propuestas para la elaboración de un Derecho civil común europeo en materia de contratos. Necesidad de conseguir la idea de justicia social. (*R. A. R.*)

WAGEMANN, C. F.: «Die gestörte Vertragsübernahme», *AcP*, 2005, núms. 3-4, pp. 547-579.

La cesión de contrato y los problemas que se le pueden plantear al cedente y al cedido. (*M. G.-R.*)

WHITTAKER, S.: «Contractual Control and Contractual Review in England and France», *ERPL*, 2005, núm. 6, pp. 757-778.

El artículo trata de los medios de control del contenido del contrato, haciendo una comparación entre Inglaterra y Francia. La primera técnica puede ser la inserción por ley en el contrato de determinadas cláusulas, o, indirectamente, estableciendo normas cogentes sobre determinado contrato. La segunda es un control por las autoridades públicas, o incluso privadas, tomando medidas preventivas, judiciales y extrajudiciales. A continuación se estudia cómo ambas técnicas se pueden combinar. (*M. G.-R.*)

WITTING, C.: «Duty of Care: An Analytical Approach », *Oxford J. Legal Stud.*, 2005, vol. 25, núm. 1, pp. 33-63.

Ensayo sobre los criterios para establecer la existencia de *duty of care* en supuestos de responsabilidad por culpa. Contra la opinión que tiende a vincular aquél requisito con razones de política jurídica más o menos explicitadas por los tribunales, el autor argumenta que el método en tres pasos propuesto en la sentencia del caso *Caparo*, que se basa en la noción de proximidad (*proximity*) entre dañante y víctima, es el más coherente con los presupuestos y con la función de la responsabilidad civil extracontractual. (J. R. I.)

ZANELLI, P.: «Funzione notarile e firma digitale», *CI*, 2005, núm. 2, pp. 449-462.

Valor probatorio del documento electrónico y su relación con la función notarial. (Alma R. G.)

ZOPPINI, A.: «Problema e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato», *RDC*, 2005, núm. 3, parte seconda, pp. 365-377.

De nuevo, sobre la necesidad de una reforma del Derecho de fundaciones y asociaciones de Derecho privado: problemas y perspectivas en torno a la tutela de las fundaciones por el fundador o por sus administradores. (M. R. D. R.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AMODEO, D.: «L'evoluzione legislativa ed interpretativa della tutela dell'opera architettonica», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 3, pp. 311-324.

La obra arquitectónica como objeto del derecho de autor: evolución legislativa, definición e individualización del objeto del derecho, contenido de la tutela... (Alma R. G.)

BARTELS, K.: «Zur Frage der Ursächlichkeit bei den Nachforschungsobligationen des § 932 –Sorgfaltsanforderungen an den Erwerbswilligen zwischen Eigentumschutz, Prävention und Umlaufinteresse–», *AcP*, 2005, núm. 5, pp. 687-714.

La transmisión de bienes muebles requiere acuerdo de las partes sobre la transmisión y la entrega de la cosa, salvo que ésta se encontrase ya en poder del adquirente (§ 929 BGB). Conforme al § 932, se adquiere también la propiedad aunque el transmitente no sea propietario si el adquirente es de buena fe. Y se equipara a la mala fe la falta de conocimiento de la no propiedad del transmitente por negligencia grave. El estudio se dedica a analizar cuáles son las cargas que corresponden al adquirente a efectos de conocer la situación jurídica del bien mueble, y el difícil problema de si se equipara a la buena fe el supuesto de falta absoluta de investigación, cuando se supone que ésta no habría dado resultado positivo; es decir, lo que en responsabilidad civil se suele llamar «comportamiento alternativo conforme a Derecho» (*rechtsmässiges Alternativverhalten*). (M. G.-R.)

BERGEL-HATCHUEL, J.: «Une avancée vers la “class action” en matière de copropriété?», *GP*, 2005, núms. 124-125, pp. 12-13.

Estudio del tema a propósito de la última jurisprudencia francesa en la materia. (*I. S. P.*)

CÁMARA LAPUENTE, S.: «Registration of Interests as a Formality of Contracts: Comparative Remarks on Land Registers within the Frame of European Private Law», *ERPL*, 2005, núm. 6, pp. 797-839.

Estudio comparativo de los distintos sistemas registrales inmobiliarios en la Unión Europea, y en qué medida el Registro supone un requisito formal. A la vez, se hace un análisis de cuál puede ser el futuro sistema unitario en Europa. (*M. G.-R.*)

CESI, A.: «Clausole regolamentari e limiti ai diritti dei condomini: requisiti di forma», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 410-417.

Comentario jurisprudencial sobre la validez de los acuerdos de los copropietarios como límite a la propiedad exclusiva de cada uno de ellos. (*Alma R. G.*)

CHEYNET DE BEAUPRÉ, A.: «L'expropriation pour cause d'utilité privée», *SJ*, 2005, núm. 24, I-144, pp. 1113-1118.

La autora se plantea la posibilidad de una expropiación privada y no por causa de utilidad pública, emancipada de la tutela pública. (*I. S. P.*)

CORNILLE, Mf.: «Immatriculation au Registre du commerce et droit au renouvellement», *GP*, 2005, núms. 105-106, pp. 7-11.

Ánalisis del artículo 145.1º del Código de comercio sobre el estatuto de los arrendamientos comerciales. (*R. A. R.*)

ERCOLANI, S.: «Appunti sulla gestione collettiva dei diritti di autore nella telefonia mobile», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 3, pp. 347-363.

La tutela de los derechos de autor en la telefonía móvil por parte de la SIAE. (*Alma R. G.*)

FABIANI, E.: «Trascrizione erronea, apparenza del diritto, pignoramento e conflitto fra più pretendenti in relazione al medesimo bene immobile», *RDC*, 2005, núm. 5, parte segunda, pp. 543-583.

Notas sobre los efectos, frente a terceros interesados, de las rectificaciones registrales por errores materiales, en función del principio de publicidad registral y tutela de los terceros de buena fe. Especial referencia a los supuestos de simulación y adquisiciones *a non domino*. (*M. R. D. R.*)

FABIANI, M.: «La protezione del profumo tra marchio d'impresa e diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 3, pp. 325-333.

Ánalisis de si la composición de una fórmula para la fabricación de un perfume puede constituir una obra protegida por el derecho de autor. (*Alma R. G.*)

FAVAREL-VEIDIG, B.: «La saisie conservatoire de navires en droit français», *GP*, 2005, núms. 271-272, pp. 4-10.

Regulación del embargo conservativo de naves en el Derecho francés. Estudio de su normativa e interpretación judicial. (*I. S. P.*)

GARBO, G. Di: «L'esaurimento (comunitario) del diritto di marchio: precisazioni della Corte di giustizia – nota a C. giust. CE 30 novembre 2004 in causa C-16/03», *GC*, 2005, núm. 5, pp. 1161-1165. (*M. R. D. R.*)

GEIGER, Ch.: «L'avenir des exceptions au droit d'auteur», *SJ*, 2005, núm. 47, I-186, pp. 2153-2157.

Problemas en los derechos de autor con la sociedad de información. Revolución en este ámbito por la utilización de nuevas tecnologías y el paso de fronteras. Necesidad de adaptación y armonización de los sistemas. (*I. S. P.*)

GIZARDIN, B.: «Résiliation d'un contrat d'artiste-interprète et droit d'exploitation des phonogrammes appartenant au producteur», *GP*, 2005, núms. 177-179, pp. 6-20.

Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal de París, sección 18 D, de 12 de abril de 2005. (*I. S. P.*)

HILT, P.: «De l'utilité des actions possessoires», *GP*, 2005, núms. 226-230, pp. 2-10.

Posibilidad de ejercitar acciones posesorias por un poseedor perturbado. Función del juez: rapidez en su intervención y poderes reconocidos. (*R. A. R.*)

IZZO, N.: «Limiti e condizioni per il distacco unilaterale dall'impianto centralizzato di riscaldamento condominiale – osservazione a Cass. 25 marzo 2004 n. 5974 e Cass. 28 gennaio 2004 n. 1558», *GC*, 2005, núm. 9, pp. 2171-2174. (*M. R. D. R.*)

— «Tassa passo carrabile condominiale: imposizione e sua ripartizione – osservazione a Cass. 28 aprile 2004 n. 8106, Cass. 4 dicembre 2003 n. 18557 e a Cass. 26 febbraio 2003 n. 2864», *GC*, 2005, núm. 10, pp. 2486-2488. (*M. R. D. R.*)

KLINCK, F.: «Stellvertretung im Besitzerwerb», *AcP*, 2005, núms. 3-4, pp. 487-519.

Se estudia la posibilidad de adquirir la posesión mediante representación. El BGB no dice nada al respecto, a diferencia del Proyecto de la Segunda Comisión, y la doctrina mayoritaria actual se opone a su admisión. El autor defiende su admisibilidad sobre la base de que la adquisición posesoria es análoga a una declaración de voluntad. (*M. G.-R.*)

KNÖFEL, O. L.: «Rechtszuordnung und Publizität – Teilnahme der Gesellschaft bürgerlichen Rechts am Grundstückverkehr», *AcP*, 2005, núm. 5, pp. 645-686.

Como es generalmente sabido, la sociedad civil del BGB carece de personalidad jurídica. El artículo se plantea los problemas a que ello da lugar en el tráfico inmobiliario, en especial, en lo que se refiere a la inscripción en el Registro de la Propiedad. (*M. G.-R.*)

MASTROPAOLO, F.: «Servitù coattive: contratto, sentenza, finalità», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 1, pp. 143-167.

Análisis de las servidumbres coactivas. (*B. F. G.*)

MONDINI, A.: «In tema di poteri dell’assemblea condominiale», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 400-407.

Comentario jurisprudencial sobre la obligación solidaria de los copropietarios a contribuir a los gastos de interés común. (*Alma R. G.*)

— «In tema di notifica eseguita presso il domicilio dell’Amministratore condominiale deceduto», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 585-589.

Nulidad o validez de la citación hecha al administrador de una comunidad de copropietarios, cuyo objeto es la impugnación de un acuerdo de la asamblea de vecinos, cuando tal citación se dirige al domicilio del administrador ya fallecido. (*Alma R. G.*)

NARDI, S.: «Appunti in tema di patto commissorio e violazione del principio di solidarietà», *GC*, 2005, núm. 9, pp. 329-342.

Breves apuntes sobre la prohibición del pacto comisorio, establecida en el artículo 2744 CC. (*M. R. D. R.*)

PELLEGRINO, R.: «La trasmissione via telefonia mobile di opere protette dal diritto di autore (Riunione del Gruppo Nazionale Italiano dell’ALAI - Associazione Letteraria e Artistica Internazionale)», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 3, pp. 338-346.

Ánalisis de la tutela que recibe la utilización de obras del ingenio a través de teléfonos móviles. (*Alma R. G.*)

PENNAZIO, R.: «Apparenza e obbligazione propter rem», *RTDPC*, 2005, núm. 3, pp. 987-1012.

Estudio jurisprudencial sobre el principio de la buena fe y la protección de la apariencia creada a favor de terceros: apariencia *iuris* y derecho sucesorio, *iura in re*, obligaciones reales, obligaciones *ob rem*. (*M. R. D. R.*)

PIOMBO, D.: «Legittimazione processuale dell’amministratore di condominio: nuovi orientamenti della Cassazione», *FI*, 2005, núms. 7-8, pp. 2082-2086.

Comentario a sentencia sobre el ámbito de la legitimación procesal del administrador de una comunidad de copropietarios. (*Alma R. G.*)

RICCHIUTO, S.: «La riproduzione del ritratto fotografico di personaggio noto», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 3, pp. 379-387.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 17 de enero de 2004 acerca de los problemas derivados de la protección de la obra fotográfica. (*Alma R. G.*)

RONCHI, B.: «L’applicazione dell’art. 41 *quinquies* non esclude l’operatività delle norme del codice civile», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 3, pp. 828-840.

Comentario a la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 1 de agosto de 2002, núm. 11489 sobre distancia debida en las construcciones. (*B. F. G.*)

SEBASTIO, F.: «I rischi di confusione derivanti dai marchi forti tra prodotti contrassegnati da un proprio nucleo ideologico – nota a Cass. 27 febbraio 2004 n. 3984», *GC*, 2005, núm. 10, pp. 2496-2500. (*M. R. D. R.*)

SERGHERAERT, E./VION, D.: «Trasposition de la directive relative à la protection des inventions biotechnologiques», *GP*, 2005, núms. 238-242, pp. 2-8.

Problemas en torno a la mala adaptación de la directiva a través de la Ley francesa de 7 de agosto y 9 de diciembre de 2005. (*R. A. R.*)

SIMMLER, Ph.: «Double revirement de jurisprudence», *SJ*, 2005, núm. 52, II-10183, pp. 2425-2430.

La garantía real prestada para garantizar la deuda de un tercero no implica ningún sometimiento personal. No es una fianza. Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación civil, sección mixta, de 2 de diciembre de 2005. (*R. A. R.*)

TEDESCO, G.: «Osservazioni in tema di applicabilità dell'art. 540, comma 2, c.c nell'ipotesi di casa familiare in coproprietà con terzi – nota a Cass. 30 luglio 2004 n. 14594», *GC*, 2005, núm. 5, pp. 1264-1267. (*M. R. D. R.*)

— «Sulla preferenza accordata dall'art. 720 c.c. al titolare della Maggiore quota in ipotesi di comunione ereditaria comprendente più beni indivisibili – nota a Cass. 9 novembre 2004, n. 21294», *GC*, 2005, núm. 6, pp. 1521-1524. (*M. R. D. R.*)

TURELLO, M.: «L'occupazione appropriativa nei limiti tracciati dall'evoluzione giurisprudenziale italiana e comunitaria», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 666-672.

Evolución de la ocupación como medio de adquirir la propiedad y conformidad de tal instituto con la Constitución italiana y con la Convención Europea de los Derechos del Hombre. (*Alma R. G.*)

VENTRICINI, M.: «Il contratto d'opzione quale conclusione dell'affare tra parti poste in relazione attraverso una mediazione», *RDC*, 2005, núm. 5, parte seconda, pp. 635-651.

Comentario a la sentencia *Cass., Sez. III, 21 luglio 2004, n. 13590*, sobre el contrato de opción y la noción de “affare” en el ámbito de la mediación. (*M. R. D. R.*)

— «Il contratto d'opzione: le problematiche, l'ammissibilità della mancata previsione di un corrispettivo (c.d. opzione gratuita) e il rapporto con l'art. 1333 c.c.», *GC*, 2005, núms. 7-8 , pp. 297-314.

Observaciones sobre la naturaleza jurídica y los caracteres esenciales del contrato de opción. Reflexión acerca de la posibilidad de un contrato de opción gratuito y su relación con la donación y la responsabilidad de las partes intervenientes. Especial referencia a los supuestos de oponibilidad a terceros del contrato de opción, el enriquecimiento del optionario y opción con obligaciones únicamente a cargo del proponente. (*M. R. D. R.*)

WAGNER, S.: «Die Bestellung von Grundpfandrechten durch nahe Angehörige – Causa finita?», *AcP*, 2005, núm. 5, pp. 715-742.

El Tribunal Constitucional alemán ha declarado nulo en ciertos casos el contrato de fianza cuando grava extraordinariamente al fiador como consecuencia de la «desigualdad estructural» de las partes a la conclusión del contrato. Por el contrario, el Tribunal Supremo niega que la doctrina constitucio-

nal sea aplicable cuando la garantía de un tercero sea real y no personal. A discutir esta posición se dedica el trabajo. (*M. G.-R.*)

DERECHO DE FAMILIA

AMORELLA, S.: «Azione di accertamento della paternità naturale e relativi mezzi di prova: brevi osservazioni a margine di un orientamento consolidato», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 1, pp. 226-261.

Comentario de la Sentencia de la *Corte di Cassazione, Sezione I*, de 21 de febrero de 2003 sobre acciones de filiación y, en concreto, sobre los medios de prueba admisibles. (*B. F. G.*)

BALESTRA, L.: «Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione», *RDC*, 2005, núm. 3, parte segunda, pp. 277-296.

Apuntes sobre los límites y validez de la negociación entre cónyuges en aras de su separación, ante la necesidad de protección de los intereses de la familia y la tutela del cónyuge débil. (*M. R. D. R.*)

BOICHÉ, A.: «L'articulation des règles du nouveau droit communautaire du divorce avec les règles nationales de compétence directe», *GP*, 2005, núms. 147-148, pp. 23-27.

Estudio de la nueva regulación del divorcio a la vista del Reglamento europeo 1347/2000, de 29 de mayo, del Reglamento núm. 2201/2003 en vigor desde el 1 de marzo de 2005 y la sentencia de la corte de casación civil de 22 de febrero de 2005 sobre responsabilidad de los padres. (*R. A. R.*)

CALVARI, F.: «In tema di quantificazione dell'assegno di divorzio», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 508-514.

Comentario jurisprudencial sobre los presupuestos necesarios para el reconocimiento de una pensión tras el divorcio y criterios para su determinación. (*Alma R. G.*)

CHOUDHRY, S./FENWICK, H.: «Taking the Rights of Parents and Children Seriously: Confronting the Welfare Principle under the Human Rights Act», *Oxford J. Legal Stud.*, 2005, vol. 25, núm. 3, pp. 453-492.

La experiencia inglesa demuestra que en ciertas áreas del derecho los tribunales son reticentes a aplicar la *Human Rights Act*. El artículo estudia el caso particular del Derecho de familia, en especial en cuestiones relativas a hijos menores. En este ámbito, los tribunales tienden a adoptar como principio básico de actuación la prevalencia automática del bienestar de los hijos por encima de los derechos de cualquier otro miembro de la familia. Las autoras consideran que ese enfoque es contrario a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, basado en la ponderación de los diversos intereses en juego, uno de los cuales es el bienestar de los hijos, pero con mayor rango, sino al mismo nivel que los demás. (*J. S. F.*)

CORPART, I.: «La filiation sur ordonnance ou l'abolition des inégalités», *GP*, 2005, núms. 236-237, pp. 2-7.

Diversas reformas francesas sobre la filiación. Análisis de la última reforma mediante la Ordenanza 2005-759, de 4 de julio de 2005. (*I. S. P.*)

CRICENTI, G.: «Comunione di beni, preliminare di vendita e tutela del coniuge pretermesso», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 895-900.

Comentario jurisprudencial relativo a la validez de un contrato preliminar de compraventa de un bien ganancial estipulado por uno solo de los cónyuges. (*Alma R. G.*)

DEHARO, G.: «Les libéralités consenties à la concubine par l'époux adultera», *GP*, 2005, núms. 289-291, pp. 2-11.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 25 de junio de 2005. (*I. S. P.*)

FERRANDO, G.: «Il contributo della Corte Europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia», *NGCC*, 2005, núm. 5, pp. 263-276.

Incidencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito de la familia: el derecho de contraer matrimonio y de fundar una familia, el cambio de sexo y las parejas homosexuales, el respeto de la vida privada y familiar, las relaciones entre Estado y familia, la filiación natural, el derecho de conocer los propios orígenes... (*Alma R. G.*)

FERRANDO, G.: «La Corte di Cassazione non si arrende: la questione di legittimità costituzionale dell'art. 274 cod. civ. ritorna alla Consulta», *NGCC*, 2005, núm. 5, pp. 746-750.

Artículo sobre la naturaleza sustancial o procesal de la norma que impone la valoración del interés del menor para el ejercicio de la acción dirigida al reconocimiento de la paternidad o maternidad natural. (*Alma R. G.*)

FERRARA, F.: «Rilevanza dello stato di bisogno e assegno a carico dell'eredità», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 517-522.

Comentario jurisprudencial sobre la extinción o no del derecho de pensión a favor del ex cónyuge supérstite en el caso de que fallezca el obligado al pago de dicha pensión: ¿deben asumir la carga de este pago sus herederos? (*Alma R. G.*)

FINOCCHIARO, M.: «L'elisione delle condizioni di divorzio e conoscenza sopravvenuta di fatti rilevanti-osservazione a Cass. 2 novembre 2004 n. 21049», *GC*, 2005, núms. 7-8, pp. 1847-1850. (*M. R. D. R.*)

GALGANO, F.: «La comunione dei beni fra coniugi a trent'anni dalla sua introduzione», *CI*, 2005, núm. 3, pp. 1007-1012.

Estudio de algunos de los cambios acontecidos en la comunió legal de bienes entre cónyuges desde su introducción por el legislador italiano en 1975: las tendencias reductivas de la jurisprudencia, el problema de la exclusión de la coadquisición, comunió de bienes y matrimonio homosexual... (*Alma R. G.*)

GRANELLI, C.: «L'alienazione con riserva di usufrutto a favore del disponente e, successivamente, a favore del coniuge di quest'ultimo: in tema di attribuzioni patrimoniali senza corrispettivo fra coniugi», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 2, pp. 335-386.

La legislación italiana exige que en la donación de bienes inmuebles comparezcan dos testigos. En caso de enajenar uno de los cónyuges el domicilio conyugal, reservándose el usufructo para sí y, para después de su muerte, para su cónyuge, ¿puede considerarse una donación entre cónyuges sujeta al cumplimiento de dicho requisito? A esta pregunta trata de dar respuesta el dictamen que recoge el presente artículo. (B. F. G.)

GROSSI, F.: «Problemi attuali della nozione di parentela e di famiglia», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 3, pp. 661-703.

El artículo 8 de la CEDH reconoce el derecho al respeto a la vida familiar, que, para el Estado, se traduce en una prohibición de injerencia en la vida familiar, así como en una obligación de legislar cuando se aprecie que la laguna legal incide en la falta de respeto a la vida familiar. El presente artículo se centra en la incidencia del citado precepto en la noción de parentesco y expone las diversas actuaciones en este ámbito de los Ordenamientos alemán, francés e italiano. A título de ejemplo, la supresión en Alemania de las diferencias entre hijos naturales y legítimos. (B. F. G.)

JUSTON, M.: «La médiation dans le contentieux familial: un changement de culture judiciaire», *GP*, 2005, núms. 362-363, pp. 2-4.

Papel de la mediación familiar. Cuadro jurídico, utilización y efectos. (R. A. R.)

LIPARI, N.: «Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia», *RTDPC*, 2005, núm. 3, pp. 715-728.

Balance y perspectivas del Derecho de familia tras la reforma introducida en 1975. Especial referencia a temas como el matrimonio como acto o como relación, las dos formas matrimoniales, la evolución social de la familia, la familia de hecho heterosexual y homosexual, la necesidad de una mayor regulación de las uniones de hecho, los efectos de la separación y el divorcio. (M. R. D. R.)

LONGOBUCCO, F.: «“Estromissione” del bene dalla comunione legale e “negoziò a causa atípica familiare”: nuovi percorsi dell’autonomia coniugale», *CI*, 2005, núm. 3, pp. 1012-1038.

Ánalisis de si los cónyuges, en el momento de la adquisición de un bien y en ejercicio de su autonomía privada, pueden decidir la exclusión de tal bien de la comunión legal de bienes, más allá de los casos expresamente establecidos por el legislador. (Alma R. G.)

MASSIP, J.: «Le contrôle par la Cour de cassation de la faute cause de divorce», *GP*, 2005, núms. 149-151, pp. 2-4.

Estudio a propósito de las sentencias de la corte de casación francesa, Sala Primera de 11 de junio de 2005 en aplicación del artículo 242 CC francés. (R. A. R.)

MESSINETTI, D.: «Diritti della famiglia e identità della persona», *RDC*, 2005, núm. 2, parte prima, pp. 137-154.

Reflexión sobre la superación del concepto tradicional de familia y la aparición de nuevos modelos familiares, en especial, tras el surgimiento de las uniones homosexuales. Necesidad de un nuevo régimen jurídico que

regule la situación de estas familias, desde el prisma de los derechos fundamentales. Paso del estatus familiar a la identidad personal. (*M. R. D. R.*)

MICARI, G.: «La teorica del Rechtsmissbrauch nell'ordinamento giuridico italiano: rapporti con la buona fede e gli atti leciti dannosi», *GC*, 2005, núm. 9, pp. 357-380.

De nuevo sobre el principio que prohíbe el abuso del derecho, con ocasión de la sentencia *Cass. 12 settembre 2003, n. 13441*, en relación con la cláusula de buena fe objetiva y la responsabilidad por actos lícitos dañosos. (*M. R. D. R.*)

OPPO, G.: «Diritto di famiglia e procreazione assistita», *RDC*, 2005, núm. 4, parte prima, pp. 329-336.

Reflexión sobre el impacto de las técnicas de reproducción asistida en las relaciones de pareja y el concebido, y en las cuestiones de filiación. (*M. R. D. R.*)

— «Procreazione assistita e sorte del nascituro», *RDC*, 2005, núm. 2, parte prima, pp. 99-112.

Breve análisis de la Ley 40/2004 sobre procreación asistida, reflexionando sobre temas como: fecundación-procreación, embrión-nascituro, procreación por menores, subrogación de maternidad, utilización del semen de un fallecido, suerte de los embriones sobrantes, tutela de los embriones, etc. (*M. R. D. R.*)

PROTO, M.: «Sulle attribuzioni patrimoniali nella convivenza extraconiugale», *GC*, 2005, núm. 9, pp. 343-355.

Reflexión sobre el tema de las parejas de hecho y la situación de “convivencia” como fuente de derechos y obligaciones: obligaciones civiles y naturales, en torno a los negocios de transmisión de bienes y constitución de derechos reales entre convivientes. (*M. R. D. R.*)

QUERCI, A.: «Azione di disconoscimento di paternità e prove biologiche. Profili di costituzionalità», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 461-467.

Comentario jurisprudencial en materia de determinación de la filiación y prueba biológica. (*Alma R. G.*)

RENDÀ, A.: «L'inserimento del figlio naturale della famiglia legittima: l'art. 252 c.c. tra molteplici percorsi interpretativi», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 2, pp. 463-485.

Análisis de los requisitos que deben cumplirse para la inserción del hijo natural de uno de los cónyuges en la familia: consentimiento de los hijos legítimos de más de diecisésis años y del progenitor natural que lo hubiese reconocido con anterioridad, distinción entre reconocimiento antes del matrimonio o durante el mismo, y autorización judicial. (*B. F. G.*)

RIVA, I.: «Nuovi orientamenti in tema di acquisti personali del coniuge in regime di comunione legale dei beni», *RTDPC*, 2005, núm. 4, pp. 1325-1341.

Comentario a la sentencia *Cass., 24 settembre 2004, n. 19250*, sobre adquisiciones de bienes inmuebles por un cónyuge constante la sociedad de gananciales, cuando el precio de la adquisición se paga con una cesión de bienes de carácter privativo del cónyuge adquirente. (*M. R. D. R.*)

ROJAS, G.: «Il regime patrimoniale della famiglia e i contratti assicurativi», *RTDPC*, 2005, núm. 4, pp. 1267-1284.

Observaciones sobre el régimen económico de la familia y los seguros de vida, con especial referencia a la regulación estadounidense. (*M. R. D. R.*)

Rossi, R.: «Effetti patrimoniali della riconciliazione e terzi, tra codice e giurisprudenza», *NGCC*, 2005, núm. 5, pp. 295-311.

Los efectos de la reconciliación sobre las relaciones patrimoniales de los cónyuges separados: la publicidad de la reconciliación como sistema de tutela de los derechos de terceros. (*Alma R. G.*)

SCIA, F.: «Indennità di fine rapporto e divorzio», *NGCC*, 2005, núm. 3, pp. 107-130.

Derecho del cónyuge divorciado a una parte de la indemnización que recibe su ex cónyuge por la extinción, posterior al divorcio, de su contrato de trabajo: ¿puede la solidaridad conyugal seguir operando años después del divorcio? (*Alma R. G.*)

SÉRIAUX, A.: «Une définition civile du mariage», *RDS*, 2005, núm. 29, pp. 1966-1969.

Nuevas formas de matrimonios ante las nuevas tendencias doctrinales llevan a replantear la definición civil de matrimonio. La autoridad de la unión matrimonial se ha debilitado. Necesidad de una reforma. (*R. A. R.*)

TAUPITZ, J./SCHLÜTER, J.: «Heterologe künstliche Befruchtung: Die Absicherung des Samenspenders gegen unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche des Kindes», *AcP*, 2005, núm. 5, pp. 591-644.

Estudio sobre la inseminación artificial y la fecundación in vitro heterólogas, desde el punto de vista de la protección del «donante» de semen frente a las reclamaciones de alimentos o legitimarias del niño así concebido. Téngase en cuenta que, en Derecho alemán, a diferencia del español, el niño puede impugnar con éxito la paternidad del padre de deseo que prestó su consentimiento. (*M. G.-R.*)

VENCHIARUTTI, A.: «Il minore e il danno. Riflessioni sulla responsabilità dei genitori in Francia e in Italia», *RDC*, 2005, núm. 2, parte segunda, pp. 219-240.

Estudio jurisprudencial de Derecho comparado, sobre la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por los hijos: diferentes sistemas de responsabilidad, desde la responsabilidad por culpa *in vigilando* hasta la responsabilidad objetiva. (*M. R. D. R.*)

VV. AA.: «Etats généraux du Droit de la Famille», *GP*, 2005, núms. 189-190.

Diversos estudios sobre la familia en general y sus diversas instituciones. Su regulación en el Derecho europeo e internacional. (*I. S. P.*)

DERECHO DE SUCESIONES

BILOTTI, E.: «Tre questioni in tema di tutela dei legittimari: la decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di riduzione: la nullità per preterizione

della divisione testamentaria e la posizione giuridica del legittimario pretermesso; la disposizione testamentaria dell'usufrutto universale a favore del coniuge con istituzione *ex asse dei figli*», *NGCC*, 2005, núm. 5, pp. 823-841.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 25 de octubre de 2004 y, en concreto, estudio de tres cuestiones relativas a la protección del derecho de los legitimarios: la prescripción de la acción de reducción, la nulidad por preterición de la participación de la herencia y la disposición testamentaria del usufructo universal a favor del cónyuge. (*Alma R. G.*)

CIOCIA, M.: «Vendita di un bene ereditario da parte di un coerede: effetti obbligatori o reali?», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 1, pp. 217-225.

Comentario de la Sentencia de la *Corte di Cassazione, Sezione III*, de 1 de julio de 2002, núm. 9543 sobre venta de un bien de la herencia por un coheredero antes de la partición. (*B. F. G.*)

FINELLI, W.: «Esecutore testamentario, permuto di bene facente parte dell'asse ereditario ed espressa previsione da parte del *de cuius*», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 3, pp. 868-878.

Dictamen sobre permuto de un bien perteneciente a la herencia, a celebrar por el ejecutor testamentario, de acuerdo con lo ordenado por el causante. Los llamados a la herencia, que todavía no han ejercido el *ius delationis*, se oponen. (*B. F. G.*)

LEONARDI, A.: «L'uso gratuito dell'appartamento attribuito dal *de cuius* al figlio rientra nell'asse ereditario ai fini della determinazione della porzione disponibile», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 691-694.

Discusión sobre la calificación como donación indirecta de la cesión gratuita del uso de un apartamento atribuido por el ascendiente causante a su hijo, a efectos del cómputo de la legítima. (*Alma R. G.*)

LETELLIER, H./LICHENBERGER, Ch.: «Testament de fin de vie et droit international», *GP*, 2005, núms. 266-267, pp. 7-8.

Estudio a propósito de la Ley de 22 de abril de 2005 sobre derechos de los enfermos y derecho al fin de la vida, en concreto del artículo 1111-11 introducido en el Código de la salud. Comparación con los Derechos alemán y austriaco. (*R. A. R.*)

PANZA, G.: «Un caso dubbio in tema di erede o esecutore testamentario», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 4, pp. 1153-1157.

Dictamen sobre un caso en el que aparece dudoso si, quien ha sido nombrado como ejecutor testamentario, ha sido, además, instituido como heredero. Se pregunta, además, si la disposición de última voluntad de la testadora a favor de los pobres puede ejecutarse abriendo un centro multiétnico para pobres. (*B. F. G.*)

PARENTE, F.: «L'incompatibilità tra la rinuncia alla chiamata ereditaria per testamento e l'accettazione della vocazione legittima a titolo di erede per la stessa eredità», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 1, pp. 168-187.

El autor considera que si un sujeto repudia la herencia a la que ha sido llamado por testamento, no puede, en caso de ser llamado a la misma herencia posteriormente por la ley, aceptarla. (*B. F. G.*)

PERLINGIERI, G.: «La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 1, pp. 273-289.

Dictamen sobre validez de testamento ológrafo en caso de incapacidad del testador. (*B. F. G.*)

ROJAS, G.: «Evoluzioni del diritto delle assicurazioni e rapporti con il diritto delle successioni», *RDC*, 2005, núm. 4, parte prima, pp. 413-445.

Análisis del contrato de seguro en relación con el Derecho de sucesiones: contrato de seguro de vida a favor de tercero y medios de tutela de los acreedores y herederos del contratante asegurado. La figura de la revocación por divorcio. Interpretación y efectos de la cláusula genérica de designación de beneficiarios a favor de los herederos, y, en sentido opuesto, la falta de designación de beneficiarios. (*M. R. D. R.*)

SCHMIDT, K.: «Erbteilsabtretung, Miterbenabfindung und Anwachsung bei der Erbgemeinschaft. Nachdenken über § 2033 BGB und die Struktur der Erbgemeinschaft», *AcP*, 2005, núms. 3-4, pp. 305-341.

El Tribunal Supremo alemán y la mayoría de la doctrina consideran, a imagen de lo que sucede en las sociedades personales, que en el caso de acuerdo entre los coherederos para que uno deje la comunidad a cambio de una compensación (*Abfindung*), se produce un acrecimiento automático de las cuotas de los restantes. El autor se opone a ello, señalando que lo que realmente hay es una transmisión, que, por tanto, debe respetar los correspondientes requisitos de forma. (*M. G.-R.*)

SIMLER, Ph.: «La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil», *SJ*, 2005, núms. 31-35, I-160, pp. 1499-1502.

El artículo 265 del Código civil según la mayoría de la doctrina permite, en caso de muerte de uno de los cónyuges, que el otro pueda dividir la comunidad y tomar su mitad. Este derecho no ha sido impedido con la reforma del divorcio. (*I. S. P.*)

TEDESCO, G.: «Sulla preferenza accordata dall'art. 720 c.c. al titolare della Maggiore quota in ipotesi di comunione ereditaria comprendente più beni indivisibili – nota a Cass. 9 novembre 2004, n. 21294», *GC*, 2005, núm. 6, pp. 1521-1524. (*M. R. D. R.*)

QUARNOLO, M.: «Vicente del concorso fra legittimari e computo della quota riservata», *RDC*, 2005, núm. 4, parte segunda, pp. 529-542.

Comentario a la sentencia *Cass., Sez., II, 7 ottobre 2004, n. 20018*, sobre la sucesión por representación y determinación de la cuota reservada a los legitimarios: inclusión de la parte del legitimario renunciante en el cómputo de la cuota. (*M. R. D. R.*)

VISCA, M. A.: «In tema di trasmissione dell'obbligazione risarcitoria da responsabilità amministrativa agli eredi – nota a Cass., sez. un., 28 luglio 2004, n. 14178», *GC*, 2005, núm. 10, pp. 2415-2418. (*M. R. D. R.*)

VITUCCI, P.: «Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito- per una lettura sistematica dei novellati artt. 561 e 563 c.c.», *RDC*, 2005, núm. 5, parte prima, pp. 555-574.

Comentario de los artículos 561 y 563 del CC, sobre transmisión de bienes a título gratuito y relación entre donatario y legitimario: insolvencia del donatario, adquisición por terceros, oposiciones a la realización de donaciones. (*M. R. D. R.*)

VARIA

BLOBEL, F./SPÄTH, P.: «Streitbeilegungsvereinbarungen im Schatten des europäischen Gemeinschaftsrechts. Ein rechtsvergleichender Überblick», *ZEuP*, 2005, núm. 4, pp. 784-813.

El artículo se centra en los métodos alternativos de resolución de conflictos («ADR» *Alternative Dispute Resolution*), que hoy están cada vez más en boga, importados de los EE. UU., sobre todo la llamada mediación. En la actualidad existe en la Unión Europea una «*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects in civil and legal matters*». Los autores comparan los distintos sistemas de los países de la Unión Europea y ponen de manifiesto las dificultades sustantivas y procesales que existen. (*M. G.-R.*)

FARINA, M.: «Riflessioni sul valore legale dell'e-mail a seguito della pronuncia di alcuni decreti ingiuntivi basati esclusivamente sulla produzione di una e-mail», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 3, pp. 615-629.

El autor se pregunta cuál es el valor legal que debe asignarse al correo electrónico y, en concreto, si puede considerarse un caso de firma electrónica. (*B. F. G.*)

FERRARA, G.: «L'ordine di preferenza delle prelazioni legali», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 3, pp. 630-660.

Tras exponer brevemente las prelaciones legales reconocidas en diversos ámbitos, el autor propone una serie de criterios para determinar el orden entre ellas, con el fin de resolver aquellos casos en los que sobre un mismo bien recae más de un tipo de preferencia legal. (*B. F. G.*)

FETSCH, J.: «Freiberufliche Gebührenordnungen und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages», *ZEuP*, 2005, núm. 3, pp. 541-565.

El artículo plantea la posible colisión entre la facultad de libre prestación de servicios en la Unión Europea y las tarifas que regulan algunas profesiones liberales, como los arquitectos. Se indica que tales tarifas sólo pueden aceptarse cuando se justifican por un interés general de la comunidad donde están impuestas. Por otra parte, cuando se plantean casos transnacionales, hay que decidir qué ley rige para esas tarifas. (*M. G.-R.*)

PERLINGIERI, P.: «Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 1, pp. 188-216.

Análisis de la complejidad que caracteriza actualmente al Ordenamiento jurídico desde el punto de vista del intérprete del Derecho que debe resolver

un caso concreto, decidiendo en qué norma debe inspirarse y aplicando principios y reglas, pertenecientes a un sistema complejo, al “ordenamiento del caso concreto”. (B. F. G.)

VV. AA.: «The journal of comparative law», *J.C.L.*, 2006, vol. 1, núm. 1, pp. 1-224.

Nueva revista de Derecho Comparado, de carácter semestral, que aparece bajo el impulso editor de Nicholas H. D. Foster (Universidad de Londres) y Camilla BAASCH ANDERSEN (Universidad de Leicester), W. E. Butler (Pennsylvania State University) y Michael E. Palmer (University of London), entre otros. El principal objetivo de la revista es “contribuir a entender el derecho desde una perspectiva global”. A tal efecto, incluye estudios jurídicos comparados, sin limitaciones en cuanto a áreas geográficas ni temas jurídicos a estudiar. La revista prima el enfoque analítico, contextual, cultural y multidisciplinar de los temas. De este modo, constituyen áreas de interés básicas de la revista: los aspectos teóricos de los estudios de derecho comparado; el análisis de las soluciones jurídicas particulares que un determinado sistema aplica a una concreta cuestión, así como de sus causas; el análisis directamente comparado; el estudio de la “armonización”, de los “trasplantes jurídicos”, así como de las “jurisdicciones mixtas”; los problemas derivados de transacciones y de acontecimientos transfronterizos; los conflictos de leyes; los nuevos roles del Derecho internacional público en un mundo globalizado; y, por último, el Derecho comparado y la Teoría del derecho. Entre otros autores, el primer número de la revista cuenta con colaboraciones de Pierre Legrand, Alan Watson, William E. Butler y el propio editor Nicholas Foster. (J. S. F.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BECKER, H.: «La nouvelle loi allemande du 7 juillet 2004 contre la concurrence déloyale», *GP*, 2005, núms. 133-134, pp. 3-7.

Análisis de la nueva ley alemana de competencia desleal como modelo a seguir en Europa para una armonización en la materia. (I. S. P.)

BORRUSO, A.: «La pubblicità comparativa: l'attuazione della direttiva n. 97/55/CE: l'attuazione della direttiva n. 97/55/CE in Italia e la sua “ratio” economica», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 198-223.

La publicidad comparativa entre la tutela del consumidor y la competencia desleal. Estudio de los cambios introducidos en esta materia por la Directiva 95/1997/CE. (Alma R. G.)

CASABURI, G.: «Il marchio di fatto nel codice della proprietà industriale», *FI*, 2005, núms. 7-8, pp. 2191-2202.

Comentario jurisprudencial sobre tutela de una marca de hecho con notoriiedad no puramente local. (Alma R. G.)

CASABURI, G.: «Il procedimento di descrizione nel codice della proprietà industriale», *FI*, 2005, núm. 10, pp. 2883-2891.

Comentario jurisprudencial sobre medidas de protección cautelar de las marcas de empresa. (*Alma R. G.*)

COCO, G.: «Certificazione dei prodotti e dell'organizzazione aziendale: profili di concorrenza sleale e di pubblicità ingannevole», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 1, pp. 70-100.

El autor pone de manifiesto la utilización inadecuada de los certificados de calidad y presenta las posibles vías aptas para reprimir conductas que perjudican la competencia y a los consumidores. (*B. F. G.*)

INZITARE, B.: «Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale», *CI*, 2005, núm. 3, pp. 911-929.

Pretensiones resarcitorias de los consumidores contra la restricción abusiva de la competencia. El interés difuso del consumidor, para la efectividad del juego de la competencia, en cuanto situación jurídica subjetiva tutelada por la cláusula general del artículo 2043 del Código civil italiano, precepto regulador de la responsabilidad civil extracontractual. (*Alma R. G.*)

NAVARRETA, E.: «Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo», *RDC*, 2005, núm. 5, parte prima, pp. 507-553.

Estudio del Derecho Europeo de los Contratos, en relación a la aplicación del principio de la buena fe en los contratos de empresas y relaciones de mercado. Control de la autonomía de la voluntad a favor del consumidor. La relación entre justicia normativa y equilibrio económico en el control de los contratos de empresa. (*M. R. D. R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

ALBANESE, A.: «La nullità nelle società di persone e nei contratti di durata», *CI*, 2005, núm. 3, pp. 1154-1170.

La nulidad de las sociedad personalistas. La nulidad de la única participación de una sociedad personalista. El problema de la eficacia de la nulidad de los contratos de duración. (*Alma R. G.*)

BERNARD, A.: «La responsabilité du comptable estimateur», *GP*, 2005, núms. 112-113, pp. 2-13.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte mercantil de casación de 4 de febrero de 2004 sobre responsabilidad del contable a la hora de fijar el precio de cesión de acciones. (*I. S. P.*)

BIGOT, J.: «L'incidence de la loi de sauvegarde des entreprises sur le contrat d'assurances», *SJ*, 2005, núm. 43, I-180, pp. 1997-2003.

Influencia de la Ley de 26 de julio de 2005 sobre salvaguarda de las empresas y su conflicto con los contratos de seguro del deudor antes de la apertura del procedimiento. (*R. A. R.*)

BOLOGNESI, C.: «La trasformazione “regressiva” tra principio di maggioranza e tutela delle minoranze: problemi interpretativi», *CI*, 2005, núm. 2, pp. 740-750.

Artículo sobre la transformación de una sociedad personalista en una sociedad de capital: el acuerdo de transformación, la derogación al principio mayoritario, el consenso de los socios destinado a asumir responsabilidad ilimitada, el derecho de desistimiento... (*Alma R. G.*)

CAMELLI, S.: «Finanziamenti acquisiti da società personali: ordinaria o straordinaria amministrazione? – nota a Cass. 5 maggio 2004 n. 8538», *GC*, 2005, núm. 5, pp. 1309-1313. (*M. R. D. R.*)

COCO, G.: «Luci e ombre nella tutela dell’acquirente di partecipazioni sociali», *CI*, 2005, núm. 3, pp. 1171-1203.

Algunas cuestiones respecto a la protección del adquirente de participaciones sociales: la transferencia de participaciones sociales en ausencia de garantías acerca de la consistencia del patrimonio social, garantías explícitas e implícitas, el criterio de la buena fe como fuente de integración de las garantías, la naturaleza de la cláusula de garantía... (*Alma R. G.*)

CORSO, S.: «Autorizzazione preventiva dell’assemblea dei soci e compimento di atti estranei all’oggetto sociale», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 967-976.

Comentario jurisprudencial sobre el valor que ha de otorgarse a la autorización previa de la asamblea de socios en el caso de cumplimiento posterior, por parte de los administradores, de un acto extraño al interés de la sociedad. (*Alma R. G.*)

ENRIQUES, L.: «L’irrilevanza del diritto comunitario derivato in materia di società», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 380-393.

Estudio de la naturaleza y contenido de las disposiciones comunitarias en materia de sociedades: ¿existe realmente un derecho societario comunitario? (*Alma R. G.*)

FOURGOUX, Jl.: «La loi en faveur des PME et la modernisation des relations commerciales ou comment faire compliqué quand on peut faire simple», *GP*, 2005, núms. 261-263, pp. 2-7.

Estudio de la Ley de 2 de agosto de 2005 sobre modernización de relaciones comerciales para las pequeñas empresas. Baremos y condiciones de venta en esta ley. (*R. A. R.*)

FRANCHI, A.: «La rinuncia all’azione sociale di responsabilità verso gli amministratori», *CI*, 2005, núm. 2, pp. 724-739.

Artículo sobre la renuncia a la acción social de responsabilidad hacia los administradores: la renuncia previa, la renuncia sucesiva, los pactos de los socios relativos a no deliberar la acción social de responsabilidad... (*Alma R. G.*)

GARCEA, M.: «I gruppi finti. Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell’esercizio dell’impresa», *RDC*, 2005, núm. 2, parte segunda, pp. 205-217.

Apuntes sobre la figura de los grupos de sociedades, en relación con la actividad de dirección y coordinación de la sociedad y los posibles abusos de la personalidad jurídica. Nuevos perfiles del régimen jurídico de los grupos societarios. (*M. R. D. R.*)

GATTI, M.: «Scelte opzionali e reciprocità nella direttiva in materia di offerte pubbliche», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 416-433.

Artículo que pone de manifiesto la dificultad de hallar una política uniforme de los Estados Miembros en la regulación Anti-Opa. (*Alma R. G.*)

GIUDICI, P.: «L'azione di responsabilità contro gli amministratori esercitata dai soci di minoranza: i problemi di un *legal transplant*», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 473-489.

Socios minoritarios y administradores: una relación complicada. Análisis de los costes y beneficios del ejercicio de la acción social contra los administradores ejercitada por los socios en minoría: el debate estadounidense. Los incentivos existentes para el accionista minoritario. (*Alma R. G.*)

LEMÉE, G./BERVAS, E.: «Réforme de la gouvernance des S.A. d'hLM: La dernière étape doit avoir lieu avant le 2 août 2005», *GP*, 2005, núms. 124-125, pp. 6-11.

Análisis de la reforma en distintas etapas. Análisis de los distintos titulares de las acciones, reparto de capital y de votos; representación y reglas de elección (*R. A. R.*)

LOMBARDO, S.: «Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 353-379.

Artículo dedicado a la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades y a la movilidad de las mismas en Europa (estudio de la doctrina de la jurisprudencia de la Corte de Justicia en este sentido y propuestas de directivas). (*Alma R. G.*)

PALMIERI, A.: «Tutela risarcitoria degli azionisti in caso di mancata promozione di Opa totalitaria», *FI*, 2005, núm. 11, pp. 3211-3113.

Observaciones a una sentencia sobre responsabilidad frente a los accionistas minoritarios en caso de violación de una OPA obligatoria. (*Alma R. G.*)

RICCIO, A.: «Nella fusione di società si ha, dunque, continuità dei rapporti giuridici anche processuali», *CI*, 2005, núm. 2, pp. 483-500.

La toma de posición del legislador de la reforma del derecho societario: el artículo 2054 bis CC y la continuidad de las relaciones jurídicas, también procesales, en la hipótesis de fusión de sociedades. La naturaleza meramente interpretativa y no innovadora de la norma. (*Alma R. G.*)

RIGHINI, A.: «I conferimenti d'opera e servizi nelle società di persone e di capitali: alcune riflessioni traibili sul nuovo art. 500 quarter c.c.», *CI*, 2005, núm. 3, pp. 1131-1153.

Nueva regulación sobre la aportación de una obra o de determinados servicios por parte de los socios en las sociedades de capital. (*Alma R. G.*)

SAINTE-ROSE, J.: «Conséquences du retrait d'un associé titulaire de parts sociales d'une SCP», *GP*, 2005, núms. 289-291, pp. 12-13.

Conclusiones ante la decisión de la corte de casación civil, sección primera, de 27 de septiembre de 2005. (*R. A. R.*)

SCARONI, C.: «Il patrimonio separato della società veicolo per la cartolarizzazione dei crediti», *CI*, 2005, núm. 3, pp. 1075-1130.

Artículo dedicado a la separación de patrimonios en el ámbito societario: la naturaleza de la separación patrimonial, la composición del patrimonio separado, las acciones admisibles sobre tal patrimonio, la hipótesis de disociación entre la sociedad emitente de los títulos y la sociedad cesionaria de los créditos, el tratamiento fiscal del patrimonio separado... (*Alma R. G.*)

TEBOUL, G.: «Quelques observations sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises après le vote du 9 mars 2005», *GP*, 2005, núms. 112-113, pp. 14-18.

Debate en torno al proyecto de ley sobre algunos aspectos como preventión, salvaguarda y quiebra. (*R. A. R.*)

VENTORUZZO, M.: «Recesso da società a responsabilità limitata e valutazione della partecipazione del socio precedente», *CI*, 2005, núm. 6, pp. 434-472.

Estudio de la nueva disciplina relativa al desistimiento del socio en las sociedades de responsabilidad limitada: en especial, criterios de valoración de las acciones en caso de tal desistimiento. (*Alma R. G.*)

CONTRATOS MERCANTILES

CARFÍ, V.: «L'anatocismo bancario al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 3, pp. 841-867.

Comentario a la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 4 de noviembre de 2004, n. 21095. Nulidad de cláusula contractual de capitalización trimestral de los intereses debidos, por violación del artículo 1283 CC italiano. (*B. F. G.*)

GIOVATI, A.: «Patto di non concorrenza nel contratto di agenzia e *ius superveniens*», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 4, pp. 935-960.

Análisis del pacto de no competencia en el contrato de agencia a la luz de las últimas modificaciones legislativas al respecto. (*B. F. G.*)

MIRIELLO, C.: «La strenua difesa dell'investitore: scandali finanziari e pretese nullità virtuali dei contratti di vendita di titoli obbligazionari», *CI*, 2005, núm. 2, pp. 495-500.

La noción de la buena fe como regla de comportamiento contractual: violación de las normas relativas a tal comportamiento en los contratos celebrados por los intermediarios financieros. (*Alma R. G.*)

SABATELLI, I.: «“Cospirazioni anticompetitive” e interesse del consumatore», *NGCC*, 2005, núm. 5, pp. 701-705.

Estructura concurrencial del mercado y tutela de los consumidores: una relación todavía por explorar. (*Alma R. G.*)

SCIMEMI, E.: «Il nuovo diritto europeo degli strumenti finanziari», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 394-415.

Artículo dedicado a la recepción de las directivas europeas sobre servicios financieros en el ordenamiento de cada uno de los estados miembros. (*Alma R. G.*)

TRIGLIONE, L.: «L'abuso di dipendenza economica nella recente giurisprudenza di merito», *Rass. Dir. Civ.*, 2005, núm. 1, pp. 262-272.

Comentario de la sentencia del Tribunal de Taranto de 22 de diciembre de 2003 sobre contrato de franquicia, en la que se considera inaplicable al mencionado contrato la disciplina sobre el abuso de dependencia económica, reconocido en el artículo 9 de la Ley 192/98. (*B. F. G.*)

ZIMMERMANN, R.: «Die Unidroit-Grundregeln der internationales Handelsverträge 2004 in vergleichender Perspektive», *ZEuP*, 2005, núm. 2, pp. 264-290.

El proceso de armonización internacional del Derecho de contratos a través de los proyectos *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004*, los *Principles of European Contract Law* (Comisión Lando) y el *Code Européen des Contrats: Avant-projet* (proyecto Gandolfi). (*M. G.-R.*)

DERECHO CAMBIARIO

LAGARDE, X.: «Le droit des marchés financiers présente-t-il un particularisme?», *SJ*, 2005, núms. 44-45, I-182, pp. 2045-2052.

Existencia de especialidades en este derecho que llevan al autor a presumir un particularismo para considerarlo rama jurídica. Punto de originalidad de este derecho. (*I. S. P.*)

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, núms. 163-165, pp. 2-10.

Estudio a propósito de la Directiva comunitaria 2003/6/CE de operaciones de inicio y manipulación del mercado destinada a proteger la integridad del mercado financiero. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Le secret bancaire», *GP*, 2005, núms. 159-160.

Número especial dedicado al secreto bancario en la Unión Europea y en los distintos Estados miembros en particular. Posición del Tribunal Europeo. (*R. A. R.*)

DERECHO CONCURSAL

CHAPUT, Y.: «Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives?», *SJ*, 2005, núm. 46, I-184, pp. 2097-2103.

Nueva regulación y muy completa de los procedimientos de insolvencia de las empresas con dificultades financieras a raíz de la Ley 2005-845, de 26 de julio. Análisis de dicha ley en este punto. (*R. A. R.*)

DELLA VEDOVA, I.: «Le sorti di un procedimento arbitrale in corso in seguito al sopravvenuto fallimento di una delle parti», *NGCC*, 2005, núm. 6, pp. 868-872.

Comentario jurisprudencial dedicado a las consecuencias que tiene, sobre un procedimiento arbitral en curso, la quiebra posterior de una de las partes de tal procedimiento. (*Alma R. G.*)

FABIANI, M.: «Le trasformazioni della legge fallimentare», *FI*, 2005, núm. 9, pp. 153-162.

Estudio acerca de las transformaciones que introduce a la normativa reguladora de la quiebra la Ley de 14 de mayo de 2005, núm. 80. (*Alma R. G.*)

LEBEL, Ch.: «L'affaire Metaleurop: confusion des patrimoines ou complément de passif?», *GP*, 2005, núms. 308-309, pp. 3-9.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación mercantil de 19 de abril de 2005. (*I. S. P.*)

MONTALDO, F.: «In tema di ammissione al passivo del credito oggetto di revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 71 l. fall.», *NGCC*, 2005, núm. 4, pp. 676-679.

Comentario jurisprudencial relativo a los efectos de la quiebra sobre los actos perjudiciales realizados a los acreedores. (*Alma R. G.*)

SAVERIO, F.: «Brevi note sui crediti dei clienti degli intermediari finanziari nelle procedure concorsuali», *FI*, 2005, núms. 7-8, pp. 2034-2037.

Comentario jurisprudencial sobre la posición en que se hallan los clientes y acreedores de intermediarios financieros habilitados para la prestación de servicios, en caso de un procedimiento concursal en que están incursos dichos intermediarios. (*Alma R. G.*)

VV. AA.: «Procédures collectives», *GP*, 2005, núms. 119-120.

Diversos estudios sobre aspectos de los procedimientos de insolvencia. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Procédures collectives», *GP*, 2005, núms. 250-251, y 252-253.

Número especial a propósito de la influencia en la materia de la Ley de 26 de julio de 2005 sobre salvaguarda de las empresas. (*R. A. R.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambridge. L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Privat Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
J. C. L.	The Journal of Comparative Law
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 SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Eva CANO VILÁ, María del Carmen CRESPO MORA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis SAN MIGUEL PRADERA, 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. Determinación de la ley aplicable.—La Ley material aplicable en el caso que nos ocupa es la relativa a la nacionalidad que ostentan las partes en el proceso; en este sentido, el artículo 9.1 CC llama a la Ley personal de las personas físicas para regir entre otras materias, las concernientes al estado civil, que, igualmente, es aplicable al «carácter y contenido de la filiación». En atención a que, como resulta de la propia sentencia, el hijo cuya filiación se reclama tiene la nacionalidad de la madre según se deduce del artículo 17 CC, habrá de concluirse que la cuestión de fondo habría de ser resuelta conforme a la Ley norteamericana que correspondiere. Sin embargo, al no haberse aportado por ninguna de las partes, como era necesario, la prueba de la existencia, contenido y vigencia de la referida Ley extranjera, procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico, con seguimiento de la reiterada línea jurisprudencial que se contiene, entre otras, en las SSTS de 11 de mayo de 1989, 13 de diciembre de 2000 y 5 de marzo de 2002. (**STS de 2 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La señora D. J. W., de nacionalidad estadounidense, demandó al señor S. S., de la misma nacionalidad, instando al tribunal a que declarara: 1) Que el demandado era padre del menor D. W.; 2) Que se inscribiera en el Registro Civil de Rota, donde constaba inscrito el nacimiento del menor, la filiación paterna; 3) Que como consecuencia de lo anterior, se estableciera la obligación del progenitor demandado a prestar alimentos al menor en la cantidad de 250 dólares mensuales. El Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia. El señor S. S. interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia con fundamento en la aplicación indebida del artículo 9.4 CC, en relación con los artículos 12.1, 2, 5 y 6 del mismo, pues entendía, que la sentencia impugnada había aplicado indebidamente la Ley material española para decidir acerca de la reclamación de filiación extramatrimonial planteada por la madre. (*E. C. V.*)

2. Conflicto de leyes. Ley aplicable a los derechos que se constituyen sobre buques: el Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926 para la unificación de reglas relativas a privilegios e hipotecas marítimas sólo es aplicable en aquellos supuestos en que el buque «gravado» pertenezca a uno de los Estados contratantes.—Se reprocha que la Audiencia Provincial, amparándose erróneamente en el artículo 14 del citado Convenio y en la sentencia de esta sala de 18 de junio de 1990, haya entendido que no existe el privilegio marítimo de afición real del buque al pago de la cantidad reclamada, pese a que condena a la propietaria del mismo al abono de dicha suma.

Se argumenta que aunque el artículo 14 del Convenio requiere únicamente para su aplicación que el buque sea de un país contratante, en realidad debe ser aplicado el mismo a todos los supuestos internacionales como derecho nacional español de producción externa, en evitación de fraudes, como podría ser la venta del buque a otro armador.

Para decidir acerca del posible acogimiento de la tesis de CIGNA es suficiente tener en cuenta que las sentencias de esta Sala de 22 de mayo de 1989 y 18 de junio de 1990 coinciden en la afirmación de que el Convenio de Bruselas de 1926 solamente tiene aplicación cuando el buque «gravado» pertenezca a un Estado contratante, según se desprende del artículo 14 del referido Convenio.

Dado que ambas partes reconocen que el buque en que se trasportaban las mercaderías de litigio era de bandera chipriota y no se ha demostrado por la demandante que Chipre hubiera firmado el mencionado Convenio, el motivo ha de ser desestimado.

[...] En el último de los motivos de su recurso denuncia CIGNA la infracción del artículo 580.10 en relación con el 584, ambos del CCO, y el artículo 12.6 CC.

Se señala que en la demanda se citaba expresamente como derecho subsidiario del Convenio, el contenido en el Código de comercio.

Por ello, se añade, si no se considera aplicable el referido Convenio, ha de estarse a lo prevenido en el citado Código que establece en el apartado 10 de su artículo 580 un privilegio para el crédito del cargador por el valor de los

géneros embarcados que no se hubiesen entregado a los consignatarios o por las averías sufridas de que sea responsable el buque.

El motivo debe ser igualmente desestimado, por cuanto es precisamente el artículo 12.6 CC el que ordena a los Tribunales la aplicación de las normas de conflicto del Derecho español, una de las cuales –el art. 10.2 del mismo cuerpo legal– establece claramente que los derechos que se constituyan sobre buques quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderaamiento, matrícula o registro. La inmediata consecuencia de la observancia de esta última norma es la imposibilidad de aplicar al presente debate la normativa del Código de comercio español, siendo así que, como se afirma por la Audiencia Provincial la parte actora ha acreditado que el buque respecto al cual se solicita la afección real en garantía de la deuda que se reclama, es de nacionalidad chipriota. (**STS de 18 de noviembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—Cigna Insurance, que en virtud de seguro de transporte marítimo había tenido que abonar más de veinte millones de pesetas a SIMSA por los daños que esta sociedad había sufrido en unas partidas de habas de soja trasportadas por el buque «Eve Trader» desde Argentina y Brasil hasta Santander formuló demanda contra Oceanalpah Shipping, porteadora y Stamina Shipping, propietaria del buque al objeto de que le reintegrasen la suma indicada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión deducida. La Audiencia Provincial acogió parcialmente el recurso de Cigna y condenó a las demandadas al pago de la cantidad reclamada pero denegó la petición relativa a que fuese declarada la afección real del buque en garantía de aquella deuda. Contra esta sentencia recurrieron en casación Cigna y Oceanalpah declarando el Tribunal Supremo en ambos casos no haber lugar. (R. G. S.)

3. Ley aplicable: nacionalidad cubana del marido premuerto al tiempo de la celebración del matrimonio determinante de la vigencia del régimen de gananciales. Aplicación del Código civil y del artículo IX del Tratado con Estados Unidos de 10 de diciembre de 1898.—Los motivos han de acogerse por compartir la tesis del recurso de que el difunto esposo de la actora y causante de la herencia discutida tenía nacionalidad cubana al momento de la celebración de su matrimonio en 26 de noviembre de 1943, si bien, ostentaba la vecindad catalana, y para ello basta con reiterar los hechos que se han constatado por la primera sentencia del Juzgado, no rebatidos por la recurrida, a saber:

1) La estancia de los padres del citado en Cuba a raíz del año 1898 y, tras la vigencia del citado Tratado de Paz con USA de 10 de diciembre de 1898, al no acogerse a la posibilidad de conservar su nacionalidad española de origen, determinó la pérdida automática por su renuncia de la misma y la adquisición por acto voluntario no expreso, de la cubana; el nacimiento posterior del causante en 1 de marzo de 1909, su inscripción en el Registro Consular de Cuba en 24 de marzo de 1909 y, tras su regreso a España se mantuvo esa cualidad cubana en la fecha relevante para el litigio que es cuando se celebra su matrimonio en 26 de noviembre de 1943.

2) Porque, ante esas vicisitudes cronológicas, la aplicación de los vigentes artículos citados en el recurso, en especial el artículo 9.1 CC, deri-

van en la terminante sanción de que, la aplicación de su ley personal de esa persona física es la correspondiente a su nacionalidad, la cual habilitará su capacidad y estado civil y los derechos y deberes de familia en la sucesión por causa de muerte; y hasta rigen tanto el apartado 2.^º de ese precepto en cuanto al régimen de la ley nacional y, sobre todo, el apartado 3.^º, respecto a su proyección de esa ley a sus relaciones patrimoniales en el matrimonio.

3) Que, frente a ello no es posible, como entiende la Sala asignar a la resolución de un expediente registral de fecha Auto de 13 de julio de 1970, que ese causante tenía la nacionalidad española y no con carácter constitutivo, cuyos efectos fueran *ex nunc*, ya que, esa cualidad la poseía ya por ser hijo de padres españoles, lo que, desde luego, desborda la referida normativa antes analizada, pues *ope legis*, nació de padres que no eran ya españoles, siendo además, inconsistente que esa atribución registral, al tener que apoyarse en su normativa específica –art. 95 de su Ley a la sazón y 335 y ss. de su Reglamento– fuera significativa, al subrayarse que, esa declaración de nacionalidad, opera como una presunción y, por lo tanto, sometida a su desvirtuación probatoria– así lo admite la propia Sala *a quo* en su F J 2.^º –que, curiosamente, trastoca la aniquilación de su verdad formal, al tener en cuenta hechos o sucesos que, en puridad son irrelevantes, porque, por su entidad, nunca pueden alterar una atribución originaria de nacionalidad, pues, –bien evidente es que, hablar de adquisiciones inmobiliarias o, signos de un voluntarismo del interesado– en nada empecen a aquella nacionalidad cubana del afectado y, cuando menos, cabría admitir que sería, tras ese Auto de 13 de julio de 1970, cuando tendría esa nacionalidad española, pero nunca antes y, por tanto, en la fecha de su matrimonio en 26 de noviembre de 1943 que es la relevante a los fines de la vigencia del régimen ganancial aplicable a la sazón en Cuba, proyección no cuestionada en el litigio, en los términos de los artículos 1344 y 1345 CC.

Por todo ello, se acogen los citados motivos. (**STS de 2 de diciembre de 2004;** ha lugar.)

HECHOS.–El objeto del litigio se centró en determinar si el esposo de la actora y causante de los demandados poseía o no la nacionalidad española en la fecha en que contrajo matrimonio (noviembre de 1943). Éste había hecho testamento en julio de 1983, en el legaba a su mujer –demandante– determinados bienes e instituía herederos universales a sus hermanos –demandados–. Partiendo del supuesto de que, a pesar de haber nacido en Santiago de Cuba, el causante era de nacionalidad española y vecindad catalana, se aplicó el régimen de separación de bienes y los herederos, tras la entrega de los legados, se adjudicaron la propiedad de los bienes restantes. Pero la actora sostuvo que el fallecido era de nacionalidad cubana, que el régimen económico aplicable a su matrimonio era el de gananciales –vigente a la sazón en Cuba– y que, como consecuencia, el criterio particional hubiera debido ser muy distinto. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda habida cuenta la nacionalidad cubana del causante. La Audiencia Provincial de Barcelona, por el contrario, declaró la nacionalidad española y vecindad civil catalana del finado, con vigencia en su matrimonio del régimen de separación de bienes. Recurre en casación la actora declarando el Tribunal Supremo haber lugar y confirmando la sentencia del Juzgado. (R. G. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

4. El factor del contexto en las expresiones injuriosas.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que para valorar el carácter injurioso de las expresiones hay que tener en cuenta el contexto en que se producen, pues no cabe absolutizarlas desligándolas de las circunstancias del caso. Ello tiene especial importancia porque frases y palabras que pudieran tener un contenido injurioso son toleradas por los usos sociales si se dan determinadas circunstancias. No obstante, determinadas expresiones que, aunque en el lenguaje coloquial no dejan de ser usuales, no por ello han de ser tenidas por correctas, pues siempre cuentan con suficiente carga vejatoria para reputarlas lesivas al honor, teniendo en cuenta las circunstancias y lugar en que se manifestaron.

La doctrina del «reportaje neutral».—El Tribunal Constitucional viene declarando que el reportaje neutral es aquel en el que el medio de comunicación reproduce lo que un tercero ha dicho o escrito, limitándose a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que puedan eventualmente ser atentatorias contra los derechos del artículo 18.1 CE, y ha caracterizado el mismo por las siguientes notas: *a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos al honor, pero que han de ser por sí mismas noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas; de modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones; b) 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; c) 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 presente caso concurren los requisitos exigidos para la aplicación de la doctrina del «reportaje neutral». (**STS de 12 de julio de 2004;** ha lugar en parte.)

HECHOS.—El señor J. R. R. se dirigió contra el señor E. R. M., el señor J. P. y el señor L. M. A. por una publicación aparecida en el diario *ABC* en la que se recogían frases injuriosas referidas al demandante. El diario *ABC* recogía las siguientes expresiones emitidas por E. R. M.: «Por su parte, el abogado de la Magistrado señora B. D., E. R. M., arremetió contra el ex secretario de los Juzgados de Marbella J. R., del que dijo que era un golfo y un sinvergüenza», «cada vez hay más gente que sabe y se da cuenta de que R. es un sinvergüenza». Esas manifestaciones se incluían en la rueda de prensa que la Magistrada señora B. D. ofreció tras ser absuelta por el Tribunal Supremo de los delitos por los que fue condenada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, entre cuyos acusadores estaba el señor J. R. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia declaró que el demandado señor E. R. M. hizo esas manifestaciones en ejercicio de su libertad de expresión, porque si bien las expresiones utilizadas eran descalificadoras, debían estimarse referidas a la intervención del señor J. R. en el procedimiento al que se refería la rueda de prensa en que fueron pronunciadas por lo que cabe encajarlas en la crítica de un comportamiento concreto y no como un ataque al honor. La sentencia añadió asimismo, que la publicación en el periódico *ABC* estaba amparada por la

libertad de información. Posteriormente, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirmó la resolución recurrida. J. R. R. interpone recurso de casación que funda en la vulneración de los artículos 7.7 y 2 de la LO 1/1982. Ha lugar parcialmente. (*E. C. V.*)

5. Veracidad de la información.—Este requisito no supone la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, de modo que puedan quedar exentas de toda protección o garantía constitucional las informaciones erróneas o no probadas, sino que la veracidad debe privar de esa protección a aquellos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen en menoscabo de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable, al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de todo contraste o meras invenciones o insinuaciones. El informador, si quiere situarse bajo la protección del artículo 20.1 d) CE, tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional.

El contexto en la determinación de la veracidad de la información.—Puede darse el caso de que el conjunto de la noticia sea veraz y goce de la relevancia pública, y por el contrario, alguna de sus partes no reúna, según el caso y sus circunstancias, esas notas capitales para obtener la oportuna salvaguarda constitucional. Es aquí donde debe entrar en juego la pauta de la necesidad de dichas expresiones o informaciones, que debe ser un criterio fundado en razones objetivas y atendiendo a las singularidades del caso. En el supuesto aquí enjuiciado, es evidente, que ese requisito de veracidad resulta cumplido en cuanto se refiere a la existencia del informe emitido en el expediente de suspensión de pagos por el interventor aquí recurrido y otro de los designados. Ahora bien, la información cuestionada no se limita a poner en cuestión ese informe y la actuación del colegio de economistas, sino que se está atribuyendo al señor De La R., una conducta, que de ser cierta y probada, daría lugar a responsabilidad de tipo penal, al infringir el interventor los deberes que le impone el ejercicio de ese cargo judicial; imputación que se realiza sin la menor prueba acerca de su verosimilitud. No justifica la primera parte de la información la veracidad del resto de la misma. No existiendo prueba de ello ni abiertas diligencias policiales o judiciales sobre esos hechos, la más elemental diligencia en la exposición de los mismos obligaba a no hacer imputaciones como las obtenidas en la información denunciada. (**STS de 15 de julio de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—El señor A. L. A. promovió demanda sobre protección civil del derecho al honor contra *Unidad Editorial, S. A.*, el señor P. R. C., el señor J. Z. C., y el señor J. G. M. por las publicaciones aparecidas en el mencionado medio cuyos titulares declaraban que «Los interventores de Fesa falsearon el balance entregado en el Juzgado para eludir la quiebra»; «Los interventores de Fesa alteraron su informe y evitaron que se actuara en contra De La R.»; «De la R. escurre de nuevo el bulto: los interventores de Fesa alteraron su informe»; «Los interventores de Fesa, Compañía de fertilizantes del grupo Torras-Kio alteraron su informe para evitar que se actuara contra De La R. (...) Esta posibilidad ha quedado cerrada

gracias a la tergiversación de la auditoría». El Juzgado de Primera Instancia condenó a los demandados como responsables directos y solidarios de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor. Posteriormente, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso interpuesto por *Unidad Editorial, S. A.*, exclusivamente en lo referente a la cuantía de la indemnización. La representación procesal de *Unidad Editorial, S. A.*, y los restantes demandados interpusieron recurso de casación en base a la vulneración del derecho a la libertad de información. (E. C. V.)

6. Inexistencia de intromisión al honor.—El texto periodístico no expresa en modo alguno que se pagara dicho piso en todo o en parte con fondos reservados, sino que dada la información manejada por los demandados tal asociación era inevitable pues de lo averiguado no se explicaba la forma en que los actores podrían afrontar los pagos, al contrario resultaba la existencia de un endeudamiento que difícilmente podrían afrontar a la vista de los datos manejados. En todo caso, la noticia de la declaración de la demandante sobre los fondos reservados no era de la publicación, sino que era un hecho notorio, conocido por todos y que el escrito solamente recogía.

Veracidad de la información.—La información es veraz de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. Este requisito constitucional no va dirigido 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; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. (STS de 1 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores, señora P. N. O. y señor J. L. F. S., promovieron demanda de protección civil del derecho al honor contra el señor P. J. R., Director del Diario *El Mundo*; contra los periodistas, el señor J. C. E. y el señor M. S., autores de la información; y contra *Unidad Editorial, S. A.*, empresa editora del periódico, en la que solicitaban la declaración de la intromisión ilegítima en el derecho al honor por las informaciones publicadas en el mencionado medio. En una primera publicación figuraban como titulares: «P. N. y su marido pagan 20 millones al año para hacer frente a la hipoteca y 4 pagarés»; debajo, con otra letra, «La Secretaria de F. G., que cobró fondos reservados, tiene un piso escriturado en 100 millones»; y más abajo añadía «Adquirió en 1994 un dúplex en el centro de Madrid de 430 metros cuadrados». En el texto periodístico se señalaba que la señora P. N., en la declaración que tuvo que prestar ante el Juzgado de Instrucción a raíz del escándalo del asunto de los fondos reservados, reconoció ante el Juez haber cobrado dinero de tales fondos. También se recogía en la publicación, que compró una vivienda de lujo en Madrid, cuyo precio escriturado fue de 98,5 millones de pesetas. En la otra publicación, la información se refiere esta vez al marido de la señora P. N., J. L. F. S., del siguiente modo: «Presidencia compra muchos cuadros al marido de la Secre-

taria de G.». Según la argumentación de los recurrentes, no se podían publicar esas dos noticias relativas a la misma persona, pues ello podría conducir a realizar una asociación peyorativa para ella. Las sentencias de primera instancia y de apelación desestimaron la demanda. Posteriormente los demandantes interponen recurso de casación que es desestimado. (*E. C. V.*)

7. Prevalencia del derecho al honor sobre el de libertad de información: falsa imputación al actor –recaudador de contribuciones– de «presumible desfalco» en la custodia de fondos públicos.—De los distintos motivos del recurso prevalece para la decisión estimatoria que se pronuncia, la denuncia de su motivo segundo, sobre el carácter ilegítimo de la intromisión, artículo 7.7. «...Y una vez establecida por la doctrina esta forma de intromisión ilegítima, mediante la asociación de una persona con hechos de carácter delictivo ajenos al mismo, cual es nuestro caso (en el que, no solamente se mezclan en el mismo reportaje noticias que nada tienen que ver la una con la otra, sino que además se equiparan de forma expresa), la noticia resulta calumniosa y encaja perfectamente en lo previsto en el artículo 7.7 de la LO 1/1982, que tipifica uno de los supuestos de intromisión ilegítima, resultando vulnerado el mismo, en nuestro parecer, por la sentencia recurrida en casación»; y motivo tercero, cuando subraya la no veracidad y no neutralidad del reportaje [...].

Prevalecen ambos motivos porque, en cuanto a la no veracidad, la misma existencia de la rectificación publicada al día siguiente según los «facta» demuestra esa inexactitud o falta de verdad y, por tanto, a tenor de un elemental entendimiento de los efectos de una noticia publicada en la prensa local en la que, literalmente, se acusa al recurrente, que al igual que ocurrió con el recaudador de Ávila que está ingresado en la prisión por desfalco, y que «ahora se investiga al de la zona de Piedrahita por hechos similares», es de tal gravedad habida cuenta la función específica de ese cometido del recaudador afectado como depositario de fondos públicos y, con la exigencia de un extremado celo en su probidad en la gestión de dichos fondos, lo que, desde luego, no puede eliminarse o neutralizarse porque al día siguiente se diga por el mismo medio que su gestión «está libre de sospechas» porque, en cualquier ambiente social en que se dé cuenta de la noticia y, que es general por el medio de difusión empleado, la erosión y hasta deshonra en la estima social y profesional del interesado son mayúsculas, al atacar la noticia, se repite, en la misma esencia de su elemental deontología profesional (por ello, el Fiscal con acierto habla de que la imputación de malversación es de lo más afrentoso para quien asume esa función de recaudador de fondos públicos) y, sin que sea de recibo la discutible línea de argumentación que la Sala emplea al distinguir lo que es una noticia de lo que es una «investigación», porque, en su misma caracterización de ambos conceptos, no es posible sostener una diversidad como la que hace la Sala, en la idea de que, si la noticia es relevante, la «investigación» de los hechos no, ya que, en cualquier lenguaje coloquial o jurídico, toda noticia ha de entenderse en su literal contexto y, si se dice que «se investiga por hechos similares» a ese desfalco y, que la honestidad del recaudador «está en duda», no cabe reducir o eliminar el deshonor o la afrenta porque no se imputen al mismo hechos ciertos sobre esa patología, por lo demás, solo posible mediante una declaración judicial.

Igualmente, en cuanto a la existencia exonerativa del reportaje neutral (sobre el mismo, SS de 22 de enero de 2002, 11 de febrero y 30 de junio de 2004), también se comparte el motivo porque es insostenible la tesis de la recurrida de que, siendo la fuente de la noticia las mismas declaraciones del codemandado Presidente de la Diputación de Ávila –del que se desistió– no es posible compulsar si se respetó o no esa fuente o si la codemandada se excedió en su publicación, porque, como se dice por el Ministerio Fiscal, esa carga de la prueba en perjuicio del actor es insostenible por cuanto es el autor de la noticia el que habrá de acreditar la fidelidad reproducida. (**STS de 18 de noviembre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—El actor, recaudador de la contribución en la zona de Piedrahita, acciona contra el Presidente de la Diputación de Ávila, *Prensa Española, S. A.*, y la autora de una información en el periódico *ABC* en la que, a raíz de una denuncia por desfalco presentada por la Diputación de Ávila contra el recaudador de la ciudad y posterior ingreso de éste en prisión, se decía en subtítulo: «La Diputación Provincial investiga ahora al de la zona de Piedrahita». La información atribuía al recaudador de Piedrahita «hechos similares» y manifestaba que «estaba siendo investigado por la Institución Provincial» y había sido «suspendido en sus funciones». Estas afirmaciones fueron desmentidas en información posterior aclarando que no había investigaciones en curso y que la suspensión obedecía a desacato e incumplimiento de sus funciones. El Juzgado de Primera Instancia no acogió la demanda y la Audiencia Provincial desestimó la apelación del actor. Interpuso entonces éste recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar. (*R. G. S.*)

8. Derecho a la propia imagen: límites. Inaplicación, en el caso, del parámetro de los «usos sociales» y de la «conducta propia» de quien denuncia la vulneración de su derecho.—La justificación que los recurrentes tratan de imponer para legitimar la publicación de las fotografías no son de recibo casacional e indudablemente el suceso precedente no les blindaba en modo alguno para llevar a cabo actos graves de intromisión y vulneración de la propia imagen de la demandante, pues si hay que reconocer que la misma estaba integrada en la parcela social conocida popularmente como «mundo del corazón», ello no significa atribuirle sin más una posición y conducta siempre censurable. Las gentes son libres e incluso cabe hablar de interesarse y seguir los avatares, incidencias, amores, desamores e infidelidades de sus protagonistas, siendo hechos sociales aceptados y divulgados con exceso y reiteración en publicaciones especializadas en la materia, como programas radiofónicos y televisivos que las difunden y se alimentan de estas noticias y que en ocasiones están deseando que ocurran, para así poder llevar a cabo entrevistas y largos e inacabables debates sobre la cuestión que suponga actualidad.

Pero tema distinto es el límite y respeto que establece la Constitución a los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen (art. 18) que en modo alguno quedan a la plena disponibilidad de terceros cuando no concurre consentimiento de clase alguna y menos para su aprovechamiento en beneficio económico.

En el caso que nos ocupa se trata de publicación de la propia imagen de la actora y en lugar tan íntimo como lo es la cama y por ello las fotos no fueron tomadas en lugar público y se reprodujeron contra su expreso consentimiento, ya que requirió notarialmente a la revista a tal efecto, acta que fue recibida por la editora cuando el número 1189 estaba ya a la venta en la calle, pero desoyó por completo su total oposición, al reiterar la publicación en números sucesivos, incurriendo así en repetición decidida, que merece el reproche más energético.

La notoriedad pública o fama de la actora y ante los hechos denunciados no hacen aplicable el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, que delimita la protección civil al honor, de la intimidad y de la propia imagen por los usos sociales. Aquí se trata de haber ocasionado voluntariamente invasión de un ámbito estrictamente privado cuando la reproducción de la imagen lo es en la cama, tratándose de área reservada, por lo que claramente se trata de incursión totalmente injustificada, pues los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad, integrándose en el ámbito de la vida personal que queda sustraído a intromisiones extrañas; sobre todo cuando lo que se persigue es un sensacionalismo informativo, que en este caso fue precedido de publicidad comunicadora, presentándose como muy acusado el móvil mercantil.

Para resolver la cuestión que conforma el debate procesal se hace preciso dejar claro que han de quedar al margen conductas de la demandante, unas veces consentidas y otras no, que propiciaron la divulgación de circunstancias diversas de su vida privada, ninguna parecida a la que nos ocupa. El riesgo a que están sometidos y asumen los personajes reputados como famosos, han de entenderse como un riesgo limitado, moderado y medianamente razonable y en modo alguno sirve para amparar hechos como los que aquí han sido denunciados, recobrando las personas ofendidas condición de particulares y con la plenitud de derechos para defender su intimidad e imagen cuando injustamente han sido atacadas.

No se trata de propia noticia de interés estrictamente público (STC, de 4 de febrero de 1992), sino más bien de comunicación o «chismorreo» de la vida íntima ajena, para satisfacer oscuros morbos de los interesados. La relevancia comunicativa no puede confundirse con la simple satisfacción de la curiosidad ajena, muchas veces fomentada en su mala orientación y que no se acomoda a lo que debe entenderse por libertad de información, pues así se aleja de su verdadero sentido y finalidad y se degenera, causando daños, a veces irreparables, a quienes resultan afectados.

Conforme a la jurisprudencia civil, las conductas propias, actos y pautas de comportamiento de quien resulta ofendido no juegan a efectos de apreciar infracción del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 y no limitan el derecho a la protección, pues no ha concurrido autorización alguna para la explotación de la imagen. Los usos sociales no son tan ilimitados que autoricen su captación en una situación de intimidad como aquí ocurre y mucho menos su publicación. (**STS de 11 de noviembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—La revista *Interviú* presentó en portada y a toda plana fotografías de M. F. —demandante— en la cama con el Conde L. El reportaje del interior aparecía también adecuadamente ilustrado. En un número posterior de la publicación volvió a reproducirse una de las fotos íntimas de los «famosos» incluyendo un artículo sobre el personaje que había hecho llegar las imágenes a la revista.

Hubo un tercer número en el que las fotos antedichas volvían a aparecer en páginas interiores. La demandante solicitó del Juzgado que declarase la intromisión ilegítima de *Interviú* en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen, condenase a la revista a indemnizarle los daños morales sufridos y a destruir el soporte de las referidas fotografías y que advirtiera al semanario y demás implicados de que se abstuvieran en el futuro de realizar actos semejantes en relación con su persona. La demanda fue estimada y en apelación se confirmó la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación interpuesto por el director de *Interviú y Ediciones Zeta*. (R. G. S.)

9. Derecho a la propia imagen: excepciones que justifican su publicación.—El motivo primero denuncia infracción del artículo 20.1.d) CE y doctrina constitucional que lo interpreta, en especial la STC 132/1995, de 11 de septiembre, motivo primero que ha de ser tratado conjuntamente con el tercero en que se denuncia infracción del artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en relación con el artículo 7.5 de la misma Ley.

El Tribunal Constitucional –S 132/1995, de 11 de septiembre– 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–. El artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá: *a)* su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trata de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público...; *c)* la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesoria. La excepción contemplada en el párrafo *a)* no será de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

Dice la S de 14 de marzo de 2003: «Esta Sala viene declarando: 1) Cuando se trata de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público se excluye la protección de la imagen (SS de 26 de octubre de 1956, 29 de marzo, 7, 3, 21 y 24 de octubre de 1996, 21 de octubre de 1997, 27 de marzo de 1999, 25 de octubre de 2000, 12 de julio –*a contrario sensu*– y 14 de noviembre de 2002); 2) la referencia legal a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en sentido amplio. La S de 25 de octubre de 2000 declara que constituye una «enumeración ejemplificativa»; la de 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC, de 22 de abril de 2002) dice que la proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social, etc. Y la S de 24 de octubre de 1996 incluyó dentro del precepto la condición de Comisario de Policía; 3) las excepciones enumeradas en el artículo 8.2 son enunciativas (SS de 28 de octubre de 1986 y 25 de septiembre de 1988); y 4) El concepto de «accesoriedad» en la Ley [art. 8.2.c)] hace referencia «a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico»

(S de 19 de octubre de 1992); no concurriendo 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 de octubre y 28 de octubre de 1996, 7 de julio y 25 de septiembre de 1998, 27 de marzo de 1999 y 23 de abril de 2000-*obiter*-).» En aplicación de estos criterios la citada S de 2003 reconoce la condición de «cargo público» a un Policía Municipal y tanto más a un Sargento de dicha Policía.

En el supuesto ahora enjuiciado no resulta discutida la veracidad de la noticia publicada ni el interés público o general de la misma. Y de acuerdo con los criterios expuestos en la citada S de 14 de marzo de 2003, ha de considerarse al demandante como «cargo público», habiéndose captado la fotografía en el ejercicio propio de sus funciones. No queda acreditado que las funciones realizadas por el demandado exigiesen del anonimato, así es de ver como en el reportaje publicado en *La Provincia Dominical* del día 5 de febrero de 1995 aparecen varios Guardias Civiles con perros adiestrados en la detección de drogas actuando sin que se haya adoptado ninguna medida para evitar ser reconocidos, no obstante permitir las fotografías su perfecta identificación. Y en el texto escrito de ese reportaje se hace mención al demandante, citándole por su nombre y apellidos, en relación con la forma de actuar del perro «Lagun» del que es cuidador.

En consecuencia procede la estimación de los motivos primero y tercero. (**STS de 1 de julio de 2004; ha lugar.**)

HECHOS.—La cuestión litigiosa se centra en la fotografía del actor que publicó el diario *La Provincia* de Las Palmas de Gran Canaria. El periódico dio noticia de la aprehensión de un alijo de hachís en el aeropuerto de Gando, donde el demandante, Guardia Civil, prestaba sus servicios. Ilustraba la información una fotografía del agente, adscrito al Grupo Cinológico del Cuerpo y en funciones de detección de droga en el aeropuerto, con un perro sobre la cinta transportadora del equipaje. Al pie de la foto figuraba el texto: «“Lagun”, un schnawzer de dos años, descubrió el alijo». El agente presentó demanda sobre protección jurisdiccional del derecho a la propia imagen que el Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente (reduciendo a quinientas mil pesetas la indemnización de veinte millones solicitada). La Audiencia Provincial de Las Palmas confirma la resolución de instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la editorial del periódico y su director. (*R. G. S.*)

10. Capacidad contractual: su inexistencia –por carencia de capacidad natural– no requiere la previa incapacitación judicial.—En el segundo motivo se denuncia la violación del artículo 210 CC, al haber declarado la Audiencia Provincial la nulidad de un contrato sin una previa incapacidad de quien lo perfeccionó en la posición de vendedora.

En el motivo cuarto se sostiene, con el mismo fundamento normativo, que se ha infringido el artículo 1263.2 CC. [...] Al basarse los dos motivos en la misma argumentación, se da una respuesta conjunta a ambos, la cual debe partir de la distinción entre incapacidad natural, a consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su enten-

dimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza, e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado.

Los artículos 199 y ss. CC se refieren a la segunda, esto es, a la reducción de la capacidad de obrar, en la medida en que cada caso se determine (art. 210 CC), por la concurrencia de alguna de las causas establecidas en la Ley (arts. 199 y 200 CC), mediante una sentencia judicial que la declare (art. 199 CC) y constituya, así, un estado civil nuevo, el de incapacitado. Desde ese momento, los contratos que realice el sujeto, si entran en el ámbito de la restricción, serán anulables (arts. 1263.2 y 1301 CC).

Sin embargo, el que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. En particular, no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual [...] cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (la S de 4 de abril de 1984 precisa que la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable). Claro está, que al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente.

En este sentido, la jurisprudencia (SS de 17 de diciembre de 1960, 28 de junio de 1974, 23 de noviembre de 1981) ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. También ha precisado que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras que su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo.

Por lo expuesto, la Audiencia Provincial, al declarar la nulidad del contrato de compraventa celebrado por la madre de la actora con sus hermanos, no ha infringido el artículo 210 CC, pese a que no hubiera sido previamente declarada incapaz por resolución judicial. Como se ha dicho, la causa de nulidad no es el estado civil de la vendedora, sino la demostración de una falta de entendimiento y voluntad que son precisos para consentir, destruida con prueba bastante la presunción *iuris tantum* de la capacidad de obrar de que se trata.

Alcance del juicio notarial sobre la capacidad.—En el cuarto motivo los recurrentes sostienen que se han infringido los artículos 1 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 y del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de 2 de junio de 1944.

Con la invocación de tales normas los recurrentes atribuyen valor definitivo a la afirmación del Notario de que, a su juicio y no sólo por lo manifestado por los otorgantes, éstos tenían capacidad para otorgar el acto documentado (art. 156.8.º del Reglamento).

Tal enjuiciamiento sobre la capacidad natural de la vendedora, sin embargo, no puede tener la consideración de definitivo o inatacable, pues no está amparado por la fe pública (art. 1218 CC). Declaramos en las SS de 7 de octubre de 1982, 10 de abril de 1987 y 4 de mayo de 1998 que la aseveración notarial respecto de la capacidad de los otorgantes constituye una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

El motivo debe ser desestimado (**STS de 19 de noviembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora, en su condición de hija única y heredera *ab intestato* de su difunta madre, pretendió en la demanda la declaración de nulidad de un contrato celebrado por la fallecida en cuanto ésta, por su demencia senil, carecía del entendimiento y voluntad necesarios para efectuarlo. Pretendía también, como lógica consecuencia, la declaración de nulidad de la venta que los compradores —hermanos de la difunta— habían hecho de los inmuebles previamente adquiridos. Finalmente, solicitaba se declarase que los inmuebles —por las razones antedichas— no habían salido de la herencia de su madre y eran, por tanto, de su propiedad. La sentencia de primera instancia estimó en su integridad la demanda. La Audiencia Provincial desestimó la apelación de los demandados quienes interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo dictó, igualmente, sentencia desestimatoria. (*R. G. S.*)

11. Grados de incapacitación.—«Al ser la capacidad de las personas físicas un atributo de la personalidad, trasunto del principio de la dignidad de la persona, rige la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley; observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; cumplida demostración de la deficiencia y su alcance; adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites, al grado de idoneidad, en armonía con el principio básico que debe inspirar la materia de protección del presunto incapaz; y la aplicación de un criterio restringido en la determinación del ámbito de la restricción». (**STS de 30 de junio de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—El Ministerio Fiscal instó la declaración judicial de incapacidad del señor J. M. F., el cual se afirmaba que presentaba una oligofrenia con personalidad psicopática que le imposibilitaba para el gobierno de su persona y bienes. La defensora judicial nombrada al efecto, consideró que debía declararse sólo la incapacidad parcial, nombrando como curador a la Fundación Germà Tomàs Canet (a la cual, el padre del presunto incapaz instituyó, en su testamento, como tutora de su hijo en caso de que éste fuese declarado incapacitado), que debería asistir y autorizar al señor J. M. F. en algunos actos determinados. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta, y declaró al señor J. M. F. totalmente incapaz para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes, acordando se procediese a la constitución de la tutela. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la defensora judicial. Ésta interpuso finalmente recurso de casación articulado en dos motivos en base a la infracción de los artículos 200, 208 y 210 CC. Postuló que se declarase la nulidad de las sentencias de instancia y se retrotrajeran las actuaciones al momento de la práctica de la prueba pericial, o alternativamente en defecto de ello, se declarase el grado o alcance de la incapacidad que, en ningún caso, podía ser absoluta, pues se trataba de una persona con ligera o mediana debilidad mental que en ningún caso llevaba una incapacidad total o absoluta. (*E. C. V.*)

12. Alcance del artículo 208 CC.—Es doctrina consolidada que «el examen o inspección personal del demandado constituye, de una parte, un valioso dato probatorio y, sobre todo, una garantía en prevención de abusos y maquinaciones. Bajo la vigencia del artículo 208 CC, el examen personal del presunto incapaz se imponía siempre al Juez de Primera Instancia pero no así al Tribunal de apelación, el cual solamente se entendía obligado a dicho examen si había formado una opinión distinta de la del Juez y decidía que debía declarar la incapacidad no establecida por la sentencia de primera instancia o incrementar la gradación de la misma». El Tribunal añade «dado que en el presente caso la Audiencia coincidió con la decisión del Juez *a quo* y que, por otra parte, el demandado-apelante no interesó la práctica de prueba alguna en segunda instancia ha de concluirse que no existe la infracción del artículo 208 CC, por lo que debe ser desestimado el motivo objeto de consideración».

El requisito de la persistencia de la enfermedad y la posterior modificación del alcance de la incapacitación.—En la resolución se parte de la base de que la persistencia de la enfermedad no es incompatible con la existencia de fases de la misma de mayor o menor intensidad siempre que exista gravedad y permanencia firme del padecimiento, lo que considera especialmente aplicable al supuesto de hecho, pues, si por una parte, el demandado sufría ideas delirantes relativamente estables, generadoras de un deterioro de su evaluación de la realidad que le impedía dirigir su vida y bienes de forma lógica y corriente, no podía olvidarse, por otra parte, que existía la posibilidad de que el sometimiento a un tratamiento adecuado, en forma rigurosa, llegase a determinar una importante mejoría. En este sentido, la sentencia de incapacitación no impedirá que sobrevenidas nuevas circunstancias pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación establecida. (**STS de 7 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ministerio Fiscal formuló demanda en la que solicitaba la declaración de incapacidad del señor C. A. R. para regir su persona y bienes. Seguidamente, el Juzgado dictó sentencia en la que disponía que se nombrase defensor judicial del presunto incapaz a señor J. A. R. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda formulada por el Ministerio Fiscal y declaró al señor C. A. R. totalmente incapaz para gobernar su persona y sus bienes, debiendo rehabilitarse la patria potestad que sería ejercida por sus padres. La representación procesal del señor C. A. R. interpuso recurso de apelación que fue desestimado, confirmándose la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Finalmente es interpuesto recurso de casación que se apoya en la vulneración de los artículos 200 y 208 CC, por entender que la incapacitación ha de fundarse en una enfermedad o deficiencia grave que debe ser constante, con permanencia hacia el futuro y que impida al interesado gobernarse por sí mismo, y que, dado el escasísimo material probatorio obrante en autos, no es posible llegar a esa conclusión. (*E. C. V.*)

13. Capacidad de las personas: presunción legal de su existencia e integridad. Condiciones de su limitación.—El Tribunal Supremo aprecia únicamente una situación de incapacidad limitada, basándose en que, al

ser la capacidad de las personas físicas un trasunto del principio de la dignidad de la persona, rige la presunción legal de su existencia e integridad. De tal modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: la declaración de incapacitación sólo puede acordarse por sentencia judicial, en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199); observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; cumplida demostración de la deficiencia y su alcance (pruebas concluyentes y rotundas; adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites al grado de inidoneidad; aplicación de un criterio restringido en el ámbito de la restricción).

Ámbito de la curatela.—Aplicando la doctrina anterior, se aprecia en el sujeto —aparte de una importante carencia de instrucción que exige un remedio de culturización adecuado— un retraso mental discreto que precisa se complemente, integre y asista en el aspecto patrimonial mediante la institución intermedia de la curatela.

No se aprecia inhabilidad para gobernarse por sí mismo, y por ello, se hace innecesario establecer la tutela, bastando la protección y apoyo en el ámbito en que incide realmente la deficiencia, que es el relativo a los bienes (arts. 200, 210 y 287 CC).

Extensión y límites de la curatela: su determinación en la sentencia.—La ley permite no efectuar una especificación sobre la extensión y límites de la restricción y control de la institución tuitiva. En tal caso, la intervención del curador se extiende a los mismos actos en que los tutores precisan autorización judicial. Para el caso en litigio, el Tribunal Supremo prefiere determinar el ámbito de la curatela del incapacitado, aun reconociendo la dificultad que ello implica, por no existir fórmulas genéricas idóneas y poder resultar defectuosas o insuficientes las casuísticas. Se establece la no pertinencia de restricciones en el ámbito personal. Se circunscribe la asistencia que la curatela implica al campo patrimonial. (**STS de 30 de junio de 2004;** ha lugar.)

HECHOS.—El Ministerio Fiscal insta la declaración judicial de incapacidad de S., nacido el 11 de octubre de 1957, y que, según se afirma, padece oligofrenia (con coeficiente intelectual de 78) con personalidad psicopática que le imposibilita para el gobierno de su persona y bienes.

Fallecido su padre, S. está internado en un centro asistencial y carece de parientes próximos. Instituido heredero universal por su padre, éste mismo, en su testamento dejó establecido que, para el caso de que se declarase la incapacidad de su hijo, se nombrase tutor del mismo a quien ostentase la representación del Centro de la Fundación Tutelar *Hermano Tomás Canet*, dependiente del Centro asistencial en que S. se encuentra internado. La Defensora judicial nombrada al efecto considera que sólo debe declararse incapacidad parcial y asignación de curador, que deberá asistir y autorizar a don S. en actos patrimoniales de gran trascendencia. La sentencia de primera instancia declara a don S. totalmente incapaz para gobernarse a sí mismo y administrar sus bienes, acordando la constitución de tutela. La Audiencia Provincial desestima la apelación interpuesta. La parte demandada promueve recurso de casación. (*S. M. S.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. Nulidad de contratos con base al Derecho comunitario (art. 12 del Reglamento 84/1983): contravención del plazo legal de duración del contrato y excepciones.—Dichas partes recurrentes plantean como pretensión, que a su vez sirve de base a su tesis casacional, la nulidad de los referidos contratos con los efectos registrales y para terceros que se deriven legalmente de tal declaración, ya que los mismos constituyen un fraude por contravenir el mandato en esta materia de la legislación comunitaria —concretamente el art. 12.1 letra c) del Reglamento 84/1983, de 22 de junio, que determina que este tipo de acuerdos se hallan limitados temporalmente a una duración de diez años.

[...] Hay que decir que el artículo 12-1.c) del Reglamento de la CEE 84/1983, de 22 de junio, en relación con el artículo 85-1 del Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957 —actualmente el art. 81-1 del Tratado de Ámsterdam de 1997— es absolutamente aplicable al caso controvertido. Y en este sentido hay que tener en cuenta lo explicitado en las sentencias de esta Sala de 30 de diciembre de 1993 y de 2 de junio de 2000.

Pero también hay que decir que aunque el «contrato para la explotación de estaciones de servicio, de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento» celebrado el 4 de junio de 1992 se pactó por una duración de veinticinco años, no significa ello que se haya infringido la limitación temporal de diez años a la que se refiere el citado artículo 12.1.c) del Reglamento CEE 84/1983, ya que tal limitación encuentra su excepción absoluta en el número 2 del referido precepto que dice literalmente: «No obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicios que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el presente Título, durante todo el período durante el cual explote efectivamente la estación de servicio».

Lo que aplicado al presente caso no cabe la menor duda de que los datos de la controversia son perfectamente subsumibles a dicho precepto. En efecto, aquí hay un arrendamiento efectuado por un usufructuario y la fijación de un período que es una excepción al plazo general de diez años, ya que se ha fijado como el de explotación efectiva de la estación de servicio el de veinticinco años. (**STS de 23 de diciembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *L'Andana, S. A.*, otorgó por contrato de fecha 4 de junio de 1992 la cesión en usufructo a *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, de una estación de servicio por un tiempo de veinticinco años. *Repsol, S. A.*, cedió en arrendamiento la explotación de la estación de servicio a *Estaciones de Servicio L'Andana, S. A.* *L'Andana, S. A.*, y *Estaciones de Servicio L'Andana, S. A.*, demandan a *Repsol, S. A.*, solicitando del Juzgado la declaración de nulidad de los contratos respectivamente celebrados con la petrolera por contravenir la normativa comunitaria. La sentencia fue desestimatoria. De igual manera, la Audiencia desestimó el recurso de apelación de las actoras. No ha lugar al recurso de casación que interponen las demandantes. (*R. G. S.*)

15. Concepto de simulación absoluta. La simulación de insolven-cia.—La simulación absoluta tiene lugar cuando las partes de un contrato lo formalizan con la finalidad de crear la apariencia de que existe pero sin que haya voluntad de celebrarlo, de manera que la apariencia formal no se corresponde con la situación real. Es decir, se crea la apariencia de un contrato pero, en realidad, no se desea que nazca, de modo que al ser falsa la causa expresada en el contrato y no existir otra causa verdadera y lícita, falta la causa del contrato y se produce la nulidad del negocio. El artículo 1277 CC no es aplicable a los casos de simulación absoluta ya que este artículo se refiere a aquellos casos en que la causa no se expresa en el contrato, no a aquéllos en que se expresa pero se discute si es o no real, y además «al existir simulación absoluta, el contrato es nulo o ineficaz [rectius, inexistente], por lo que huelga hacer aplicación al caso examinado de la presunción que, respecto de la existencia de causa, se hace en el expresado artículo 1277, por lo que éste no es posible considerarlo infringido por el Tribunal *a quo*» (SSTS de 30 de diciembre de 1996 y 3 de mayo de 2000). En este sentido, un tipo de simulación se produce en los casos de simulación de insolven-cia, que son aquellos en que se crea una situación ficticia de insolven-cia de uno de los contratantes con la finalidad de defraudar a los acreedores.

Prueba de la simulación de un contrato.—Dado que la prueba directa de la simulación de un contrato es una tarea difícil, se acude a la prueba por presunciones prevista en el artículo 1253 CC. En este sentido, la prueba de la simulación normalmente se desenvuelve sobre la base de una pluralidad de indicios, que valorados de forma individual no permiten apreciar la existencia de la simulación, sin embargo, valorados de forma conjunta, permiten llegar a la conclusión de la falta de causa y, por consiguiente, la inexistencia del contrato. (**STS de 3 de noviembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1992, la sociedad *Martrac, S. A.*, en aplicación de un acuerdo adoptado por la Junta General de Accionistas, adjudicó unos bienes inmuebles en pago de deudas sociales a favor del señor R. T. van C. El señor R. T. van C. interpuso demanda de tercera de dominio en relación con un procedimiento de apremio en el que eran ejecutantes los señor A. N. V. y la señora A. M. B. y ejecutada la sociedad *Martrac, S. A.*, y en el cual se embargaba un apartamento de la sociedad que había sido adjudicado al demandante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, ya que se consideró que la adjudicación de bienes había sido un negocio simulado con finalidad defraudatoria. El demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que desestimó el recurso al considerar que se encontraba ante un supuesto de simulación y que había sido apreciada correctamente conforme a la prueba de presunciones. (*M. V. V.*)

16. Apreciación por presunciones de la simulación.—La simulación es una cuestión de hecho, que sólo puede ser revisada en casación por el cauce del error en la valoración de la prueba. La declaración de simulación con base en presunciones es una técnica admitida por el Tribunal Supremo (SSTS de 27 de noviembre de 2000 y 22 de julio de 2003, entre otras) y corresponde al juzgador de instancia, de modo que el recurso de casación sólo prosperará si

la deducción resulta arbitraria, absurda o contraria a las reglas del criterio humano (SSTS de 14 de junio de 2002, de 13 de febrero de 2004 y 20 de mayo de 2004, entre otras). (**STS de 11 de noviembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los señores J. M. G. G. y S. G. S. compraron dos viviendas a la empresa *Construcciones Gargilsa, S. L.*, que se documentaron en dos contratos privados. Los compradores interpusieron demanda contra la empresa vendedora en la que solicitaban que se declarase su condición de propietarios de aquellas viviendas así como que se declarase la obligación de la empresa vendedora de otorgar las escrituras públicas correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Gijón estimó la demanda, declarando la validez de ambos contratos de compraventa y condenando a *Construcciones Gargilsa, S. L.*, a entregar las escrituras públicas correspondientes. La demandada interpuso recurso de apelación contra esta resolución, que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial de Oviedo, ya que consideró que el contrato celebrado entre la señora S. G. S. y la empresa recurrente era un contrato de compraventa simulado. La actora interpuso recurso de casación contra esta sentencia, ya que consideraba que no se habían valorado de forma adecuada las pruebas. El Tribunal Supremo desestima el recurso al considerar que el juzgador de instancia no había incurrido en ningún error al apreciar la existencia de la simulación del contrato basándose en presunciones, como, por ejemplo, la falta de prueba de la existencia del pago por parte de la compradora. (M. V. V.)

17. Derechos de tanteo y retracto.—La afirmación de que el tanteo y el retracto son dos modalidades de un mismo derecho de adquisición preferente constituye una verdad relativa. Aunque pertenecen al mismo género, el hecho de que el primero opere antes de la venta y el segundo después de ella, otorga a ambos sustantividad propia. Esa sustantividad explica que, cuando tienen origen legal, unas veces consista sólo en el retracto (v. gr., arts. 1522 y 1523 CC) y, otras, en el retracto previo tanteo, bien cumulativamente (v. gr., arts. 1636 a 1638 CC), bien sólo para el caso de que hubiera fallado la notificación precisa para el tanteo (art. 25 LAU de 1994).

Derechos de adquisición preferente de naturaleza personal.—El alcance de los derechos de adquisición preferente de origen convencional depende de la voluntad de los constituyentes. Cuando se trate de un derecho de tanteo de naturaleza personal, sólo se podrá ejercitar *inter partes* y no frente a terceros. En tal caso, al ser un derecho de crédito, el tanteo no producirá efectos *erga omnes*, por lo que, en el supuesto de que se incumpla la obligación (lo que sucederá si la deudora omite la notificación y celebra la venta sin respetar la preferencia), la acreedora podrá exigir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, pero no podrá convertirse en compradora sustituyendo al tercer adquirente.

La doctrina y la jurisprudencia (entre otras, SSTS de 24 de octubre de 1990 y 25 de abril de 1992), sin negar la eficacia meramente relativa del contrato, admite su oponibilidad a terceros, cuando estos conozcan o hayan podido conocer su contenido, así como cuando se trate de un contrato celebrado con daño a tercero. Ahora bien, que el contrato del que deriva la preferen-

cia sea oponible al tercero que lo conoce o que el posterior contrato de compraventa pueda considerarse dañoso para el titular del tanteo, no significa que el adquirente deba soportar en su esfera jurídica la eficacia directa del primer contrato como si se tratara, en realidad, de un derecho real. (**STS de 16 de diciembre de 2004;** ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de noviembre de 1975 los tres propietarios del manantial de aguas minero medicinales denominado *La Mina* se obligan a suministrar al *Balneario Prats* (que pertenecía en ese momento a uno de los propietarios del manantial) treinta y seis mil litros diarios de agua. Ese mismo día los copropietarios arriendan el manantial a *Malavella, S. A.* En ese contrato se incluye una cláusula, según la cual, si la dueña del balneario quisiera venderlo, debería comunicar por escrito su propósito previamente a los otros propietarios del manantial, a fin de que pudieran adquirirlo.

En noviembre de 1979, la sociedad *Malavella* amplía su capital mediante la emisión de nuevas acciones, las cuales fueron suscritas por los tres propietarios del manantial, que aportaron como contravalor la propiedad del manantial «con todos los derechos inherentes». Esto es, la sociedad arrendataria del manantial pasa a ser su dueña.

En 1987, doña M. C. C. C., propietaria del *Balneario Prats*, lo vende a la mercantil *Balneario Prats, S. A.*, que lo había arrendado hasta esa fecha. Por ello, *Malavella, S. A.*, formula demanda contra la vendedora y la compradora, en la que solicita el ejercicio del derecho de retracto sobre la finca vendida por el precio de setenta y cinco millones de pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la acción de retracto. La Audiencia Provincial, de nuevo, estima la pretensión principal de la retrayente, pero no por el precio pactado —como había hecho el Juzgado—, sino por el superior de mercado. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (*M. C. C. M.*)

18. Causa del contrato.—No hay ausencia de causa. Ni el sentido que razona la parte recurrente, en cuanto pretende vincular la garantía a un contrato que considera desaparecido al celebrarse otro posterior entre distintos sujetos, lo que se ha visto que carece de soporte fáctico por suponer una apreciación diferente de la sostenida en la resolución recurrida, ni en el de la infracción del artículo 1261.3 mencionado en el enunciado del motivo. Este precepto se refiere a la causa en sentido objetivo, a la que aluden las resoluciones de esta Sala diciendo que es el fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o subjetividad (SS de 8 de julio de 1983 y 25 de febrero de 1995), la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato, siendo determinante de su realización (S de 17 de abril de 1997). Dicha causa genérica y objetiva —causa del contrato— se define e identifica por la función económico-social o práctica del contrato, que es la razón que justifica que un determinado negocio reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico.

En el caso se explicita o exterioriza por la calificación del contrato como de fianza, cuya función típica (art. 1822, párrafo primero, CC) es la de pagar

o cumplir [en el supuesto de autos, con el pago de una suma de 34.000.000 ptas.] por un tercero, en el caso de no hacerlo éste.

Mora: intimación extrajudicial.—El motivo se desestima porque la fecha 18 de agosto de 1992 a partir de la cual se condena al pago de intereses es la fijada en la demanda como en la que tuvo lugar el requerimiento a D. J. de D. V. para el cumplimiento de sus obligaciones de garantía derivadas del contrato reconocido el 19 de abril de 1988, y, aun cuando no existe un razonamiento específico sobre el particular en ninguna de las resoluciones de instancia, sin embargo tampoco consta la existencia de una contradicción concreta por parte del aquí recurrente. Y como la deuda era vencida, exigible y líquida, la intimación extrajudicial practicada por conducto notarial en dicha fecha resulta bastante para constituir al deudor en mora, al integrar una declaración de voluntad unilateral y recepticia de exigencia del cumplimiento hecho por el acreedor al deudor (SS de 27 de octubre de 1992, 8 de febrero de 2000, 25 de octubre de 2002), con la fehaciencia que resulta de su práctica por conducto notarial, y por todo ello, es correcta la apreciación de la resolución recurrida, de conformidad con lo establecido en el artículo 101, párrafo primero, CC. (**STS de 17 de diciembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores, actuando para las respectivas sociedades de gananciales, demandan a D. J. de D. I. V., a su esposa y a su hijo, a la entidad *Codevisa* y a *Promociones Hoteleras Alibur, S. A.*, solicitando del Juzgado declare resuelto un contrato de permuta por el que las dos últimas entidades se obligaban a transmitir a los demandantes una participación en un determinado conjunto de edificaciones. Entre las peticiones de la demanda se incluía la de que, subsidiariamente, D. J. de D. I. V. —administrador— y su esposa fueran condenados al abono a los actores de 34.000.000 de pesetas más los intereses legales correspondientes desde la fecha en que D. J. de D. fue requerido para el cumplimiento del contrato cuya resolución se interesaba en el principal pedimento. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, acogiendo este extremo. Apelada la sentencia por los demandados, se estimó el recurso de la esposa de D. J. de D. que resultó absuelta. Interpone recurso de casación D. J. de D. declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (*R. G. S.*)

19. Subrogación del comprador en el préstamo hipotecario convenido por el vendedor: inexistencia. Se mantiene vivo el crédito del vendedor respecto al precio total pactado en el contrato de compraventa.—Las partes de un contrato de venta de fincas hipotecadas pueden, en ejercicio de su potencialidad normativa creadora (art. 1255 CC), pactar distintos expedientes para lograr la satisfacción del crédito del vendedor. A algunos se refiere el artículo 118 LH, cuyo primer apartado regula el que menciona el comprador recurrente como efectivamente convenido: el comprador se coloca en la posición deudora que corresponde al vendedor en la relación de obligación garantizada con la hipoteca, con efectos liberatorios. Pero en ese caso, el cambio subjetivo en la posición pasiva de la relación debe ser consentido por el acreedor (art. 1205), lo cual no quedó acreditado que sucediese en el supuesto de hecho enjuiciado. Por ello no se ha producido (no se ha probado) la desaparición de la vendedora del lado activo de la relación jurídica.

ca de compraventa, en cuanto a la suma exigida en dicho contrato. Es ella la legitimada para exigir el cumplimiento de esa prestación (7.775.000 pts).

Constitución en mora. Intimación. Supuestos de mora automática: no se aprecian en el caso.—Los compradores impugnan la reclamación de intereses moratorios por entender que, para incurrir en mora y ser condenado al pago de los intereses correspondientes, era necesaria una interpellación de la acreedora no producida (arts. 1100, 1101 y 1108 CC).

En efecto, no consta probado que la acreedora hubiera reclamado el pago, extrajudicial o judicialmente a ninguno de los demandados. Conforme al artículo 1501 CC, el comprador debe intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, entre otros casos, si se hubiere constituido en mora, con arreglo al artículo 1100 CC. Este precepto exige, para que se entienda producida la mora, además de un retraso en el cumplimiento de la prestación debida, que el acreedor reclame al deudor. Esta intimación puede ser judicial o extrajudicial y no está sometida a la exigencia de forma determinada. Pero no es precisa en todo caso. Según el mismo precepto, no lo es cuando su necesidad hubiera sido excluida por pacto o por Ley, ni cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación de la época en que debía cumplirse la prestación fue motivo determinante para establecer la obligación. Ninguno de estos supuestos de mora automática concurren en el caso, a la vista de los hechos probados. En particular, no se sustancia el que se refiere al motivo determinante para contratar, porque, partiendo de que la prestación retrasada no estaba sometida a término esencial, el contenido del contrato de compraventa y las circunstancias concurrentes no permiten suponer que, en la voluntad de los contratantes, el tiempo del pago del resto del precio (hay que recordar que inicialmente se había previsto que los deudores lo pagaran al tercero prestamista, mediante un cambio de deudor, que finalmente no consta operado) tuviera la especial significación que la norma exige para que entre en juego la regla *dies interpellat pro homine*.

Extensión subjetiva de la inaptitud del incumplimiento para provocar la mora automática.—Esta inaptitud del incumplimiento para provocar la mora automáticamente es característica objetiva de la obligación, que alcanza a todos los obligados.

Deber constitucional de motivar las sentencias (art. 120.3 CE).—Deben considerarse suficientemente motivadas las resoluciones judiciales apoyadas en argumentos que permitan conocer los criterios jurídicos esenciales en que se fundamenta la decisión; su *ratio decidendi*. Y a la luz de esa doctrina, hay que entender que la exigencia constitucional fue cumplida en la sentencia recurrida, ya que en ella se dio respuesta a la pretensión relativa a los intereses, por más que con argumentos que no han sido aceptados.

Infracción del artículo 1124 CC, dado que la parte demandante siempre estuvo dispuesta a cumplir: desestimación.—La acción ejercitada en la demanda no es la de resolución del vínculo, sino la de cumplimiento de lo pactado, prevista como alternativa, en el propio artículo 1124 CC; y, además, para el éxito de la misma, no constituye obstáculo la inexistencia de una voluntad rebelde al cumplimiento. Basta con que la prestación sea exigible y no se haya cumplido. (**STS de 1 de septiembre de 2004;** ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don C. y doña C. formalizan un contrato de compraventa de vivienda con la *Promotora Inmobiliaria Maliaño, S. A.*

De los 9.400.000 pesetas en que los contratantes determinaron el precio de la compra, la promotora alega que los compradores no pagaron 7.675.000 pesetas. En el contrato se conviene que esta suma se entregará a la firma de la escritura, en julio de 1994, más el IVA. También se contiene que la vendedora se reserva la facultad de solicitar un préstamo y de constituir sobre la vivienda una hipoteca, para garantizar la devolución, en cuyo caso, los compradores deberían sustituirla en la posición de parte deudora frente a la prestamista. No hay constancia, en cambio, de que los compradores hubieran asumido, además de las responsabilidades derivadas de la hipoteca, la obligación personal con ella garantizada.

La cuestión sometida a decisión judicial por la vendedora consiste en determinar si los compradores deben a la demandante el precio que les reclamó en la demanda, con los intereses por demora. O si, por el contrario, los compradores quedaron obligados, no a pagar el precio (los 7.775.000 pts) sino a ocupar su posición como prestataria.

La decisión en las dos instancias fue favorable a la demandante-vendedora. (*S. M. S.*)

20. Requisitos de la acción de enriquecimiento injusto.—El éxito de la acción de enriquecimiento injusto exige la ausencia de una causa como título válido y eficaz del desplazamiento patrimonial. El Tribunal Supremo ha declarado que existe una causa justa y, por tanto, no prospera la acción de enriquecimiento injusto cuando «concurre sentencia u otra resolución judicial, suficientemente motivada y definidora de los derechos de los litigantes» (STS de 5 de mayo de 1997), lo cual sucede en aquellos casos en que se embarga, se subasta y se adjudica el bien en su conjunto, sin que se haya presentado una tercería dominio, ni se haya solicitado la nulidad de este proceso ni se haya pretendido la ineeficacia de la declaración de obra nueva. (**STS de 10 de diciembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, y el señor A. A. Z. celebraron en 1991 un contrato de suministro en exclusiva de la estación de servicio de Salorino. A pesar de que este contrato se truncó, la sociedad *Cooperativa Cacereña de Transportes (COCATRA)* continuó las obras de construcción de una gasolinera iniciadas en unos terrenos propiedad del señor A. A. Z. Estos terrenos fueron embargados y, a través de pública subasta, fueron adquiridos por *COCATRA*, quien, después de hacer la declaración de obra nueva, los vendió a los señores J. de N. H. y Á. R. F. La sociedad *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, interpuso demanda contra el señor A. A. Z. y *COCATRA* en la que solicitaba que la cooperativa le indemnizase por las obras realizadas o que le pagase la cantidad abonada en la adjudicación de los terrenos mediante la subasta, y que se resolviese el contrato de suministro celebrado con el señor A. A. Z. El señor A. A. Z. formuló demanda reconvencional en la que solicitó que se declarase la resolución del contrato por incumplimiento de

las obligaciones de la sociedad *Repsol*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cáceres estimó parcialmente la demanda y la reconvenCIÓN, y declaró la resolución del contrato de suministro y absolvio a la cooperativa. Esta resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Cáceres. Contra su sentencia se interpuso recurso de casación por *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.* El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender que no existió un enriquecimiento injusto por parte de la cooperativa. (*M. V. V.*)

21. Excepción de incumplimiento contractual.—Las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debido a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que aquél haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento, mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual. Lo cual no se establece explícitamente sino que se deduce del artículo 1100, último párrafo, y del artículo 1124, ambos del CC.

La rebeldía exigida del incumplidor ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su escasa entidad que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (S de 4 de octubre de 1983). El incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte (SS de 11 de octubre de 1982 y 7 de marzo de 1983). La voluntad rebelde que se ha exigido en el incumplidor puede rebelarse por su prolongada inactividad o pasividad frente a la voluntad de cumplimiento por la otra parte (SS de 10 de marzo de 1983 y 4 de marzo de 1986). Como recoge la S de 22 de mayo de 2003.

Las alegaciones de la recurrente, en definitiva, no desvirtúan la apreciación de las sentencias de instancia de que se ha producido el hecho determinante para dejar sin efecto el acuerdo (la falta de acuerdo entre los demandados y el *Banco Español de Crédito*) y se ha producido el incumplimiento de las obligaciones, toda vez que el simple ofrecimiento, sin entrega de los documentos necesarios, se efectúa transcurrido sobre un año por encima del plazo pactado de cinco días. (**STS de 9 de diciembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—*Mercala S. L.* y doña Marta P. reclaman a *Flapisa* y don J. C. la indemnización por daños correspondiente al incumplimiento de las prestaciones contractualmente pactadas. Es determinante el hecho de que con la misma fecha del contrato se otorgaron dos documentos privados por doña M. (en su nombre y en representación de *Mercala*) y don J. (en su nombre y en representación de *Flamisa*) en cuya virtud *Mercala* y doña M. se comprometían a levantar las cargas a su favor que pesaban sobre parte de las fincas objeto del contrato y *Flapisa* hacía depender el acuerdo de la condición de alcanzar un compromiso con *Banesto* para que la entidad

le cediera los créditos hipotecarios de que traía causa «el presente acuerdo». Queda probado que el acuerdo entre Flapisa y la entidad bancaria no se alcanzó y que los actores no entregaron a los demandados los documentos necesarios para la liberación de las cargas que gravaban los inmuebles. Así, el Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente los pedimentos de la demanda. La Audiencia revocó parcialmente la sentencia inferior en lo relativo a las costas. Interponen los demandantes recurso de casación – desistió posteriormente doña M.– y el Tribunal Supremo dicta nuevamente sentencia desestimatoria. (R. G. S.)

22. Definición de mutuo disenso.–El mutuo disenso es un contrato extintivo o cancelatorio por el que las partes que han celebrado anteriormente otro acuerdan (*contrarius consensus*) que la regulación puesta en vigor con él pierda vigencia. Como contrato que es, debe reunir los elementos esenciales de todos los negocios jurídicos de esa naturaleza (art. 1261 CC).

Doctrina acerca de la prohibición de ir contra los actos propios.–Ello sentado, la referencia a la doctrina de los actos propios, para que se revise el supuesto de hecho definido en la instancia, evitando hacerlo por la estrecha vía de la valoración de la prueba (y tener que dar al planteamiento casacional un contenido meramente fáctico), no es afortunada.

La inadmisibilidad del *venire contra factum* nada tiene que ver con la teoría del contrato. Los actos propios no son tomados en consideración en cuanto declaraciones o actuaciones de voluntad destinadas a integrarse en un negocio jurídico de estructura bilateral. Ese tipo de actos de exteriorización de una voluntad negocial produce, como oferta o aceptación, el efecto que les corresponda según las normas sobre los contratos.

La regla de ir contra los actos propios, emanada de la cláusula general de buena fe, sirve para impedir que se dé el valor jurídico que en otro caso tendría un comportamiento determinado por ser contradictorio con otro anterior del mismo sujeto, a fin de proteger la confianza que la conducta previa generó fundamentalmente en la otra parte de la relación en que la futura sería coherente con la anteriormente llevada a cabo.

Al mutuo disenso, contrato extintivo, sólo se llega mediante declaraciones de voluntad, expresas o tácitas o actos confluientes. Por ello, declarado que no hubo *contrarius consensus*, como se hizo en la instancia, por no haber ambas partes (propiamente, la vendedora) exteriorizado la voluntad de privar de vigencia al contrato de compraventa que habían perfeccionado, afirmar un mutuo disenso logrado por actos propios es elegir un camino, además de técnicamente incorrecto por las razones expuestas, inadecuado para revisar un supuesto de hecho afirmado en la instancia.

Resarcimiento de daños y perjuicios. Aplicación del artículo 1124 CC.–Es claro que la decisión de condena recurrida no tiene fundamento en las normas de la mora (arts. 1100 y 1108 CC), ya que ésta presupone, además de un retraso en el cumplimiento, que éste sea todavía posible y satisfactorio para el acreedor, sino en el artículo 1124 CC que faculta al perjudicado a exigir el resarcimiento de daños y el abono de los intereses, en el caso de que ejerzte cualquiera de las dos opciones que contempla y que, en este, fue la de resolver el vínculo contractual (pretensión estimada en la instancia). (STS de 15 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad Cooperativa Óleo España, Sociedad Cooperativa Andaluza celebró un contrato de compraventa con la sociedad mercantil Frint España, S. A. En virtud del mismo, la primera sociedad vendía a la segunda cien mil kilos de aceite de oliva virgen que debía entregar a medida que el aceite se fuese produciendo. El precio de la compraventa se fijó en 525 pesetas el kilo, a pagar al contado con un anticipo en el momento de firmar el contrato. Ante la falta de pago de dicho anticipo por parte de *Frint España, S. A.*, así como su nula predisposición a recibir el aceite, *Óleo España* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Martos solicitando la resolución del contrato, así como una indemnización de daños y perjuicios. La entidad demandante cifró dicha indemnización en la diferencia existente entre el precio convenido en el contrato y el inferior por el que se había vendido el aceite a un tercero. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia por parte de *Frint España, S. A.*, la Audiencia de Jaén estimó parcialmente su recurso al considerar que la indemnización de daños y perjuicios debía identificarse no con la diferencia entre los dos precios, sino sólo con los intereses legales generados por la cantidad resultante de la resta. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por *Frint España, S. A.* (A. S. C.)

23. Compraventa civil. Concepto de «consumidor».—El Tribunal Supremo establece que el artículo 1.3 de la Ley 26/1984 excluye de la condición de consumidores o usuarios, únicamente a quienes adquieren bienes con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, no reuniendo condición de destinatarios finales. El actor es empresario agrícola pero debe considerarse consumidor, ya que nada se demostró sobre que se dedicase a actividades mercantiles o empresariales. Y más bien se trata de persona física, como requiere el concepto técnico de consumidor. Se recuerda por el Tribunal Supremo que el concepto de consumidor sólo puede ser atribuido a las personas físicas y así lo establece el artículo 2-b de la Directiva 1993/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993. Sin embargo el de profesional comprende tanto a personas físicas como las jurídicas y esta atribución es exclusiva conforme la S de 22 de noviembre de 2001 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Efectividad de la garantía constituida por el fabricante.—La sentencia recurrida decretó que la obligación de pago que se impone a la sociedad que recurre no provenía de la culpa extracontractual (art. 1902 CC), ni de la aplicación de la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, dado lo dispuesto en su artículo 10, sino de la garantía prestada y confirmativa de esencialidad contractual en la venta que tuvo lugar y sin dejar de lado que le asiste condición de suministradora en exclusiva, y como queda sentado, la responsabilidad que establece es ciertamente la obligación solidaria de reparar el daño que se impone a los plurales intervenientes en el proceso productivo, actuando a favor del consumidor y evitándole que tenga que dirigirse a un posible fabricante desconocido o extranjero (STS de 14 de julio de 2003).

De acuerdo con el artículo 1144 CC, el comprador está autorizado para demandar a las personas conocidas, en este caso son la Cooperativa vendedo-

ra y la recurrente como administradora en exclusiva, con aportación de garantías, lo que no supone infracción del artículo 27 LGDCU, sino su adecuada aplicación.

Interpretación del documento de garantía.—El artículo 11 LGDCU permite al usuario bajo el régimen de garantía, asegurarse respecto a la naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad del producto y si éste es defectuoso o resulta inútil, se le autoriza a hacer efectivas las garantías prestadas de calidad o nivel de prestación mediante la reclamación de la devolución del precio, para lo que es preciso se dé supuesto de incumplimiento, que aquí ha quedado suficientemente demostrado, pues el tractor adquirido resultó maquinaria completamente inhábil. Esto actuó como factor determinante para decretar la resolución de la compraventa al amparo del artículo 1124 CC.

En este caso, concurre grave y decisivo incumplimiento contractual, por haberse enajenado cosa diversa (*aliud pro alio*), con la consiguiente insatisfacción del adquirente. (STS de 21 de septiembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don P. contrata con la *Cooperativa de Agricultores de Gijón* la compraventa de un tractor. El tractor, fue suministrado por *Valmet España Tractores, S. A.*, distribuidora en exclusiva de *Sisu Tractores E, S. A.* (con sede en Finlandia). El tractor resultó no utilizable y el comprador reclamó frente a la *Cooperativa* (por incumplimiento de la vendedora) y frente a fabricante y su distribuidora (por la vía de la responsabilidad extracontractual o al amparo de la Ley 22/1994).

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, establece resuelto el contrato de compraventa del tractor con la *Cooperativa* y condena a la *Cooperativa* y a *Sisu Tractores E, S. A.*, solidariamente, a la restitución del precio y la indemnización de daños y perjuicios ocasionados. La sentencia fue recurrida por el demandante y por la compañía *Sisu Tractores-E, S. A.* La Audiencia Provincial desestima el recurso del demandante y estima parcialmente el interpuesto por *Sisu Tractores E, S. A.*, exonerándole del pago indemnizatorio. La sentencia es recurrida en casación por la compañía fabricante. (S. M. S.)

24. Arrendamiento de local de negocio. Incumplimiento de la obligación de entrega de la cosa.—La entrega del local arrendado sin las condiciones necesarias para cumplir el destino pactado, no supone que el contrato carezca de objeto, sino un incumplimiento de la obligación de entrega impuesta al arrendador por el artículo 1554.1.^º CC —precepto aplicable a los arrendamientos especiales—, así dice la S de esta Sala de 30 de mayo de 1994 que «siendo la obligación fundamental y pristina la de entregar la cosa objeto del arrendamiento (núm. 1.^º del art. 1554 CC), ello presupone que dicha entrega lo sea con posibilidad de cumplimiento del destino pactado, ya que entregar, en el aspecto jurídico, en materia de arrendamiento, es efectuar desplazamiento de posesión, en relación de tal índole, con posibilidad de dedicación por el arrendatario a lo que se hubiese convenido, como base fundamentadora y motivo esencial del contrato en cuanto al destino a dar al local arrendado (S de esta Sala de 21 de noviembre de 1998)». En el contrato origen de este litigio sí hubo objeto; cuestión distinta es si se dio cumplimiento

o no a la obligación de entrega en el sentido jurídico antes dicho, por los arrendadores, incumplimiento que posibilitaría el ejercicio de la acción rescisoria (art. 1556 del CC), en tanto que la falta de objeto daría lugar a la inexistencia del contrato (art. 1261 CC). (**STS de 18 de noviembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los cónyuges don A. C. G. y doña A. S. M. interpusieron demanda contra los también cónyuges don F. S. M. y doña M. C. B. S. en la que solicitaban que se declarase resuelto el contrato de arrendamiento de un local comercial celebrado por los actores, en calidad de arrendatarios, y los demandados, en calidad de arrendadores. La resolución pedida se fundaba en el hecho que el local comercial arrendado no era apto para el fin pactado, esto es, un negocio de cervecería. El Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Madrid estimó parcialmente la demanda en el sentido de condenar a los demandados a la devolución de las fianzas entregadas y a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados en la cantidad que se fijara en ejecución de sentencia. Apelada la sentencia por parte del matrimonio arrendador, la Audiencia de Madrid estimó parcialmente el recurso en el sentido de dejar sin efecto la condena a la indemnización por daños y perjuicios, manteniendo el resto de pronunciamientos. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

25. Arrendamiento financiero. Exigibilidad del precio. Analogía con el préstamo.—Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo (SSTS de 17 de junio de 2003, 7 de marzo y 30 de abril, 3 y 10 de mayo de 2002 y 8 de mayo de 2001), si bien no existe analogía entre el préstamo y el arrendamiento financiero —pues en este último la cantidad debida por el arrendatario no es consecuencia de una entrega previa de capital al mismo—, la exigibilidad del precio del arrendamiento surge, análogamente a lo que sucede en el préstamo, desde el momento mismo de la firma del documento, ya que, aun cuando se establezcan cuotas periódicas de amortización, producido el impago, la liquidez de la deuda se obtiene, simplemente, a través de una operación aritmética.

Preferencia de créditos. Artículo 1924.3.^º CC.—Para la determinación de la preferencia de los créditos sin privilegio especial, se ha de estar a la fecha del documento público en que constan y no a la del requerimiento de pago o a la de la sentencia posteriormente recaída. (**STS de 22 de diciembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Lico Leasing, S. A.*, formula demanda contra *Combi, S. L., Mapila, S. A.*, don A. H. H. y doña A. R. L., suplicando que se declare su mejor derecho frente a *Combi*, a cobrar de los demás demandados la cantidad que se le adeuda como consecuencia de un contrato de *leasing* celebrado mediante escritura pública el 3 de mayo de 1991, por cuanto que el crédito que ostenta *Combi* procede una sentencia dictada el 6 de octubre de 1993 en juicio ejecutivo contra sus ahora codemandados.

En primera instancia se desestima la demanda. La Audiencia Provincial acoge la pretensión de la demandante y declara preferen-

te el derecho de crédito del demandante en relación al crédito que ostenta *Combi* contra el resto de demandados. *Combi* presenta recurso de casación. (*L. S. M. P.*)

26. Leasing: concepto. Diferencia con la compraventa a plazos.—El contrato de arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero, conocido como *leasing* es aquel contrato atípico por el que una empresa especializada cede el uso de un producto —que ella no ha producido sino que ha sido adquirida de un tercero— en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio, normalmente muy bajo.

La jurisprudencia, muy reiterada en este tema, ha dicho sobre el concepto, en SS de 28 de noviembre de 1997 y 20 de julio de 2000: «institución del derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceputado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC (S de 26 de junio de 1989). Además desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la DA 7.^a en su apartado primero de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, a favor del usuario. Por otra parte, en el apartado octavo de dicha DA se dice que las Sociedades de Arrendamiento Financiero tendrán como objeto social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero prevista en la presente disposición. Doctrina que han seguido sentencias posteriores, como, entre otras, de 21 de noviembre y 2 de diciembre de 1998, 20 de noviembre de 1999, 19 de enero de 2000».

El problema que con frecuencia se ha planteado en el contrato de *leasing* es su diferenciación con la compraventa a plazos: su concepto, su finalidad económica y su finalidad práctica son distintos; a veces se ha entendido que aquél era simulado, que disimulaba éste, pero esto ha ocurrido en casos muy excepcionales, como el que recoge la S de 28 de mayo de 1990 en que al precio simbólico de la opción de compra se unía la imposibilidad de que el arrendatario la ejercitara; pero ya las SS de 28 de noviembre de 1997 y 30 de julio de 1998 y otras muchas posteriores han destacado que este precio no es decisivo para negar la calificación de contrato de *leasing*.

Esta última, reiterada por la de 19 de julio de 1999, dice lo siguiente: «Carente este contrato de una regulación jurídico privada, la jurisprudencia de esta Sala (SS de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico,

gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2.º, párrafo 2.º, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 21 del artículo 3.º de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno».

Actualmente, en legislación posterior no aplicable al presente caso, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, distingue claramente el arrendamiento financiero, como excluido de la Ley (art. 5.5) y con posibilidad de inscripción en el Registro de venta a plazos de bienes muebles (DA 1.ª).

Precio de la opción: irrelevancia de su cuantía a los efectos de calificar el contrato como *leasing*.—Ha sido constantemente reiterada la jurisprudencia de esta Sala de que la calificación de un contrato es función que compete al Tribunal de instancia y que debe ser respetada en casación, a no ser que sea ilógica, absurda o vulnere las normas de la hermenéutica contractual; así, para contratos de *leasing* lo han dicho las SS de 7 de febrero de 2000 y 30 de abril de 2002.

En el presente caso, la interpretación que han dado las sentencias de instancia caen en estas situaciones: la de primera instancia motiva la calificación de compraventa (disimulada) de bien mueble a plazos, en el escaso precio que como valor residual se ha fijado para el ejercicio de la opción de compra. Esta no es razón válida y así lo ha dicho la jurisprudencia: así, SS de 2 de diciembre de 1999 («...no hay ninguna norma que haya de cumplirse en la fijación de aquel valor residual»), SS de 6 de marzo de 2001, 7 de marzo de 2001, 12 de marzo y 2 de diciembre de 2002 («no es suficiente, por sí solo, para poder desvirtuar la calificación de un contrato como de arrendamiento financiero o *leasing* el importe más o menos elevado de la cuota residual pactada para ejercitarse la opción de compra»). El precio de la opción, normalmente es o puede ser muy bajo, debido a que suele corresponder al resto pendiente de amortizar y a que se tiene en cuenta el demérito que ha sufrido la cosa por el uso durante el tiempo del arrendamiento. (**STS de 14 de diciembre de 2004;** ha lugar.)

HECHOS.—Entre *Unileasing* (después llamada *Hispamer Servicios Financieros*) y *Excavaciones Bergova, S. A.*, se celebró un contrato por el que esta última sociedad poseía en arrendamiento una excavadora pagando las rentas correspondientes, al término del cual podría ejercitarse una opción de compra. La Tesorería de la Seguridad Social embargó la máquina y la financiera interpuso demanda de tercería de dominio. La sentencia del Juzgado la desestimó por entender que el contrato debía calificarse como compraventa a la luz de la insignificancia del precio de la opción, que —por

lo dicho— no cumplía su función económica de precio autónomo, siendo el precio real el que, con el nombre de renta, se había ido pagando. La sentencia de la Audiencia calificó igualmente el contrato celebrado como compraventa pero con distinto argumento pues la financiera —tal y como se había pactado— había ejercitado acción ejecutiva en reclamación de las rentas pendientes y el Tribunal interpretó esa conducta como una exigencia o reclamación del precio. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación que interpone *Hispamer*, declarando que la sociedad de *leasing* es la propietaria de la excavadora y prosperando, como consecuencia, la tercería de dominio. (R. G. S.)

27. Convenio vinculante que no puede considerarse derecho de retorno arrendaticio. Obligación *propter rem*.—Pese a no poder calificarse lo pactado de derecho de retorno arrendaticio encuadable en el artículo 81 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, sí constitúa un convenio vinculante para las partes contratantes conforme al principio de libertad de pactos del artículo 1255 CC y perfectamente válido y exigible como fuente de obligaciones conforme a los artículos 1089 y 1091 del propio Código. Técnicamente bien podría calificarse de «obligación *propter rem*».

La compradora-codemandada ha de respetar el derecho de retorno de la actora-reconvenida pese a no haber sido parte del convenio en que tal derecho se pactó, en virtud de la nota marginal que hizo constar en el Registro de la Propiedad la afección del derecho de retorno pactado y en la constancia de la misma afección en la escritura pública de compraventa de la vivienda. Todo ello avala, además, el fehaciente conocimiento de la compradora de lo pactado entre inmobiliaria e inquilina e impide que la compradora pueda beneficiarse de la protección el artículo 34 LH.

Legitimación de la actora. Silencio de la inmobiliaria considerable como aceptación. Reglas de la buena fe.—Seis meses después de la firma de la escritura pública que establecía el compromiso de respetar el contrato de inquilinato, doña E. comunica fehacientemente a la inmobiliaria su subrogación, tanto en el contrato de arrendamiento como en lo convenido sobre traslado y retorno. El silencio o callada por respuesta de la demandada reconvincente sólo podía interpretarse, desde las reglas de la buena fe, como asentimiento a tal subrogación reconociendo a la hija de su inquilina unos derechos, tanto arrendaticios de la legislación especial como derivados de lo convenido en su día con la inquilina anterior. Tampoco desde las reglas de la buena fe podía la inmobiliaria discutir la subrogación de la actora, casi tres años después, cuando se vio demandada por haber faltado total y absolutamente a sus compromisos. Lo mismo cabe aplicar al silencio de la demandada-reconviniente frente al requerimiento de la actora, por el que ésta pidió retornar a la vivienda del edificio rehabilitado, un año después de la comunicación de su subrogación. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58 LAU-TR y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el silencio equivale a conformidad o asentimiento en este caso, porque las exigencias de la buena fe y el modo corriente y usual de proceder imponían a la hoy recurrente el deber de manifestarse, pudiendo hacerlo, como era el caso (SSTS de 17 de noviembre de 1995, 29 de febrero de 2000, 21 de marzo de 2003, entre otras).

Cumplimiento de requisitos del artículo 58.1 LAU-TR. La convivencia de la actora con la anterior inquilina.—La convivencia con la madre queda acreditada por un dato tan significativo como la identidad de los domicilios de la inquilina y su hija, hoy recurrida, constatada tanto en la escritura pública como en el documento privado complementario.

Interpretación de los contratos. Condena a la inmobiliaria a pagar los gastos de contratación de los suministros de gas, agua y electricidad a nombre de la actora en la vivienda de retorno, cuando lo pactado en la escritura pública sobre el derecho de retorno sólo obligaba a asumir los gastos de acometida.—Tales gastos eran una consecuencia necesaria del conjunto obligacional resultante de la escritura pública de acuerdo del derecho de retorno, puesto que el sentido global de lo pactado no podía ser otro que la indemnidad de la inquilina por los gastos de traslado y retorno. La invocación del artículo 1281.I CC no puede obedecer al inviable propósito de resultar favorecida la parte contractual incumplidora por su propio incumplimiento. (**STS de 28 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña E., como mandataria de su madre, que era la inquilina de una vivienda y que fallece poco después, pacta (en documento privado elevado a escritura pública) un derecho de retorno con la promotora inmobiliaria que, después de comprar un edificio con viviendas arrendadas, lleva a cabo su rehabilitación. El derecho de retorno se hace constar en nota marginal a la inscripción registral de la vivienda afectada del edificio ya rehabilitado. El piso, una vez rehabilitado, es vendido por la inmobiliaria a doña J., elevándose la compraventa a escritura pública, en la que también consta la afección.

Doña E. demanda a la inmobiliaria y a la nueva adquirente, fundándose en lo convenido con la inmobiliaria. Ambas demandadas se oponen y la inmobiliaria, además, formula reconvenCIÓN, alegando la nulidad relativa de lo convenido por falta de consentimiento de la inquilina o por dolo grave de su hija demandante, pidiendo la anulación de la referida nota marginal, y, consecuentemente, la restitución de las prestaciones pactadas por la rescisión del contrato de arrendamiento a cambio de cinco millones de pesetas, o, subsidiariamente, el traslado del contrato de arrendamiento a la vivienda facilitada tras el desalojo del edificio para su rehabilitación.

La sentencia de primera instancia aprecia incumplimiento contractual y estima parcialmente la demanda inicial, pero desestimándola respecto al derecho de retorno y a la subrogación de la actora en el contrato de arrendamiento. Demandante reconvenida y codemandada-reconviniente interponen sendos recursos de apelación. La Audiencia Provincial estima sólo parcialmente ambos recursos. Desestima la reconvenCIÓN y estima sustancialmente la demanda inicial, obligando a la promotora a cumplir lo convenido y a respetar a la actora como subrogada en el contrato de arrendamiento, manteniendo la renta originaria y condenando también a la compradora de la vivienda a dejarla libre.

Contra la sentencia de apelación recurren en casación la inmobiliaria demandada reconviniente y la codemandada-compradora de la vivienda. (*S M. S.*)

28. Arrendamientos rústicos: acceso a la propiedad e interpretación de la regla tercera del artículo 7. 1 LAR 83/1980, de 31 de diciembre.—La doctrina jurisprudencial declara que la concurrencia de la circunstancia tercera del artículo 7.1 LAR de 1980 imposibilita el ejercicio por parte del arrendatario del derecho al acceso de la propiedad de la finca (entre otras, SSTS de 5 de mayo y 13 de octubre de 1993, 7 de julio de 1995, 22 de enero de 1998, 7 de diciembre de 1999 y 27 de marzo de 2003). Por lo tanto, cuando la finca, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, tiene un valor de venta superior al doble del precio que normalmente corresponde en la comarca o zona a los de su misma calidad o cultivo, el arrendatario no tendrá derecho a acceder a la propiedad. El hecho de que dicha circunstancia sobrevenga posteriormente produce la inaplicación de las normas de la Ley arrendaticia, es decir, las fincas que se encuentren en la circunstancia mencionada quedarán excluidas de la regulación de la LAR de 1980 (SSTS de 13 de octubre de 1993 y 7 de diciembre de 1999). Igualmente, la jurisprudencia interpreta que la diferencia de valor que menciona la regla tercera —entre el valor contractual y el valor de la comarca o zona de cultivo— ha de provenir de circunstancias ajenas al destino agrario. Para la determinación de este valor, se estará a la realidad del mercado y a las perspectivas de la finca en el momento en el que se plantee el proceso. En el caso de que el vínculo arrendatario comprenda varias fincas, lo que se ha de tener en cuenta no es cada finca individualmente, sino la unidad configurada por todas ellas en su conjunto (SSTS de 3 de junio de 1988, 7 de abril, 29 de noviembre y 20 de diciembre de 1992, 31 de julio y 11 de noviembre de 1996 y 22 de mayo de 2003). Todas estas circunstancias son cuestiones fácticas y por ello su apreciación corresponde al órgano jurisdiccional de instancia. (**STS de 16 de diciembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. G. A. G. interpone demanda contra el Obispado de Vitoria. El actor solicita, en primer lugar, que se declare su derecho a la propiedad de las fincas de reemplazo que en la concentración parcelaria de la zona de Gamarra se le adjudiquen al demandado, en compensación de las fincas aportadas por él, que cultiva en arrendamiento y, en segundo lugar, solicita que se otorgue a su favor escritura pública de transmisión.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda por aplicación del artículo 7.1.3.^a LAR, al no encontrarse las relaciones arrendaticias de los litigantes sometidas a una regulación especial y, por este motivo, no gozar de los beneficios de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma la resolución del Juzgado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor.

NOTA.—En los últimos años, la regulación sobre arrendamientos rústicos ha sufrido multitud de reformas cuyo objetivo esencial es una mayor movilización de los recursos agrarios que permita un aumento, tecnificación y plurifuncionalidad de las explotaciones rústicas para conseguir un incremento de la eficacia de las mismas. Para ello, la mencionada regla tercera del artículo 7.1 de la LAR de 1980, fue sustituida por el artículo 7.1.c) de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre. Dicha regla ha sido suprimida, recientemente, por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre. (*S. E. M.*)

29. Honorarios profesionales. Necesidad de la prueba, por parte del abogado, de los servicios realmente prestados al cliente.—En lo atinente a la desproporción existente entre la cuantía del interés y la retribución fijada por el Tribunal de apelación, ha de recordarse que esta Sala ha declarado que, si no se ha acordado nada entre los interesados ha de estarse por los Tribunales a una serie de pautas, como la naturaleza y cuantía del asunto, su grado de complejidad, la dedicación requerida y los resultados obtenidos, sin desconocer la costumbre o uso del lugar y la ponderación de criterios de equidad, si bien constituye un «*prius*» inexcusable la prueba por el Letrado de la realidad de los servicios prestados (SS de 30 de abril de 2004, 20 de noviembre de 2003, 16 de febrero de 2001, 16 de septiembre de 1999 y 24 de septiembre de 1988).

Carácter orientador de los honorarios establecidos por los Colegios profesionales de abogados.—Las normas sobre honorarios profesionales son, como afirma el recurrente, únicamente orientativas y no vinculantes, ni para los Abogados ni para los Tribunales, incluso en aquellos casos en que la impugnación de unos honorarios como excesivos determina que se recabe el dictamen del Colegio profesional correspondiente. (**STS de 8 de noviembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. L. F. D. intervino como abogado en el intento de división amistosa de una finca urbana de la que eran copropietarios don L. S. S., doña M. R. P. y don M. C. S. S. Ante la falta de pago, por parte de éstos, de los honorarios profesionales, don J. L. F. D. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo reclamando la cantidad de 5.776.394 pesetas a don L. S. S. y doña M. R. P. e igual cantidad respecto de don M. C. S. S. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a indemnizar solidariamente al actor en la cuantía de dos millones de pesetas. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia de Lugo la revocó parcialmente, al reducir los honorarios del abogado a la cantidad total de un millón de pesetas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el abogado. (A. S. C.)

30. Condición de promotor.—La Sala tiene señalados como criterios determinantes para su estimación que la obra se realice en su beneficio y se encamine a la venta a terceros, y que haya elegido y contratado al constructor y a los técnicos (S de 6 de mayo de 2004). Lo es quien organizó como empresario la construcción, estableció el programa de realización y contrató a los encargados de realizar su plan (S de 19 de noviembre de 1997), aquella persona física o jurídica que ordena, programa y busca los medios financieros para realizar una determinada construcción (S de 21 de junio de 1999), el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a tercero (S de 21 de octubre de 1998 y, en el mismo sentido, 1, 3 y 30 de junio de 1984, 12 de febrero de 1985, 30 de octubre de 1986), el que despliega la actividad constructiva para obtener un beneficio económico (SS de 1, 3 y 30 de junio de 1984, 12 de febrero de 1985, 30 de octubre de 1986), quien elige y contrata a los técnicos y constructores (S de 13 de mayo de 2002).

Condición de promotor de las gestoras de comunidades de propietarios.—Se consideran como sociedades de gestión inmobiliaria sometidas a la

responsabilidad del artículo 1591 CC si actúan como una promotora, asumiendo las actividades de gestión, administración y dirección del proceso edificativo, de acuerdo con la consolidada doctrina de la Sala representada por las SS de 3 y 15 de octubre de 1996, 26 de junio de 1997, 15 de marzo de 2001 y 25 de febrero de 2004. En el caso la gestora tramitó la formación de la comunidad de propietarios para la construcción, tenía una opción de compra sobre el solar y un proyecto de edificación, eligió y contrató a los técnicos reservándose la directa gestión, administración y supervisión con carácter irrevocable, estableciéndose como funciones propias de su cometido las financieras, contratación de obra, asesoramiento jurídico, terminación de la promoción y supervisión de todos los trabajos o estudios que se estime oportuno encargar a cualquier persona o institución; finalmente, como remuneración de los servicios se fija el 15 por 100 del coste total de la operación económica «incluido el coste del solar, el de la construcción de los pisos, plazas de garaje, urbanización e instalaciones comunes, honorarios de Arquitectos, Aparejadores y Licencias, Notarías, Registro, Acometidas, Arbitrios, Impuestos, Contribuciones y cualquier otro gasto inherente a la promoción». No obsta a lo razonado la fórmula jurídica utilizada para la venta de las unidades constructivas, pues, con independencia de que, de ser previsto como montaje jurídico para excluir la responsabilidad incidiría en fraude ley (art. 6.4 CC), en cualquier caso no resulta relevante la venta anticipada y la constitución de la comunidad de propietarios, máxime si se tiene en cuenta que ésta carece en absoluto de funciones en el proceso constructivo, por ser totalmente asumidas en consonancia con su auténtica condición jurídica de promotor por la autodenominada «Entidad gestora».

Legitimación para recurrir contra un codemandado.—No cabe la legitimación para recurrir contra un codemandado para pretender que se le condena, pero sí se puede recurrir para obtener la absolución respecto de la pretensión actora, o mejorar la situación económica o jurídica decretada en la sentencia recurrida, aunque suponga empeorar la de su colitigante. Por consiguiente un codemandado puede pretender que se le absuelva por no ser responsable del vicio o defecto ruinógeno argumentando que el responsable o responsables son otros sujetos o agentes de la construcción, demandados o no; y asimismo puede pretender la individualización de ciertos vicios ruinógenos en lugar de la solidaridad mediante la actividad argumentativa correspondiente, aunque ello repercuta negativamente de forma indirecta en los codemandados. Cosa distinta es pretender directamente la condena, o agravación, respecto de un colitigante, porque el condenado no puede actuar como coadyuvante del actor.

Intereses legales y deudas de valor (se trata de un *obiter dicta*, porque se consideró cuestión nueva).—En ellas la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible al poder adquisitivo del importe que va a percibir. Para lograr tal equilibrio se siguen diversos criterios, y uno de ellos es el de establecer el incremento del IPC desde la fecha en que ocurrió el evento (S 25 de mayo de 1988), pero nada obstante en que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el artículo 1108 CC, sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica –equivalente o sustitutivo del daño causado–, sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto, máxime si se tiene en cuenta que –en el caso–, la operatividad se limita al período del

pleito en primera instancia pues claramente se establecen desde la interpelación judicial. La deuda de resarcimiento, una vez liquidada, pasa a ser deuda de suma (o de cantidad), en cuanto que la decisión judicial determina que el valor se traduce en una suma concreta (**STS de 16 de diciembre de 2004**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Por una comunidad de propietarios se dedujo demanda de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC contra una gestora de comunidades, en concepto de promotora de las obras, contra la constructora del edificio, contra otra constructora encargada de los viales, y contra los arquitectos y aparejadores que confeccionaron el proyecto y asumieron la dirección técnica; se solicitaba la condena solidaria de todos los codemandados, excepto la constructora encargada de los viales, al pago del valor presupuestado de las obras de reparación de los daños causados al edificio y derivados de defectos en los sumideros de aguas pluviales y murete de contención de tierras, o a que efectuaran a su cargo las reparaciones necesarias; también la condena solidaria de todos los codemandados, excepto la constructora del edificio, al pago de la factura de remodelación del viario, y, por último, a la gestora de comunidades y a la constructora encargada de la edificación del edificio, al pago de la penalización pactada por demora en la terminación de las obras; en todos los casos con intereses legales y expresa condena en costas. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, condenándose a la constructora del edificio a abonar el importe de la cláusula penal por demora y el importe de la reparación de los daños, en este último caso con el interés legal desde la interpelación judicial, mientras la remodelación del viario se ponía exclusivamente a cargo de los dos arquitectos, siendo absueltos los demás codemandados. Apelada la sentencia de primera instancia por la constructora del edificio y por uno de los arquitectos, y adhiriéndose a la apelación la comunidad de propietarios y el otro arquitecto, la Audiencia Provincial la revoca parcialmente, absolviendo totalmente a uno de los arquitectos y parcialmente a la constructora del edificio, en este último caso en cuanto a la indemnización por demora en la entrega de la obra, declarando explícitamente que en todo lo demás se mantenían los pronunciamientos de la instancia. Contra dicha resolución se interpusieron dos recursos de casación: el primero por la comunidad de propietarios para que se hiciera extensiva la condena a la gestora de comunidades y al otro arquitecto, absueltos por la Audiencia, y el segundo por la constructora del edificio, en discrepancia con la responsabilidad relativa a los sumideros de aguas pluviales y murete de contención de tierras (que atribuye a los técnicos codemandados absueltos en la instancia) y con los intereses legales y procesales impuestos. El Tribunal Supremo admite el recurso interpuesto por la comunidad de propietarios, condenando a la gestora de comunidades solidariamente con la constructora del edificio, y mantiene en todo lo restante el pronunciamiento de la Audiencia. (*L. M. L. F.*)

31. Responsabilidad decenal por ruina. Ruina funcional.—El término «ruina» surge cuando el artículo 1591 CC menciona las diversas responsabilidades por un edificio que se arruinare por vicio en la construcción; literalmente «arruinar» significa «causar ruina», esto es, la «acción de caer o destruirse una cosa», «el derrumbamiento», y en sentido figurado, también quiere decir «destruir o causar grave daño»; interpretado así, el vocablo «ruina» determina que el vicio de la construcción ha de ser de tal gravedad que cause el derrumbamiento del edificio.

Las doctrinas científica y jurisprudencial se apartan de esta interpretación literal y dan una significación más flexible al concepto de ruina.

En primer lugar, no se limita la aplicación del precepto al supuesto de ruina real, que exige un derrumbamiento actual y efectivo sino que se extiende su ámbito al caso de amenaza o peligro de ruina, manifestado exteriormente por signos visibles, como son modificaciones o alteraciones en los elementos esenciales para la estabilidad del edificio, que denotan por sí una situación de peligro; bastan, como declara la jurisprudencia, graves defectos que hacen «temer la próxima pérdida» de la obra, o la «inmediata posible ruina», en un plazo más o menos breve.

En segundo lugar, el texto del artículo 1591 CC no precisa si la ruina ha de ser total o parcial.

En general, la doctrina científica entiende que el precepto se refiere a la ruina total y a la parcial, al derrumbamiento de la construcción o de los elementos sustanciales de la misma, o de una parte de ella, cuya posición es seguida por la jurisprudencia.

Junto a esta amplia concepción del término «ruina», un significado sector doctrinal, extiende la responsabilidad decenal a aquellos supuestos de vicios o defectos constructivos que, sin afectar a la solidez del edificio, hacen impropia la construcción para el uso al cual es destinada; en este espacio, se dice que el artículo 1591 CC es aplicable a la ruina parcial, aunque ésta no afecte en lo más mínimo a la subsistencia de la construcción; que el concepto de ruina comprende todo detrimento o menoscabo grave que experimente una edificación, y que sin afectar a su solidez, excede de la medida de las imperfecciones corrientes, configurándose como una violación de las reglas de la *lex artis* o del contrato.

Con mención a la doctrina jurisprudencial, hay que traer a colación la STS de 27 de diciembre de 1983, la cual explica que «el concepto de ruina de ser referido no sólo a lo que en sentido riguroso y estricto pudiera implicar derrumbamiento o destrucción total o parcial de una obra, sino a un más amplio contenido de arruinamiento, extensivo a defectos o vicios que afecten a los elementos esenciales de la construcción, que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato de obra», cuya sentencia representa doctrina jurisprudencial de la Sala primera del Tribunal Supremo, pacífica y consolidada, y puede estimarse como epítome de otras posteriores, muy numerosas, de ociosa cita. (**STS de 20 de diciembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—D. F. B. H. demanda a *Gregorio Quejido* —contratista—, *Promagca, S. A.* —promotora— y don F. J. M. A., arquitecto. La cuestión litigiosa se centraba en determinar si el local adquirido por el actor con destino a almacén en la Promoción Vallecas IV, en el Polígono Industrial del mismo nombre, estaba o no incursa en ruina funcional. El Juzgado acogió íntegramente la demanda res-

pecto a las sociedades y absolvío al arquitecto por falta de legitimación de pasiva. La sentencia del Juzgado fue revocada por la Audiencia en el particular relativo a las costas. Interpusieron recurso de casación las apelantes, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (*R. G. S.*)

32. Compatibilidad de las acciones en caso de vicios ruinógenos.—El perjudicado o el subadquirente puede ejercitar la acción de cumplimiento contractual —*ex stipulatio*, o por equivalencia (indemnización sustitutoria) en los casos de difícil o imposible recomposición—, también la de cumplimiento defectuoso ex artículo 1101 CC, o la resolutoria del artículo 1124 CC, con indemnización de daños y perjuicios, o esta indemnización con finalidad principal resarcitoria, sin que, según la más reciente doctrina jurisprudencial (SS, entre otras, 29 de febrero de 2000 y 8 de noviembre de 2002), la norma del párrafo primero del artículo 1591 exija necesariamente la petición del cumplimiento *in natura*.

Cuestionamiento del nexo causal.—La problemática de que se trata correspondía suscitarla con fundamento, o bien en la carga de la prueba (art. 1214 CC), o bien a través del error en la valoración probatoria, si bien en este caso sería preciso invocar el precepto legal en que se contiene la regla valorativa de prueba que se considera infringida, no teniendo tal contenido los artículos 1591 y 1902 CC.

Responsabilidad solidaria del aparejador.—Se apreció como fundamento determinante del fallo una deficiencia del sistema de desagüe y la colocación de una rejilla que reducía notablemente la sección de absorción de agua; como técnico que conoce las normas tecnológicas y de la edificación, el aparejador debe advertir al arquitecto de su incumplimiento y vigilar que la realidad constructiva se ajuste a la *lex artis*, aplicándose la solidaridad cuando es de imposible o difícil discriminación separar las respectivas responsabilidades.

Acción ejercitada por subrogación.—El carácter de tercero del comitente, con cuyo pretexto se entiende que la acción ejercitada por subrogación debió ser la del artículo 1902 CC y no la del artículo 1591, carece de consistencia, al contratar directamente la contratista con el mencionado comitente la reconstrucción de la nave.

Ausencia de legitimación para recurrir contra un codemandado.—La contratista pretende se deje sin efecto el pronunciamiento absolutorio de su aseguradora de responsabilidad civil y se le condene como responsable solidaria, lo que obviamente no supone ningún cambio en la posición jurídica de la recurrente respecto de la actora, y el eventual interés de ésta en dicha condena, sólo a ella correspondía defenderlo. El tema suscitado pertenece a la relación *ad intra* entre las codemandadas y es ajeno al proceso seguido con el demandante. (**STS de 20 de diciembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—La cubierta de una nave se desplomó como consecuencia del peso del agua acumulada por lluvias torrenciales previstas, incidiendo en tal suceso la ausencia de rebosadores exteriores, la insuficiencia de la propia cubierta para soportar el peso y la inadecuación de los desagües, relacionada esta última con las rejillas paragravas instaladas en los mismos. La aseguradora de daños indemnizó los causados al asegurado-comitente (incluida la reparación).

ción), dirigiéndose luego, en ejercicio de la acción subrogatoria contemplada en el artículo 43 LCS, contra la empresa contratista, la aseguradora de la responsabilidad civil de la contratista por daños causados a terceros, el arquitecto y el aparejador, con el fin de que se les condenara solidariamente al reembolso de la indemnización pagada y los intereses legales procedentes.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió a todos los codemandados, estimando parcialmente la reconvenCIÓN implícita planteada por la aseguradora de daños para que se declarara la inexistencia de responsabilidad en el personal empleado por el contratista y, consecuentemente, la ausencia de cobertura por su parte, con condena de la demandante a las costas causadas en la demanda principal. Interpuesto recurso de apelación por la aseguradora de daños, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, manteniendo la absolución de la aseguradora de responsabilidad civil y condenando solidariamente a los otros tres codemandados al pago de la cantidad abonada por la aseguradora de daños al comitente-asegurado más los intereses procedentes, además de las costas devengadas en primera instancia y sin hacer pronunciamiento respecto de las producidas en la alzada. Se desestiman los recursos de casación planteados exclusivamente por el contratista y el aparejador.

NOTA.—En el caso planteado parece ofrecer pocas dudas la absolución de la aseguradora de la responsabilidad civil de la entidad contratista por daños a terceros, ya que, pese a la oscuridad que la narración fáctica presenta en este fundamental aspecto, parece posible deducir que nos encontramos ante la cobertura de la responsabilidad civil empresarial por los daños causados a personas distintas de comitente y contratista durante y como consecuencia de la actividad constructiva, con inclusión o no de la llamada «responsabilidad patronal» por los daños que puedan producirse a los trabajadores como consecuencia de accidente de trabajo: los daños derivados de defectos de construcción y manifestados una vez concluida y entregada la obra caerían fuera del ámbito de cobertura, pese a que la contratista asegurada intentara conseguir la condena de la aseguradora de responsabilidad civil razonando que la acción ejercitada por la aseguradora de daños en vía subrogatoria había de ser la del artículo 1902 CC, y no la del artículo 1591 del propio texto legal.

Mayores dudas plantea decidir si la acción procedente en este supuesto era la subrogatoria contemplada en el artículo 43 de la vigente LCS o la acción general de repetición, otorgada por el artículo 1158, párrafo segundo, CC al que «pagare por cuenta de otro»; la solución dependerá de si el daño en concreto estaba incluido o no en la póliza contratada, cuestión que no fue objeto de debate, pero nos parece extraño que lo estuviera porque la alusión al continente y al contenido como objeto asegurado, así como el momento en que se planteó el litigio (anterior a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación y sus garantías), parecen situarnos ante un seguro de daños voluntario, contratado por los subadquirentes de las edificaciones y en el cual suelen excluirse expresamente de la cobertura los daños que provengan de defectos de edificación (en realidad parece tan absurda la inclusión de esos

daños como la de los defectos de fabricación de un automóvil en el seguro a todo riesgo que cubre los daños sufridos por el mismo); si esto fuera así, y la aseguradora de daños hubiera pagado un riesgo no cubierto, el recurso a la acción planteada parece inadecuado (aunque al parecer nadie alegó la eventual incorrección). Una vez en vigor el seguro o caución contemplados en la Ley de Ordenación de la Edificación, y si la cobertura de esos otros seguros voluntarios de daños, entre los que se cuenta la difundida modalidad denominada multirriesgo hogar, incluyera los derivados de defectos de edificación, se van a plantear problemas de concurrencia en cuanto a los daños estructurales causados al propio inmueble, dado que estos serían también objeto de la garantía obligatoria contemplada en el artículo 19.9.c) de la citada norma legal; en tal caso, y si ambas modalidades de seguro son de daños, parece que se producirá un supuesto de los denominados como seguro cumulativo, sin que normalmente puede acreditarse la concurrencia de dolo en el asegurado: consiguientemente la solución pasaría por que cada asegurador pague la cantidad que proporcionalmente le corresponda para evitar el enriquecimiento del asegurado, pudiendo repetir contra los demás aseguradores aquel de ellos que hubiera anticipado una cantidad superior (como dispone el art. 32.3.^º LCS). Si los daños derivados de defectos estructurales estuvieran garantizados por un seguro de caución, por improbable que esto sea, la solución podría ser distinta, habida cuenta de las similitudes existentes entre esta última modalidad de garantía y la fianza: el asegurador voluntario de daños podría ejercitarse la acción subrogatoria por todo el importe satisfecho y que esté amparado por la caución, dirigiéndose indistintamente contra los agentes causantes del defecto edificatorio y contra el prestador de la caución. Pero insistimos en nuestras dudas acerca de que los seguros voluntarios de daños cubran los derivados de defectos de edificación: la exclusión expresa es moneda corriente y ni siquiera sabemos si ha de considerarse necesaria, de ahí nuestra sorpresa ante el hecho de que no fuera alegada; quizás el asegurador pagó por error, o quizás por sus buenas relaciones con el asegurado, en la confianza de que recobraría el importe mediante la acción subrogatoria general o especial. (*L. M. L. F.*)

33. Ejercicio de la acción directa en el contrato de obra.—La acción directa en el contrato de obra corresponde al subcontratista frente al dueño de la obra hasta la cantidad que el dueño adeude al contratista cuando se hace la reclamación, tal como dispone el artículo 1597 CC y ha desarrollado abundante jurisprudencia (SSTS de 6 de julio de 2000, de 18 de julio de 2002 y 16 de julio de 2003).

Requisitos de la acción de enriquecimiento injusto: su carácter subsidiario.—La acción de enriquecimiento injusto exige que el desplazamiento patrimonial no haya tenido causa y existe causa en aquellos casos en que la atribución patrimonial corresponde a una relación jurídica patrimonial. Además, esta acción es de aplicación subsidiaria, de modo que no se puede ejercer en aquellos supuestos en que la ley ha previsto una acción para evitar este enriquecimiento.

La asunción de deuda como novación modificativa.—La asunción de deuda en la que se sustituye la persona del deudor por otra en la misma relación obligatoria se admite en nuestro ordenamiento como un tipo de novación modificativa al amparo del artículo 1205 CC. Conforme este artículo se exige el consentimiento del acreedor y se admite por la jurisprudencia la asunción cumulativa, que permite la coexistencia de ambas deudas (SSTS de 16 de marzo de 1995 y 29 de noviembre de 2001). (**STS de 4 de noviembre de 2004;** ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Aparcamientos de Cataluña, S. A.*, celebró un contrato de obra con la empresa constructora *Construcciones Zyk, S. A.*, quien, a su vez, celebró un contrato con *Cimentaciones Abando, S. A.*, en virtud del cual esta última empresa era subcontratista de la obra realizada por *Construcciones Zyk*. La sociedad *Cimentaciones Abando, S. A.*, interpuso demanda contra las sociedades *Aparcamientos de Cataluña, S. A.*, *Construcciones Zyk, S. A.*, y el señor M. M. A. O., en la que solicitaba a las empresas el pago de la cantidad adeudada por las obras por ella realizada y, con carácter subsidiario, se condenase al señor A. O. al pago de estas cantidades. Además, se solicitaba la condena de *Aparcamientos de Cataluña, S. A.*, a satisfacer, con carácter directo, las cantidades que esta sociedad adeudase a *Construcciones Zyk*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Azpeitia estimó parcialmente la demanda y condenó a las sociedades al pago de la cantidad establecida, absolviendo al señor M. M. A. O. *Aparcamientos de Cataluña, S. A.*, interpuso recurso de apelación contra esta resolución, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de San Sebastián. Interpuesto recurso de casación por esta sociedad, el Tribunal Supremo considera que en este caso no existió un enriquecimiento injusto de la demandante, debido a la existencia del subcontrato de obra, ni una asunción de deuda. Sin embargo, estima que hubo una incongruencia *extra petitum* en la sentencia de instancia que fue confirmada por la Audiencia Provincial y limita la cantidad a pagar por la sociedad recurrente en virtud de la acción directa. (M. V. V.)

34. Relación entre las normas de la comunidad de bienes y las propias del contrato de sociedad civil.—Esta remisión del artículo 1669.2 CC a las normas de la comunidad no impide la aplicación a la enajenación de la cosa común del régimen propio del contrato de sociedad. La jurisprudencia ha declarado que el artículo 1669.2 CC, cuya finalidad es la protección de terceros, no ha de servir de base para que los socios, vinculados a tenor del artículo 1257 CC, eludan entre ellos el cumplimiento de las obligaciones que concertaron (S de 22 de noviembre de 1972); y que la remisión que el referido artículo efectúa se ha de considerar limitada a las normas que regulan la titularidad sobre el patrimonio común (S de 3 de abril de 1982).

Conclusión que procedería mantener, en todo caso, ya que el artículo 392.2 CC proclama el carácter dispositivo de las normas sobre la comunidad, que se aplican «a falta de contratos». Ha de indicarse que, en la cláusula primera del de sociedad, los socios pactaron que la relación jurídica entre ellos se rigiera «en lo no previsto en este documento, por lo preceptuado en

el artículo 1665 CC y demás disposiciones legales de aplicación», de modo que integraron, voluntaria y expresamente, en la reglamentación negocial el contenido de dichas normas.

Sociedad civil. Actos de enajenación de bienes integrantes del fondo social. Interpretación del concepto *novedad* del artículo 1695.4 CC.—Ello sentado, en los casos en que los contratantes no hubieran establecido el modo de administrar la sociedad civil, como sucedió en el supuesto que se decide (según se declara en la instancia), el artículo 1695.1.^a encomienda la administración a todos los socios, conforme a un sistema separado y solidario, según el que la gestión de cada uno será eficaz si no hay oposición de los demás antes de que haya producido efecto legal, esto es, antes de que se ejecute.

El artículo 1695.4.^º CC establece que ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque se alegue que es útil a la sociedad.

Esta norma, procede del artículo 1589.4.^a del Proyecto de 1851, que la tomó del artículo 1859.4.^º del Código francés, en la primitiva redacción (*l'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles...*) y, al fin, de las palabras de Sabino (Digesto X.III.28) *in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse* (esto es, ninguno de los dueños puede hacer con derecho cosa alguna en la que es común, contra la voluntad del otro), dada la tradicional relación existente entre sociedad y comunidad, confirmada por la semejanza entre los artículos 397 y este 1695.4.^º CC.

Las palabras hacer novedad, utilizadas en el artículo 1695.4.^º (que no siguió el precedente de manera plena, ya que el artículo 1860 del Código francés también se refería a los actos de disposición sobre bienes inmuebles: *l'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner ni enganger les choses...*), tienen el sentido equivalente a la realización de alteración, sea material o jurídica, por lo que incluye los actos de enajenación.

Dicho ello hay que añadir que esa regla prohibitiva no resulta aplicable cuando los referidos actos no exceden del ámbito delimitado por el objeto social, de modo que, si esto sucede, los actos dispositivos de cada socio estarán sometidos, salvo pacto, al mismo régimen general que contiene la regla 1.^a del propio artículo 1695 CC.

Tal es el caso, ya que la sociedad a la que se aportó el inmueble enajenado tenía por objeto la promoción de viviendas, fin inmediato cuya realización comprende la enajenación de inmuebles. (**STS de 10 de noviembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 31 de diciembre de 1988, don J. A. M. juntamente con la entidad mercantil *Aljal, S. A.*, don A. A. M. y las entidades *Cooperativas de Viviendas V Centenario, Sociedad Cooperativa Andaluza y los Prados, Sociedad Cooperativa Andaluza* constituyeron una sociedad civil aportando a su fondo social, entre otros, un bien inmueble propiedad de todos ellos. Con posterioridad a la fecha de celebración del contrato, uno de los socios, *Aljal, S. A.*, vendió el mencionado bien inmueble a un tercero sin el consentimiento de J. A. M. Éste interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Málaga solicitando la nulidad de la compraventa, así como una indemnización subsidiaria por los daños que le produjo. El Juzgado desestimó íntegramente las pretensiones del actor. Apelada la sentencia, la Audiencia de Málaga declaró válido

el contrato de compraventa celebrado, así como carente de fundamento la pretensión de condena a la indemnización solicitada por don J. A. M. Interpuesto recurso de casación por parte de éste, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*A. S. C.*)

35. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral minero: competencia de la jurisdicción civil.—La materia para justificar la competencia del orden jurisdiccional social se refiere a las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo, y tal circunstancia vinculante no concurre en el supuesto del debate donde lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede la órbita del contrato de trabajo y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por su carácter específico concretado en el artículo 9.2 LOPJ, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que una de las acciones ejercitadas es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con la cobertura de los artículos 1902 siguientes CC, doctrina reiterada por esta Sala (así SSTS de 21 de marzo de 1997, 30 de noviembre de 1999 y 29 de julio de 2003).

Legitimación activa de la madre de la viuda del accidentado.—La esposa del accidentado se suicidó al cabo de poco más de tres meses de la muerte por accidente minero de su marido, y la acción se ejerce por la madre de aquélla como heredera de su hija, no apreciándose vicio alguno de legitimación pues en virtud de los artículos 657 siguientes CC, la madre sucede en sus derechos a su hija, y en el presente caso se hizo valer el perjuicio padecido por quien falleció al poco tiempo sin ejercitarlo, actuando con legitimación activa en concepto de heredera de quien sufrió perjuicio por el accidente.

Muerte de un picador por desprendimiento de un costero: negligencia de la empresa.—El accidentado desarrollaba labores en el taller de arranque sobre la capa ancha de la quinta planta izquierda de la mina propiedad de la empresa demandada, y aunque se habían observado las prevenciones reglamentarias, el accidente se produjo, sin que quepa sentar su origen en fuerza mayor o caso fortuito, y ello significa la omisión de las medidas exigidas por la prudencia para prevenir el resultado dañoso, como son, entre otras, el estudio geotécnico de estabilidad del techo de la capa y el saneamiento de éste, las cuales pueden ser necesarias, sea cual sea su coste, en las labores a desarrollar en una mina de carbón como preparativo anticipado para la evitación de eventos similares, y, no obstante, las mismas no fueron adoptadas, de modo que ha habido una imprevisión para el logro de una mayor seguridad en el desarrollo de labores, imputable, sin duda, a la empresa demandada. Se reitera la doctrina sentada en STS de 3 de julio de 1998 que invoca la responsabilidad por riesgo y la inversión de la carga de la prueba.

Exoneración de responsabilidad del Director Facultativo de la mina.—Esta Sala limita la responsabilidad del accidente que ocasionó la muerte del picador a la entidad titular de la explotación minera, cuya conducta incide manera directa en la omisión de medidas precautorias con carácter general, ajenas a las reglamentarias, sin asegurarse de los riesgos que efectivamente pudieran surgir, y a la que correspondía la adopción de las mismas, y no considera adecuado extender la responsabilidad del suceso al Director Facultativo de la mina, debido a que no ha quedado acreditado en las actuaciones que su proceder fuera determinante de culpa o negligencia, y tampoco

que su ámbito de competencia integrara facultades para ordenar, sin más, lo procedente para la prevención de accidentes. (**STS de 18 junio de 2004**; ha lugar en parte.)

NOTA.—No hay novedad en cuanto a la declaración de competencia civil del supuesto, doctrina que, una vez consolidada, se reitera pacíficamente. Algunas novedades ofrecen el caso de sucesión *iure transmissionis* que invoca la actora, suegra del accidentado (parece que el matrimonio no tenía hijos) y que se fundamenta indudablemente en los artículos 657 y 1006 CC. Al estimar parcialmente el recurso de casación conviene saber que el Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, siendo revocada la sentencia en apelación al tiempo que la Audiencia Provincial redujo la indemnización solicitada de 15 a 12 millones de pesetas. El Tribunal Supremo exonera de responsabilidad al Director Facultativo de la mina y mantiene sustancialmente el *quantum indemnizatorio*. El Tribunal Supremo en el FD 4.^º califica de *obiter* las manifestaciones de la sentencia de segundo grado sobre la frecuencia de accidentes mineros en el entorno geográfico leonés y la seguridad de las explotaciones, sin que las mismas contribuyan decisivamente a la formación del fallo, excluyéndolo así del objeto de la casación. (G. G. C.)

36. Reclamación indemnizatoria contra hospital militar y médico solidariamente. Jurisdicción competente.—El Tribunal Supremo estima que, dirigida la demanda contra un particular y, solidariamente, contra la administración, en el mes de julio de 1993, es competente para conocer de la reclamación indemnizatoria el orden jurisdiccional civil, dado que la atribución de la competencia en tales casos de reclamación conjunta al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo no se produjo hasta la LO 6/1998, de 13 de julio, que añadió al artículo 9.4 LOPJ el párrafo segundo con un inciso con arreglo al que «si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional (Contencioso-Administrativo)». Nada obsta que sólo haya sido condenada en ambas instancias la Administración, porque existía, al tiempo de la demanda, cuando menos, una apariencia razonable de responsabilidad del codemandado, por lo que resulta impensable que su llamada al proceso respondiera al propósito fraudulento de radicar el conocimiento del asunto en el orden jurisdiccional civil.

La sentencia aporta la mención de reiterada jurisprudencia con este mismo criterio (SSTS, Sala 1.^a, de 7 de marzo, 23 de octubre y 18 de diciembre de 2000; 17 de enero, 26 de marzo y 7 de marzo de 2001; 21 de octubre de 2002; 20 de febrero, 29 de abril y 30 de abril de 2003).

Como argumento añadido a favor de la teoría de la *vis attractiva* de la jurisdicción civil en el tiempo en que se planteó la demanda del proceso, el Tribunal Supremo invoca las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica e incluso de tutela judicial efectiva. (**STS de 22 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 30 de julio de 1993, don A., perteneciente al Cuerpo de la Guardia Civil, dedujo demanda de reclamación de

cantidad de quince millones de pesetas contra el Hospital Militar de Sevilla y contra don A., cirujano del centro hospitalario, con fundamento en haber perdido el tercio inferior de la pierna izquierda, que le fue amputada al sufrir una infección consecuencia de las intervenciones quirúrgicas practicadas en dicho Centro por el cirujano codemandado para tratar una fractura producida al caerse de un andamio donde se encontraba reparando la vivienda donde pasaba las vacaciones.

El Abogado del Estado, en representación y defensa del Hospital Militar de Sevilla, alegó la excepción de incompetencia de jurisdicción, deduciendo que el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo es el competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas, tanto en relaciones de Derecho Público como Privado.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia condena al Hospital a abonar la cantidad de 9.500.000 pesetas. Y desestima la incompetencia de jurisdicción alegada por haberse demandado también a un particular (de no ser así se produciría la división de la continencia de la causa). La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, basándose en el artículo 9.2 LOPJ y la doctrina de la *vis attractiva*, que exigen evitar la denominada «peregrinación de jurisdicciones». (S. M. S.)

37. Responsabilidad extracontractual. Muerte de alumno de centro público a causa de las lesiones producidas durante una clase de gimnasia. Competencia jurisdiccional. Orden civil. Ley aplicable.—El Abogado del Estado plantea la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de este asunto, de acuerdo con lo que se establece en los artículos 139 siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, vigente al momento de los hechos determinantes del fallecimiento del menor. El Tribunal Supremo desestima el motivo, en función de la jurisprudencia conocida y consolidada dictada por esta misma Sala, cuando se produce el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de forma solidaria y conjuntamente contra particulares; como ha ocurrido en la presente cuestión, al demandar, al menos, a la profesora de gimnasia y, desde luego, a la aseguradora (SSTS, Sala 1.^a, de 2 de diciembre de 2002 y 20 de febrero de 2003).

Esta observación es la que ha sido declarada por la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, después de la vigencia de la Ley 30/1992, y antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que, en su artículo 2.e, dispone que el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

Actuación negligente. Inexistencia de culpa exclusiva de la víctima. Apreciación de culpa in vigilando o in eligendo, respecto al Centro y al

Ministerio.—No cabe apreciar culpa exclusiva de la víctima: en primer término, por su corta edad; en segundo lugar porque la directora del centro, nombrada por el Ministerio de Educación Nacional incurre en culpa *in eligendo* o *in vigilando*. No se agotaron las medidas posibles y previsibles para evitar el hecho en cuestión, ya que no se dispuso el anclaje debido de la portería; y esa falta de anclaje fue la determinante de las lesiones y posterior fallecimiento del menor de edad (en casos muy similares, en este mismo sentido, *cfr.* SSTS de 1 de octubre de 2003, 26 de mayo de 2004). (**STS de 23 de septiembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—El 18 de marzo de 1993, el niño de once años J., alumno del colegio público *Juan Capó*, de Palma de Mallorca, se encontraba jugando de portero en un partido de balonmano, como actividad de la clase de gimnasia, que dirigía la profesora interina doña M.^a D. Las porterías que se utilizaban en el colegio, por libre decisión de la directora del centro, doña G., no estaban ancladas al suelo. La responsabilidad de la instalación de las mismas había corrido a cargo de la entidad *Serco S. L.*, representada por don J. E. R. A., que tenía concertado, con el Ayuntamiento de Palma, un contrato de reparación, conservación, remodelación y acondicionamiento de edificios e instalaciones deportivas municipales.

En el transcurso de las actividades de la clase, J. para un penaliti, tras lo cual se agarra del larguero de la portería, se balancea y a continuación se soltó, cayendo al suelo, al que golpeó con la frente. A continuación, le cayó la portería encima, golpeándole en la parte occipital de la cabeza. Acto seguido, la profesora atendió al herido y seguidamente la directora encomendó a la profesora que se encargase del resto de los niños, mientras ella llamaba a la abuela (tutora del niño). Cuando llegó al centro, se trasladó al niño al hospital de la Seguridad Social Son Dureta. Una vez allí, el brusco empeoramiento del niño obliga a intervenirlo quirúrgicamente, falleciendo el día 22 de marzo de 1993.

La abuela del niño, en nombre propio y en representación de los menores hermanos de J., interpone acción de indemnización de daños y perjuicios contra la profesora, la directora del Colegio, el Ministerio de Educación y Ciencia y la entidad aseguradora del Colegio, por responsabilidad extracontractual. El Juzgado de Primera Instancia acoge el pedimento respecto a doña G. y el Ministerio, por apreciar su actuación negligente y condena a éstos y a la aseguradora al pago de la indemnización correspondiente.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado y la aseguradora. (*S. M. S.*)

38. Fundamento y ámbito de aplicación de la teoría del riesgo.—La doctrina jurisprudencial más moderna considera que la responsabilidad por riesgo responde a las exigencias de los tiempos actuales y no puede decirse que en muchos casos se dé ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata en el hecho productor del daño (SS de 31 de diciembre de 1996, 14 de noviembre de 2000 y 17 de octubre de 2001). Dicha responsabilidad por riesgo acreditado es exigente en línea cuasi-objetiva, lo que presupone una

actuación imputable, tanto activa como omisiva, y se impone adoptar las precauciones que se presentan evidentes con agotamiento de los medios a fin de eludir cualquier circunstancia o incidencia que transforme en daño efectivo lo que consta como potencial y peligro cierto, por lo que resulta procedente a estos casos aplicar el artículo 1902 CC (SS de 5 de febrero de 1991, 8 de abril de 1992, 10 de marzo de 1994 y 8 de octubre de 1996), ya que quien crea un riesgo, conforme reiterada jurisprudencia, aunque su actuar originario sea lícito, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de dicho actuar del que se beneficia (S de 9 de julio de 1994).

Teoría del riesgo. Inversión de la carga de la prueba.—La aplicación de la teoría del riesgo desplaza la carga de la prueba, de tal manera que corresponde a la recurrente demostrar con plenitud que obró con la mayor y más atenta diligencia a fin de evitar el resultado dañoso ocasionado (SS de 24 de enero, 25 de febrero y 22 de septiembre de 1992 y 20 de junio de 1994) y tal actividad probatoria no fue llevada a cabo satisfactoriamente. Conforme declara la S de 12 de julio de 1994, partiendo de la efectiva causación de daños, si el demandado no demuestra que su conducta fue correcta y la adecuada a las circunstancias, a él hay que responsabilizarle del resultado, pues entonces cabe sustentar que concurrió una acción u omisión propia capaz de originarlo. La inversión de la carga de la prueba ha sido conectada por la jurisprudencia de esta Sala con el riesgo o peligro de la actividad que desarrolló el agente. (**STS de 15 de noviembre de 2004;** ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil *Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S. A.*, realizó unas obras industriales consistentes en la desviación de su curso natural de las aguas de un río para conducirlas, a través de un canal a cielo descubierto, hacia una central dedicada a la producción de energía eléctrica. En el transcurso de las obras, y como consecuencia de un desprendimiento de tierras, se produjo una obturación del canal, con el consiguiente desbordamiento de las aguas que afectaron a las fincas de doña M. C. V. B., don G. V. M. y don E. M. V. Éstos interpusieron demanda sobre responsabilidad civil extracontractual contra la sociedad eléctrica por los daños sufridos en sus respectivas fincas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza estimó esencialmente la demanda y condenó a la sociedad eléctrica a pagar la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Zaragoza confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, pero en el sentido de que la estimación esencial de la demanda por parte del Juzgado sólo equivalía a una estimación parcial de la misma y, por consiguiente, no procedía a hacer expresa imposición de costas en primera instancia a ninguna de las partes. (*A. S. C.*)

39. Culpa extracontractual: daños causados por explosión de gas butano: responsabilidad por riesgo: doctrina general.—Para la aplicabilidad de la teoría del riesgo a los daños producidos por una conducta humana, es preciso que los mismos sean producidos en una actividad peligrosa, aplicándose con criterio limitativo, ya que fuera de los supuestos legalmente prevenidos, no se aplica a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que

impliquen un riesgo considerablemente anormal con los estándares medios; según STS de 17 de noviembre de 1998, ello no es, sin embargo, causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también es muy de tener en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado ha de tener influencia manifiesta desde un punto de vista de regulación, lo que indudablemente resulta aplicable conforme a los principios de justicia distributiva, comunitativa y social, así como de la seguridad jurídica. En supuesto similar al ahora enjuiciado la STS de 30 de julio de 1998 dice que ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre el riesgo acreditado, preexistente y concurrente que, en línea quasi-objetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone acción voluntaria que obliga a extremar todas precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas de seguridad disponibles, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligroso potencial cierto en razón a actividades que notoriamente son peligrosas.

Uso doméstico de bombonas de gas butano.—En el uso doméstico de bombonas de gas butano no basta ni resulta suficiente para exonerar de toda responsabilidad a la empresa suministradora que se hayan cumplido las disposiciones reglamentarias, ya que el mismo peligro que se instaura es exigente, por su propia estructura de representar constatado riesgo, de una diligencia extremada y agotadora de medios en relación a las cosas y circunstancias de tiempo y lugar, lo que obligaba a *Repsol Butano S. A.*, no a la mera denuncia escueta y burocrática de las deficiencias detectadas, sino al seguimiento de que efectivamente se habían hecho desaparecer con las más adecuadas condiciones de seguridad, pues la confianza de los consumidores se mantiene y afianza a medida que el suministro del servicio continúa. En el caso la empresa suministradora, conociendo perfectamente el riesgo potencial, se desprecipitó por completo de comprobar si el mismo persistía o se había incrementado, como así sucedió, al producirse acreditada acumulación de gases, aunque no se hayan podido precisar sus causas y origen, y con ello se continuó con el suministro a fin de obtener beneficio económico. Por otra parte, no resulta probada conducta alguna imputable al demandante que pueda considerarse causa inmediata de la explosión ni que él mismo se hubiera apercibido de la existencia de gas.

Aplicación de la LGDCU.—La sentencia recurrida hace aplicación del artículo 26 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, si bien el pertinente sería el artículo 28, en cuyo apartado 2 se considera incluido el gas en el régimen de responsabilidad que el precepto establece.

Actos propios.—No puede impugnarse válidamente la legitimación de un litigante quien dentro o fuera del proceso la ha reconocido, como ocurre en este caso en el que el propietario del piso es el padre del lesionado (**STS de 29 de octubre de 2004; no ha lugar.**) (*G. G. C.*)

40. Culpa extracontractual: muerte por caída en foso: motivación de las sentencias: doctrina general del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.—La más reciente doctrina del Tribunal Constitucional declara que el deber de motivar las resoluciones consiste en dar la razón del porqué de la decisión, lo que supone expresar los elementos y razones de

juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; es decir, una fundamentación en términos de derecho. Cabe concluir que con unas u otras expresiones la doctrina constitucional es unitaria y de claridad meridiana, de modo que la motivación consiste en la exposición razonada de los argumentos que permitan apreciar qué la decisión es fruto de una interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y que es suficiente cuando de su contenido pueden extraerse cuáles son las razones próximas o remotas que justifican la decisión, bastando que se exteriorice el motivo de la decisión o *ratio decidendi*, es decir las reflexiones o razones que han conducido a la adopción del fallo. Y en la misma línea se manifiesta, en absoluta coincidencia con dicha doctrina constitucional, la doctrina jurisprudencial de esta Sala que viene exigiendo la necesidad de expresar los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (SSTS de 26 y 30 de junio y 29 de septiembre de 2003, 14 de abril y 3 de mayo de 2004), y considera motivación suficiente, cualquiera que sea su extensión, la que exterioriza las razones de hecho y de derecho que determinaron la adopción por el juzgador de sus pronunciamientos (SSTS de 11 de junio de 2003, y 17 de marzo y 16 de abril de 2004).

No hay falta de motivación.—En el presente caso no concurre el defecto procesal alegado: *a) Aunque* es cierto que no se expresa ningún precepto legal, no cabe entender que existe falta de motivación al ser evidente que el proceso se planteó y giró únicamente en torno a la aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC, y, singularmente, sobre la existencia de nexo causal en la que discreparon las sentencias de instancia, constituyendo el tema nuclear del litigio; *b) No* siendo posible plasmar el desarrollo de la tarea intelectual deductiva, lo único que se requiere es expresar las razones o reflexiones fácticas y jurídicas tomadas en cuenta para la decisión, y en el caso se hace con amplitud, sin que el hecho de que no se compartan afecte a la existencia de la motivación; *c) El tema* del nexo causal constituye todo el eje argumentativo de la resolución recurrida, y su discurso compuesto de apreciaciones fácticas y de juicios de valor, revela con claridad el porqué del fallo, sin que en absoluto exista oscuridad que obstaculice su impugnación. No cabe confundir falta de motivación con una motivación deficiente porque en este caso la imprecisión o el defecto puede y debe ser subsanado y reparado, sin dar lugar a la nulidad de actuaciones.

No hay indefensión.—El Tribunal Constitucional ha declarado que la indefensión constitucional relevante consiste en aquella 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, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, siempre que la actuación judicial produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa; nada de lo cual ha ocurrido en este caso.

Nexo causal.—La problemática del nexo causal no es, en纯idad técnica, una cuestión de derecho, o, al menos, no es una cuestión jurídica *stricto sensu*, sino que exige diversas apreciaciones, de las cuales unas tienen carácter fáctico y otras son de orden valorativo; las primeras se fijan mediante la prueba, por lo que sólo son impugnables y controlables en la casación, a través del denominado error de derecho en la valoración de la prueba, mientras que las segundas implican juicios de valor, y se hallan en la frontera de la *quaestio iuris* con la *quaestio facti*, y se admite su revisión en casación (SSTS de 18 de

junio y 3 de julio de 1998, 21 de septiembre y 18 de octubre de 1999, 23 de octubre de 2000, 4 de junio de 2001 y 21 de febrero de 2002). Los juicios de valor referidos representan, expresan o constatan, los resultados de la actividad del entendimiento atribuyendo determinadas significaciones o consecuencias a acontecimientos naturales o a actitudes humanas, activas o pasivas, para lo que se toma como guía las reglas de la lógica, razón o buen sentido, pautas proporcionadas por las experiencias vitales o sociales, o criterios acordes con la normalidad de las cosas (*quod plerumque accidit*) o del comportamiento humano (*quod plerisque contingit*). La verificación casacional de estos juicios se limita a su coherencia y razonabilidad. Por ello es doctrina jurisprudencial que la determinación del nexo causal entre la acción y el resultado dañoso, aunque perteneciendo al ámbito de la *quaestio iuris*, es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y que hay que respetar en casación en tanto no se demuestre que los mismos han seguido una vía o camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la lógica o del buen criterio (SSTS de 18 de mayo y 1 de diciembre de 1999 y 7 de noviembre de 2000). En el presente caso no se aprecia incoherencia, ni irracionalidad, ni voluntarismo en el razonamiento de la resolución recurrida.

Muerte por caída en hueco de prensado de maquinaria prensadora-enfardadora: víctima que suministraba productos a la empresa y sufrió efectos de ingestión alcohólica: concurso de culpas.—La muerte se produce por caída de la víctima al foso de carga de la máquina prensadora donde sus piernas son atrapadas por el pistón del prensado y seccionadas por la cuchilla de corte; están probadas las deficiencias de la instalación de la máquina y la posibilidad de caída al foso (sucedido anteriormente a otra persona), y el difícil acceso desde el interior del foso de carga al pulsador de emergencia. El juzgador de instancia declara que la víctima no es empleado del demandado, si bien explica coherentemente que la relación habitual de la víctima con la empresa excede la de un simple proveedor, conociendo el funcionamiento de la prensadora habiendo realizado el día del accidente el prensado de dos balas de cartón, deduciendo que la víctima no se hallaba manejando la máquina por casualidad, ni la puso en marcha para observar su funcionamiento, extrayendo el corolario lógico de que no hubo introducción en la nave y acceso a la máquina de forma clandestina y subrepticia, o a escondidas, sino con conocimiento, al menos, del empleado que se hallaba en la nave. No cabe desconocer que la responsabilidad extracontractual comprende junto a la culpa *in omitendo* las culpas *in vigilando et in eligendo*, y no sólo la responsabilidad por el hecho propio, sino también la responsabilidad por hecho ajeno, de persona por quien se debe responder, estableciendo el artículo 1903 CC, párrafo final, una presunción de culpa.

No se declara existencia de embriaguez.—La sentencia recurrida no sienta la conclusión de embriaguez, sino de afectación por una ingestión de alcohol, que no fue apreciada por el empleado de la empresa que habló con la víctima cuando llegó al local, ni le impidió manejar la máquina aun de forma defectuosa. En resumen, trata del estado psicofísico de la víctima, no como causa determinante del accidente, sino en su contribución de contribución causal. Es posible que de no existir el estado psicofísico aludido, la víctima hubiera podido alcanzar el pulsador de emergencia evitando el accidente, pero el mismo argumento cabe establecer *a contrario* en relación con la deficiente instalación de la máquina y del pulsador de parada. Por ello se aprecia sólo una concurrencia causal.

No concurre caso fortuito.—La jurisprudencia de esta Sala viene declarando que para poder apreciar la existencia del caso fortuito se requiere inexcusablemente: *a) Materialmente que se trate de un hecho que hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, siendo inexcusable la imprevisibilidad del daño causado a terceros, la cual se valorará dentro de la normal y razonable previsión que se exija adoptar en cada supuesto concreto; y b) desde la perspectiva procesal, que se alegue su existencia y se pruebe por quien lo alega.* Desde la óptica casacional el caso fortuito y la fuerza mayor se consideran como cuestiones de hecho cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia. En el presente caso hubo un comportamiento culposo por negligente del demandado y su empleado, lo que excluye la situación de caso fortuito.

Concurrencia de culpas: distribución 30/70 de las responsabilidades entre el empresario y la víctima.—La problemática que plantea la moderación de la indemnización por daño al apreciarse una concurrencia causal, no tiene acceso a la casación por tratarse de una auténtica facultad discrecional del juzgador de instancia según abundante y pacífica jurisprudencia de esta Sala, salvo el caso de supuestos excepcionales de no aplicación o de desproporción notoria, lo que no ocurre en este caso en el que, habida cuenta las circunstancias concurrentes, no cabe considerar desmedida o desmesurada la fijación del 30 y del 70 por 100 respecto del empresario y de la víctima, si se tiene en cuenta la entidad de la indemnización fijada en 3.900.000 pesetas en relación con la gravedad del resultado mortal. (**STS de 4 de noviembre de 2004;** no ha lugar.)

NOTA.—El padre de la víctima reclama una indemnización de trece millones de pesetas por la muerte de su hijo al caer al hueco de una máquina prensadora. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, mientras que la Audiencia Provincial la estimó parcialmente al admitir la concurrencia de culpas condenando a una suma que representa aproximadamente la tercera parte de la solicitada (en realidad en la proporción del 30/70). Es notable la extensa argumentación de la sentencia extractada (Pte.: Corbal Fernández), confirmando y ratificando los argumentos de la sentencia de segunda instancia, con un análisis minucioso y riguroso de los datos fácticos. Interesante es la diferenciación que establece entre la situación de embriaguez y la de una persona «afectada por una ingestión de alcohol». (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: responsabilidad de RENFE por caída de viajera en escaleras automáticas de estación: unidad de la culpa civil: congruencia: doctrina general.—Varias sentencias de esta Sala han apreciado incongruencia en condenas por responsabilidad contractual cuando la acción ejercitada se fundaba única y exclusivamente en los artículos 1902 y siguientes CC (así SSTS de 18 de octubre de 1995, 11 de marzo de 1996, 3 de mayo de 1999, 10 de octubre de 2002 y 7 de abril de 2004). Pero no es menos cierto que en otras muchas sentencias, desde los principios de la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, ha venido declarando que lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando de libertad para encuadrar la culpa del demandado en la culpa con-

tractual o extracontractual, conforme al principio *iura novit curia* (así SSTS de 15 de junio de 1996, 18 de febrero de 1997, 24 julio, 17 de septiembre, 16 de octubre y 28 de diciembre de 1998, y 8 de abril de 1999), que da por definitivamente asentada la doctrina de la unidad de la culpa civil y la integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda (SSTS de 24 de diciembre de 1999, 29 de diciembre de 2000 y 3 de diciembre de 2001); sin perjuicio de otras sentencias que contienen matizaciones sobre el plazo de prescripción, o sobre la acumulación de ambas acciones por el actor, merece destacarse la STS de 7 de octubre de 2002 que marca la dirección más adecuada para resolver este motivo ya que si el requisito de la congruencia se aborda desde una perspectiva constitucional parece que lo decisivo es que el demandado no sufra indefensión, para respetar el artículo 24.1 CE, indefensión que podría darse sobre todo si, fundada la acción en el artículo 1902 el demandado se defendiera únicamente de su culpa extracontractual oponiendo su plazo de prescripción y, sin embargo, se viera sorprendido por una sentencia que rechazara su aplicabilidad y aplicase, en cambio, el de quince años por encuadrar el caso en la responsabilidad contractual.

No hay incongruencia.—En el presente caso no hay incongruencia porque la demandada se defendió también de su posible responsabilidad contractual interpretando la demanda desde la más amplia concepción de la culpa civil; porque los argumentos para declarar incumplimiento contractual por parte de RENFE son válidos también como fundamento de su culpa extracontractual al haber generado un riesgo con el tipo de escaleras mecánicas instaladas en la estación para subir a los andenes; por último, porque tampoco había transcurrido el plazo anual de prescripción ya que el *dies a quo* arranca del alta definitiva con determinación de las secuelas de las lesiones.

Lesiones causadas a la esposa acompañante de tetrapléjico con invalidez permanente al utilizar escaleras automáticas en estación de RENFE: culpa de la empresa ferroviaria.—El hecho ocurrió dentro de la estación y al utilizar los demandantes un medio mecánico que resultaba imprescindible para acceder a los andenes, al estar estropeado el ascensor, y por tanto para tomar el tren en el que iban a hacer el viaje contratado. De la empresa ferroviaria dependían la opción por unos u otros medios de acceso a los andenes y de ella dependía la seguridad de tales medios de acceso, que había de extenderse a las personas discapacitadas que hubieren de utilizarlas para poder tomar el tren. Al estar averiado el ascensor, era deber de la empresa de transporte haber adoptado las precauciones oportunas para que los cónyuges demandantes, siendo advertibles para cualquiera las limitaciones de movilidad del marido, hubieran podido acceder al andén con la seguridad suficiente o, en último término, haberles indicado la imposibilidad del viaje mientras no funcionara el ascensor. Pero resulta que nada de esto hizo la RENFE, permaneciendo pasiva ante la utilización de unas escaleras mecánicas cuyo sistema de funcionamiento ahorraba energía y gastos para aquélla tanto cuanto podía poner en peligro a personas, como los cónyuges actores, con el mismo derecho a viajar en tren que cualquier otra persona, por lo cual ha de concluirse por su responsabilidad, tanto si se la examina con arreglo al artículo 1902 CC, ya desde la perspectiva de sus obligaciones como empresa ferroviaria de transporte de viajeros. (**STS de 23 de diciembre de 2004;** no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Marín Castán) no sólo por la importancia de las indemnizaciones otorgadas que se aproximan a los cuarenta y cinco millones de antiguas pesetas, sino por el cuidadoso análisis fáctico que sirve de apoyo a una impecable argumentación jurídica. No es la primera vez que el Tribunal Supremo se enfrenta a hechos similares (así la STS de 2 de marzo de 2000 denegó indemnización por el accidente mortal de una mujer de edad avanzada en la estación de Sevilla), pero, a lo que creo, es la primera vez que la Sala 1.^a valora la creación de riesgos que supone para determinados colectivos de ciudadanos la instalación de escaleras automáticas en las estaciones de ferrocarril. De modo expreso se declara que el deber de seguridad que asume RENFE no se limita al viaje en sí mismo sino a sus obligaciones accesorias cuando no hay otro modo de acceder a los andenes que el uso de dicho mecanismo cuyo funcionamiento efectivo no se explica adecuadamente al público. En el caso se trataba de escaleras del tipo BH, mecánico automático, de puesta en marcha por contacto y presión con tiempo de funcionamiento y paro programado; la prueba pericial demostró que si el viajero no concluye su traslado en cuarenta y un segundos, la escalera se detiene hasta que otro pise las planchas del rellano. La víctima de cuarenta y dos años, acompañaba a su esposo de cuarenta y cinco, con escasísima movilidad, pues seis años antes había sido declarado inválido permanente en grado absoluto. Cumplido aquel tiempo la escalera se detuvo ignorando la causa los viajeros, que se vieron sorprendidos por la repentina puesta en marcha, que originó la caída de la esposa y le produjo graves secuelas. Sentencia plenamente de aprobar. (G. G. C.)

42. Transfusión de sangre. Deber de la entidad suministradora de hemoderivados de acreditar el cumplimiento estricto de la normativa.

Inversión de la carga de la prueba.—Debe tenerse presente que el Tribunal de apelación ha confirmado la sentencia de primera instancia, en la que el Juzgado, ante la naturaleza y gravedad del daño causado ha tenido en cuenta de una parte, que el contagio de la hepatitis comenzó a detectarse poco tiempo después de la operación en que se realizaron transfusiones a la señora B. con los hemoderivados y plasma cuyo suministro había reconocido expresamente *Cruz Roja* en el hecho segundo de su escrito de contestación a la demanda, y, por otro lado, que es algo notorio que en una gran mayoría de casos los contagios de este tipo se hallan en íntima conexión con las transfusiones de sangre que vienen exigidas por muchas actuaciones quirúrgicas.

A partir de estos dos datos y tratándose del ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual contra la entidad que, como se dijo, había reconocido ser quien suministrara las unidades de sangre transfundidas (añadiendo que la mutualidad demandante solamente podía acudir a su Banco de Sangre a fin de obtener la que pudiera precisar para la actividad hospitalaria que desarrollaba), ha de calificarse de correcta la decisión del Juzgado de exigir a *Cruz Roja* —por ser quien había manipulado y confeccionado un producto tan esencial y vital, desde su extracción y almacenamiento hasta la puesta a punto para su aplicación— la demostración de la inexistencia de la responsabilidad que por la actora se le imputaba, acreditando la total diligencia con que se habían llevado a cabo las labores mencionadas, máxime si se

tiene en cuenta que la *Quinta de Salud* debió limitarse a proceder a la utilización del producto envasado, tal y como le fuera entregado, listo para su aplicación, el 9 de enero de 1989 y que los síntomas sospechosos de hepatitis vírica fueron confirmados el 6 de marzo de siguiente.

Transfusión de sangre. Aplicación de los artículos 27 y 28 LGDCU.—No puede admitirse, al menos como regla general, que la actividad médica suponga únicamente una obligación de medios y no de resultados, aún cuando en el supuesto que nos ocupa resulte innecesario proceder a la exposición de aquellas actuaciones médicas en que resulta exigible la obtención de un concreto resultado, por cuanto, evidentemente, la función que desarrollan los Bancos de Sangre ha de calificarse de paramédica o sanitaria, lo que como pasamos a exponer no implica una suavización de la diligencia con que la misma ha de ser ejecutada.

En efecto, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios establece en su artículo 27 que la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la utilización de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro corresponde a la firma que figure en su etiqueta; reforzándose en el artículo 28 las garantías para los perjudicados cuando necesariamente los bienes o servicios incluyan, por su propia naturaleza o por estar reglamentariamente establecido, niveles determinados de pureza, eficacia y seguridad y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta llegar en debidas condiciones para los consumidores o usuarios, como en todo caso ha de exigirse a los servicios sanitarios. (**STS de 15 de noviembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 9 de enero de 1989, doña M. B. acudió a un centro médico perteneciente a la *Quinta de Salud la Alianza, Mutualidad de Previsión Social* para realizarse una operación quirúrgica en el transcurso de la cual se practicaron transfusiones de sangre. Dos meses después de la mencionada operación, se confirmó que la paciente había contraído una hepatitis vírica de tipo C. En un proceso anterior del que el presente trae causa, doña M. B. interpuso demanda en reclamación de los daños y perjuicios causados contra *Quinta de Salud la Alianza, Mutualidad de Previsión Social*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona estimó parcialmente su demanda y condenó a la citada Mutualidad a indemnizar a su paciente en la cuantía de 10 millones de pesetas. Con posterioridad a haberse dictado esta resolución, las partes llegaron a un acuerdo por el cual doña M. B. se daba por compensada con la cuantía de nueve millones de pesetas. A raíz de todo ello, *Quinta de Salud la Alianza, Mutualidad de Previsión Social* interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona en reclamación de los nueve millones de pesetas contra *Cruz Roja*, puesto que esta entidad era el proveedor exclusivo de hemoderivados y plasma de la Mutualidad. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia de Barcelona. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

43. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: quebrantamiento de formalidades que producen indefensión.—Se denuncia quebran-

tamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, que ha producido indefensión al recurrente; ocurrió que la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en el acto de la vista actuó con una composición diferente, sustituyéndose a uno de sus miembros por otro Magistrado de la Sección 5.^a, sin que se le notificara al recurrente. Pero el Tribunal Constitucional ha declarado que estas irregularidades procesales no suponen vulneración del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías, sino que es preciso que la irregularidad tenga una incidencia material concreta, consistente en privar al justiciable del ejercicio efectivo de su derecho a recusar en garantía de la imparcialidad del Juez, lo que sólo puede ser apreciado por el Tribunal Constitucional si el demandante de amparo manifiesta que alguno de los Magistrados que juzgó su causa incurrió en una concreta causa de recusación, que no resultara *prima facie* descartable y que no pudo ser puesta de manifiesto por la omisión imputable al órgano judicial.

Incongruencia: *ultra petitum*.—No concurre porque el suplico de la demanda en cuanto a los daños físicos solicita una indemnización de sesenta millones de pesetas, añadiendo que con carácter subsidiario se indemnice por tal causa la cantidad que quede acreditada en los autos como necesaria para la atención personalizada que precise de por vida la lesionada; todo lo cual ampara la cantidad de setenta millones de pesetas, concedida en la sentencia por dicho concepto con base en el fundamento que se especifica.

Reformatio in peius: superposición de responsabilidades de la Aseguradora, contractual por razón del seguro y extracontractual por *culpa in eligendo*.—La sentencia de apelación que transforma en subsidiaria, sin fundamento alguno, la responsabilidad de la aseguradora, incide en *reformatio in peius* cuando el Juzgado de Primera Instancia había declarado la responsabilidad solidaria de ésta. Además en este caso, siguiendo la doctrina de la STS de 2 de noviembre de 1999, se produce una yuxtaposición de responsabilidades a cargo de la Sociedad Médica, de un lado la derivada del contrato de seguro con el particular y de otro la *culpa in eligendo* al designar el médico que llevó a cabo la intervención con falta de diligencia.

Tratamiento agresivo que no precisaba la enferma: secuelas irreversibles: responsabilidad por tratamiento desproporcionado.—La enferma fue sometida a una histerectomía radical por mioma uterino en una Clínica de Las Palmas, pero debido a ciertas complicaciones postoperatorias, con paradas cardiorrespiratorias, se acordó su traslado a Madrid sometiéndola a un tratamiento agresivo que se ha comprobado era innecesario, pero que la ha causado secuelas irreversibles que la impiden valerse por sí misma. Es preciso recurrir a la técnica del resultado desproporcionado del que se deriva una responsabilidad civil médica que tiene como base la existencia de un evento dañoso de tal entidad y naturaleza ilógica que sólo puede deberse a una negligencia. Todo ello con base en la doctrina francesa de la *faute virtuelle*, de la jurisprudencia alemana sobre la *Anscheinsbeweis* o de la apariencia de prueba, o de la utilización de la prueba de presunciones seguido en el sistema judicial italiano. Todo lo cual aparece reconocido en nuestro Derecho y dirigido a la responsabilidad de establecimientos sanitarios conforme al artículo 28.2 LGDCU de 1984 que habla de los servicios sanitarios y en su inciso primero establece una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva, como expresa la STS de 31 de enero de 2003. (**STS de 17 de noviembre de 2004;** ha lugar en parte.)

NOTA.—Importante sentencia de la que sido ponente Sierra Gil de la Cuesta en la que se asignan importantes indemnizaciones por tratamiento equivocado. Este último se demuestra después de un estudio electrofisiológico de la enferma del que resulta: 1) La paciente normaliza la actividad de su corazón que ya no precisó, ni marcapasos ni desfibrilizador; 2) La inexistencia de cardiopatología alguna, tras lo cual la enferma se traslada a su domicilio sin precisar tratamiento alguno para su corazón. 3) El corazón de dicha persona continúa sano en la actualidad sin que haya vuelto a tener más problemas. Sin embargo, las secuelas del tratamiento aplicado después del diagnóstico equivocado son considerables pues la persona no puede valerse por sí misma. Ello explica las elevadas indemnizaciones solicitadas (160 millones de pts.), cuantía reducida a 120 millones de pesetas en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y a poco más de 100 millones por la Audiencia Provincial. Al enumerar los precedentes extranjeros de la doctrina del resultado desproporcionado resulta curioso comprobar que no se menciona la doctrina anglosajona de la responsabilidad *in re ipsa*, cita en cambio la doctrina italiana sobre presunciones. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

44. La prescripción adquisitiva es aplicable al título nobiliario.—Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que dispone que la prescripción adquisitiva es aplicable al título nobiliario cuando se ha poseído durante cuarenta años, pública, pacífica e ininterrumpidamente. La S de 9 de febrero de 1999 declara que «la doctrina jurisprudencial viene sentando con reiteración que la designación de sucesor y otras figuras nobiliarias singulares —como la prescripción adquisitiva de cuarenta años— provocan verdaderos efectos novatorios en el orden de sucesión inicialmente previsto, convirtiendo al designado y, en su caso, al prescriptor o beneficiario de la usucapición en una cabeza de línea a partir de la cual ha de seguirse el orden regular de sucesión». La S de 20 de febrero de 2003 afirma que la prescripción adquisitiva de los cuarenta años «prevalece sobre el mejor derecho genealógico a favor de los que poseyeron la merced de forma quieta, pública y no convertida por tal plazo». La S de 11 de junio de 2001 entiende que «el único requisito que se exige es la posesión continuada y no interrumpida, pacífica y pública por el plazo de cuarenta años, circunstancia que se ha dado en el supuesto de autos, no siendo necesario ni la existencia de título ni buena fe».

Plazo de prescripción.—El Tribunal Supremo ha declarado que el período comprendido entre los Decretos de 1931 y 1948 debe tenerse en cuenta a efectos de computar la prescripción adquisitiva, dado que la vitalidad del propio derecho los mantuvo en uso, se siguieron disfrutando en las relaciones normales, fuera del ámbito meramente oficial, incluso por la actuación de la Diputación de la Grandeza, a la que se concedió validez en dicho período, de forma que la legislación de 1948 revitalizó, volvió a dar fuerza a algo que no estaba muerto. Por tanto el cese de la posesión no se produjo, lo único que hubo fue un paréntesis en que se privó de protección jurídica. En base a todo

el lo, estamos ante una posesión inmemorial que excede los cuarenta años exigidos para la prescripción, sumando los períodos de prescripción tanto del demandado, como de su padre, y de su abuelo, dado que el artículo 1960 CC permite, para el cómputo del tiempo necesario para la prescripción, completarlo al suyo el de sus antecesores. (**STS de 17 de diciembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—Señor M. C. M. demandó al señor J. L. A. C. solicitando se declarase que el señor J. L. no era legítimo poseedor del Título de Marqués de Cartagena por existir vicios de nulidad en el acto de obtención del título, por falsedad y por violar el orden sucesorio del Mayorazgo y Título de Marqués de Cartagena. El demandado se opuso a la demanda y formuló reconvenCIÓN solicitando que se declarase, al haber poseído durante más de cuarenta años el título de Marqués de Cartagena, consolidó, frente a todos, y por prescripción, dicha dignidad nobiliaria, y que ni contra él ni sus descendientes podrá oponerse un supuesto derecho que desconozca o niegue esta legítima adquisición del título. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvenCIÓN. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia desestimó el de la parte actora, y estimó parcialmente el de la demanda reconveniente y declaró que el señor J. L., al haber poseído durante más de cuarenta años el título de Marqués de Cartagena, consolidó por prescripción dicha dignidad nobiliaria. Contra la sentencia de la Audiencia, el señor M. interpuso recurso de casación, con fundamento en la infracción del artículo 6.3 CC y de la norma reguladora del Mayorazgo. (*E. C. V.*)

45. Tercería de dominio: requisitos para el levantamiento de embargo.—Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo son requisitos ineludibles para que prospere la pretensión de un tercerista para el levantamiento del embargo, la acreditación efectiva de su dominio y de que éste es anterior a la fecha en que se practicó el embargo (SSTS de 13 de diciembre de 1982, 17 de diciembre de 1984, 7 de marzo de 1985 y 4 de octubre de 1993). La viabilidad de la pretensión ejercitada mediante la tercería de dominio exige que la justificación documental del tercerista se refiera a la fecha en la que se realizó el embargo, causante de la privación posesoria de la propiedad, puesto que es, en ese momento, en el que se produce la perturbación del dominio. La anotación preventiva de embargo no tiene rango preferente sobre actos dispositivos previos a su realización y, por este motivo, el anotante no se ve favorecido por la fe pública registral por el hecho de que estos actos anteriores no estén inscritos, puesto que el embargo sólo puede recaer sobre bienes que, en el momento de su traba, posea y se encuentren efectivamente en el patrimonio del deudor (STS de 24 de febrero de 1995). (**STS de 31 de diciembre de 2004;** ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. D. Q. M. promueve demanda en juicio declarativo de menor cuantía sobre tercería de dominio contra don E. S. R, don V. F. A., los herederos de don J. J. G. V. y doña P. G. C. y la mercantil *Construcciones Juanchu, S. A.*, solicitando la suspensión de las actuaciones de embargo y que se declare que el bien

pertenece libre de cargas a la actora y a su hijo. Don V. F. A., doña P. G. C y los herederos de J. J. G. V. y *Construcciones Juanchu, S. A.*, se allanan a las pretensiones, mientras que don E. S. R. contesta a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estima plenamente la demanda, ya que «aunque en la fecha en la que se trabó el embargo las fincas no pertenecían aún en exclusiva a la tercerista y a su hijo (la escritura de adjudicación no fue otorgada hasta casi un mes después), sí les pertenecía una parte indivisa, aunque no se ha acreditado en qué medida participaban en la propiedad [...] procede estimar la demanda, al haber quedado acreditado que los bienes embargados resultantes de su división, no pertenecían en exclusiva a las personas con las que se entendía la ejecución». Se interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto por don E. S. R., revoca la sentencia de instancia y estima en parte la demanda, declarando que la actora era propietaria, en el momento del embargo, de una mitad indivisa de una cuota parte de las fincas embargadas, por lo que el embargo se ha de levantar exclusivamente respecto a los derechos que tenía la demandante sobre tales fincas en ese momento. (*S. E. M.*)

46. La accesión invertida.—En virtud de lo dispuesto en el artículo 361 CC y atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, los tribunales pueden, por razones de equidad y justicia efectiva, aplicar el instituto de la accesión invertida con fines de carácter protecciónista destinados, por ejemplo, a evitar la demolición de construcciones extralimitadas donde se desarrolle una actividad empresarial. No obstante, estos supuestos conducen a que, necesariamente, aquel que lleva a cabo la ocupación (edificación) ilegal y que se beneficia de la accesión, tenga que indemnizar al dueño del suelo que la sufre.

La realidad extraregistral: artículo 38 LH.—La presunción de exactitud del Registro de la Propiedad no es absoluta, pero para que quede desvirtuada, es necesario que se acredite de manera suficiente la existencia de otra realidad extraregistral. Cuando la plena titularidad de un terreno sea controvertida, resultará protegida la persona que adquiera la finca del titular registrado a título de dueño, salvo que quede manifiestamente probado que la plena titularidad del terreno en virtud de la realidad extraregistral corresponde a otro. (**STS de 10 de noviembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Edificaciones Avenida, S. A.*, ejerce una acción reivindicatoria de una franja de terreno incorporada a la finca colindante, propiedad de las tres entidades mercantiles demandadas. Las fincas de los litigantes provienen de una matriz común, cuya separación y constitución como fincas independientes se realizó hace menos de treinta años.

El Juzgado de Primera Instancia respecto de la franja de terreno controvertida apreció, por un lado, la existencia de una subzona de la misma en la que procedía la accesión invertida, dada la existencia de una edificación industrial, y declaró, a su vez, la procedencia de la indemnización a la demandante propietaria del suelo por

dicha accesión. Y por otro, declaró el dominio de la actora respecto del resto de subzona de la franja de terreno que no estaba edificada. Esta sentencia es recurrida por las mercantiles demandadas. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma íntegramente la resolución de primera instancia. Interpuesto recurso de casación por las demandadas, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (*S. E. M.*)

47. Comunidad de bienes. Imposibilidad de división jurídica del bien común. Venta en subasta pública.—La venta en subasta pública es la solución legal cuando no hay convenio o acuerdo entre los copropietarios (STS de 8 de octubre de 1991). Se presenta como el medio legal, conforme al artículo 404 CC, para el cese de la situación de condómino, ya que de acuerdo con el artículo 400 CC, ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad cuando no existe pacto en contrario. No existe prohibición alguna para acudir a la subasta pública para poner fin a la situación de indivisión, si las partes se sitúan ante dicha subasta en una posición de igualdad jurídica. Los dos pierden su propiedad actual a favor del adjudicatario, en caso de ser este tercero (STS de 27 de diciembre de 1994), y, en caso de ser uno de ellos, incrementará éste su parte con la del otro mediante el pago del precio de la adjudicación. (**STS de 30 de noviembre de 2004;** ha lugar en parte.)

HECHOS.—Los litigantes compraron de común y por mitad una parcela sobre la que construyeron una edificación, que dividieron en dos viviendas. Una la ocuparon los demandantes y la otra los demandados. La parcela disponía de elementos comunes (jardín, piscina y otros), y, dada su extensión, cualquier división de la misma crearía dos parcelas de extensión inferior a la parcela mínima exigida por la normativa urbanística. Los demandantes, que no desean permanecer en la comunidad de bienes formada, solicitan que, dado el carácter indivisible de los bienes que integran la comunidad, se proceda a la venta en pública subasta de dichos bienes y se reparta el precio obtenido entre todos los condóminos en proporción a sus respectivas participaciones. Los demandados se oponen a la demanda, alegando que la cosa común es divisible, por lo que solicitan que se proceda a dicha división y se adjudique a cada una de las partes la vivienda que ha venido poseyendo, quedando la parcela y los servicios existentes en la misma como elemento común de ambas.

En apelación, se revoca la sentencia desestimatoria de primera instancia y se estima parcialmente la demanda, se declara la extinción del condominio sobre la parcela y la edificación y su división conforme al artículo 401 CC. Los demandantes presentan recurso de casación en el que se alega, fundamentalmente, que la finca es indivisible y que procede su venta en pública subasta. El Tribunal Supremo estima el recurso y, en funciones de instancia, declara que la demanda debe ser estimada en su totalidad. (*L. S. M. P.*)

48. Propiedad horizontal. Autorización para cerramiento de terraza. Alcance. «Cerrar totalmente»: interpretación.—Indiscutida la autorización unánime de los integrante de la comunidad actora, plenamente asimilable a la exigida por el artículo 11, en relación con el artículo 16.1.^º LPH, ha de examinarse si los recurrentes al llevar acabo las obras de cerramiento de la terraza se excedieron de la autorización. El Tribunal Supremo entiende que tal exceso no concurre en tanto que el «cerramiento» autorizado, al acompañarse del adverbio «totalmente» da a entender que tal delimitación del espacio que la operación de cerrar comporta, lo es en las tres dimensiones. Esta interpretación no sólo es compatible con el literal de la autorización conferida en 1981, sino, como indica el artículo 1282 CC, con los actos coetáneos y posteriores a la misma, habida cuenta de que, habiéndose desarrollado las obras a la vista de los comuneros (afecta a un patio interior), durante más de diez años, no consta que se formularan objeciones y sólo cuando se inicien nuevas obras es cuando se tratan de cuestionar todas en su conjunto.

Consentimiento tácito: silencio de la comunidad durante largo período de tiempo. Diez años.—Siguiendo la doctrina establecida por esta misma Sala (STS de 16 de octubre de 1992, y las allí citadas) el consentimiento que la Ley de Propiedad Horizontal exige para la modificación o alteración de los elementos comunes de un inmueble ha de ser unánime. Su constancia no requiere certificación de acuerdo; basta que el consentimiento imprescindible se logre demostrar de un modo concluyente, admitiendo la voluntad tácita de los copropietarios, cuando, mediante actos inequívocos, se llega a esta conclusión. Un largo período de tiempo (veinte años en el caso de la sentencia invocada; diez años en el caso del litigio) debe producir el efecto de tener por renunciado el derecho impugnatorio, pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales, las del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe.

De modo que en supuestos como el que nos ocupa procede deducir que ha existido un consentimiento tácito, derivado del asentimiento que supone haber consentido durante tan largo período de tiempo, sin haber efectuado impugnación de clase alguna. (**STS de 23 de julio de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. y su esposa, propietarios de un piso, realizan una serie de obras en la terraza interior de dicho piso, elemento común de la comunidad. Las primeras obras se realizan en 1981 e implicaron un cerramiento con uralitas no transparentes. Fueron precedidas de una autorización de todos los comuneros de la finca, fechada el 11 de julio de 1981, por la que se permitía a F. «cerrar totalmente 35 metros cuadrados de terrazas de uralitas no transparentes». En 1993, don F. y su esposa, en esos mismos 35 metros cuadrados construyen una ampliación a su vivienda.

La comunidad de propietarios acusa a don F. y su esposa de haber infringido los artículos 7, 11 y 16.1 LPH y los artículos 7.1 y 7.2, y 396 CC, porque mantienen que la autorización conferida en 1981 no cubría las obras que los propietarios realizaron en 1993.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y acogió la ilegalidad de las obras realizadas por los demandados, con excepción de la colocación del tejadillo de uralita. Recurrida la sentencia en apelación, es estimada parcialmente por la Audiencia Provincial, que establece la ilicitud únicamente de las

obras realizadas en 1993. La comunidad de propietarios interpone recurso de casación. (*S. M. S.*)

49. Propiedad horizontal. Cerramiento de patio mancomunado. Validez de los acuerdos mayoritarios. Ausencia de perjuicio a los intereses de los locales.—El Tribunal Supremo establece la validez de los acuerdos mayoritarios en el tema del cerramiento porque la instalación de este 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, porque no se pretende un cerramiento compacto y fijo, como se desprende del proyecto que la comunidad de propietarios acompañó.

Como el cerramiento no ha de impedir la visión de los locales ni el acceso a ellos en horario comercial, ningún perjuicio se causará con el mismo, sino el beneficio que implica una mayor seguridad deseable, tanto para el desarrollo de la vida personal como para la actividad comercial, razones que imponen, de conformidad con reiterada jurisprudencia, la declaración de validez del acuerdo mayoritario.

Intrascendencia del derecho de servidumbre.—Los recurrentes sostienen que el acuerdo supone un ataque o quebranto para el derecho real de servidumbre que corresponde sobre el patio en cuestión. El Tribunal Supremo afirma que la existencia de ese supuesto derecho a favor del recurrente, en nada obsta a la declaración de viabilidad del acuerdo impugnado, además de que no se discutió en la apelación. (**STS de 9 de junio de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—Dos fases de un edificio que constituyen comunidades independientes acuerdan de forma conjunta por mayoría cualificada el cerramiento del patio mancomunado por medio de verja y puerta móvil, con el fin de impedir o dificultar la indebida utilización del patio por extraños. Dos de los propietarios de varios bajos comerciales ubicados en las comunidades accordantes y afectados por el cerramiento impugnan el acuerdo. Alegan que se trata de una modificación en elemento común que requiere ser acordado por unanimidad y que el acuerdo en cuestión supone un ataque o quebranto para el derecho real de servidumbre sobre el patio en cuestión.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por los dos propietarios y decretó la suspensión de la ejecutividad de los acuerdos. La Audiencia Provincial dejó sin efecto tal suspensión. (*S. M. S.*)

50. Propiedad horizontal. Interpretación de las cláusulas estatutarias. Modificación de título constitutivo.—La cuestión se centra en establecer si tanto los acuerdos de las comunidades como los de la mancomunidad (cambio de instalaciones y distinta ubicación de las nuevas calderas) tienen virtualidad suficiente para amparar el cambio llevado a cabo, que sostienen los demandantes que constituye modificación del título constitutivo. El Tribunal Supremo inicia su razonamiento interpretando si, en realidad, los cam-

bios realizados supone una modificación de lo establecido en el título constitutivo. Las cláusulas estatutarias o constitutivas han de interpretarse por su sentido literal, si los términos son claros, y, si las cláusulas admiten, no obstante, diversos sentidos, deben entenderse conforme al más adecuado para que produzcan efecto y que se atribuya a las que sean dudosas, una interpretación conjunta con las demás. Sin olvidar, en fin, que, en cuanto tales cláusulas son normativas adecuadas para regir las relaciones (de convivencia y de uso) de las partes, habrá que acudir a sus antecedentes y a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo principalmente a su espíritu y finalidad.

La finalidad del título constitutivo de la mancomunidad y de las comunidades demandadas era constituir un sistema completo de calefacción entre dos edificios, para beneficio de un grupo de seis, entre los que estaban incluidos esos dos, distribuyéndose los elementos entre aquéllos, y dado que, al tiempo de su instalación, por ser entonces de carbón, no se pudo prever el posible cambio posterior a gasóleo, en cuanto que este adelanto técnico ocurrió bastantes años después se ubicó la instalación por partes entre dos de las fincas. Para todo ello, según copia parcial del título constitutivo aportado por los actores y no cuestionada por las otras partes, se establecen en el mismo, una serie de vinculaciones jurídicas entre los edificios antes citados, consistentes en sendas servidumbres de paso recíprocas, haciéndose especial mención a las dependencias denominadas «cuarto-carbonera de la Dirección001» y «cuarto de calefacción de la Dirección001», compartimentos que, pese a pertenecer a distintos bloques, estaban contiguos y comunicados entre sí. Además, en términos del propio título, se constituye «servidumbre consistente en la prestación del servicio de calefacción por la primera –Dirección001– a favor de las restantes, por las calderas instaladas en el predio sirviente». Servidumbre que es completada por la constitución de otro gravamen de paso recíproco de las tuberías precisas y de personas para las reparaciones necesarias.

Entiende el Tribunal Supremo que no existe tal cambio o modificación del título constitutivo, pues éste hay que entenderlo sólo en el sentido de creación de un sistema de calefacción común. Y la acomodación del servicio común a las nuevas tecnologías no transgrede aquellas normas, resultando, en definitiva, que las servidumbres que se establezcan se adecuarán al hecho físico del cambio, como más adecuado al buen uso de un elemento común, que en sí solo lo es la calefacción comunitaria, que ha de adecuarse a los nuevos sistemas, tanto del uso como de los nuevos tiempos.

No existe, en definitiva, modificación del título constitutivo en lo referente al sistema de calefacción común ni del régimen estatutario de la urbanización ni de los de dos edificios afectados en la misma, y, por tanto, no rige el sistema de unanimidad. (**STS de 22 de junio de 2004; ha lugar.**)

HECHOS.—Seis fincas urbanas están integradas a efectos de su régimen de comunidad, individualmente, cada una de ellas, por una Junta de Propietarios independientes y, el conjunto constituye una mancomunidad de edificios, comprensiva de una urbanización.

Al momento de constituir las comunidades, se establece un sistema de calefacción por carbón, común a todos los edificios. El título constitutivo recogía la ubicación de las calderas en el bajo de uno de los edificios —cuyo suelo hubo que rebajar— y el cuarto carbonera en un edificio distinto. Posteriormente, se acuerda la susti-

tución de la calefacción de carbón por otro de gas natural. Siguiendo el consejo de los instaladores, la mancomunidad aprueba (con la sola oposición de una de las comunidades) que las calderas correspondientes se ubiquen en el edificio en el que antes estaban las carboneras, ya que resultaba menos peligroso.

Un matrimonio, propietario de una vivienda en la comunidad disidente, impugna los acuerdos de la Junta de la mancomunidad por no haber respetado el régimen unánime de los acuerdos que modifican el título constitutivo de la urbanización, en relación con el cambio de sistema de la calefacción. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial acoge parcialmente el recurso. (*S. M. S.*)

51. Propiedad Horizontal. Nulidad de los acuerdos adoptados en Junta que no consten en el orden del día.—La jurisprudencia exige que en el orden del día se consignen los asuntos a tratar en la Junta, para que puedan llegar a conocimiento de los interesados. De otro modo, al ser la asistencia meramente voluntaria, sería fácil prescindir de la voluntad de determinados propietarios. No es admisible, por tanto, la adopción de acuerdos que no estén en el orden del día, ni tan siquiera bajo el epígrafe de «ruegos y preguntas», por considerarse sorpresivo para la buena fe de los propietarios.

Acción de nulidad de acuerdos de la Junta. Legitimación activa.—No la tienen aquellos propietarios que no hayan mostrado su disconformidad en la Junta en la que se acordaron, aunque en Junta posterior muestren su disconformidad en el apartado correspondiente a «aprobación de la Junta anterior»: este apartado no autoriza en modo alguno para desdecirse de la propia conducta anterior, sino que sólo permite las rectificaciones o imprecisiones que hayan podido producirse al recoger lo sucedido en la Junta anterior.

Plazo de interposición de la acción de nulidad de los acuerdos comunitarios. Artículo 16.4 LPH 1960.—Es un plazo que posee naturaleza civil, no procesal, por lo que no se descuentan los días inhábiles. Es de caducidad, apreciable de oficio y no susceptible de interrupción. (**STS de 10 de noviembre de 2004; ha lugar.**)

HECHOS.—El 6 de abril de 1996 se acuerda en Junta de Propietarios la instalación de una antena de telefonía móvil en el edificio. Este acuerdo no se incluyó en el orden del día de la Junta en la que se aprobó. Don R. L. L. y don G. G. M. estuvieron presentes en la Junta y no manifestaron su voluntad en contrario, pero en la Junta de fecha posterior pusieron de manifiesto su oposición al acuerdo en el apartado «aprobación del acta de la Junta anterior». Don D. V. G. no estuvo presente en la Junta mencionada en primer lugar, ni le fueron notificados los acuerdos tomados en ella.

El Presidente de la comunidad, actuando en virtud del acuerdo mencionado, procedió a la firma de un contrato de arrendamiento para la instalación de la antena.

Don R. L. L., don G. G. M. y don D. V. G dirigieron escrito el 31 de julio de 1996 a la Cámara de la Propiedad de Huelva a fin de que designase árbitro de equidad para entender del conflicto sobre la nulidad del acuerdo. Recibida la contestación en la que se les informaba que las Cámaras habían dejado ya de existir legal-

mente, interpusieron demanda en el Juzgado el 5 de septiembre de 1996.

El Juzgado estima la demanda, siendo ésta desestimada en apelación. (*B. F. G.*)

52. Propiedad horizontal. Tipos de acuerdos ilegales.—La jurisprudencia distingue dos tipos de acuerdos: 1) Aquellos cuya ilegalidad es posible sanar, en virtud de la caducidad de la acción de impugnación (en un plazo de treinta días); en este grupo se incluyen los acuerdos que contravienen cualquier precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la Comunidad; 2) En el segundo grupo se incardinan acuerdos cuya ilegalidad conlleva la nulidad radical o absoluta sin posibilidad alguna de subsanación, por infringir cualquier 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 al orden público o por implicar un fraude de ley.

Regla de la unanimidad para la realización de obras que afecten a los elementos comunes. Modulación por la nueva Ley de Propiedad Horizontal.—La realidad actual muestra una clara tendencia a la no exigencia de la unanimidad cuando se trate de obras que, aun afectando a los elementos comunes, sean de interés general. Hoy en día se considera que la regla de la unanimidad es en exceso rigurosa, en cuanto obstaculiza la realización de determinadas actuaciones que son convenientes para la comunidad; así se refleja, además, en el artículo 17 LPH. Añádase a lo anterior que las normas de seguridad, como son las que, en el caso concreto, obligaban a la realización de las obras en cuestión, son de orden público y de obligado cumplimiento, por lo que frente a las mismas no cabe oponer ninguna regla estatutaria. (**STS de 2 de noviembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—En el año 1986 el Servicio de Extinción de Incendios y Salvamentos del Ayuntamiento de Barcelona emitió un informe en el que se ponían de manifiesto las deficiencias del edificio de la comunidad actora. A finales del año 1993 se produce un incendio en el edificio que provoca la total destrucción de las tres últimas plantas.

El 22 de marzo de 1994 se reúne la comunidad de propietarios del edificio, asistiendo el 83,85 de las cuotas de participación. Se acuerda, con el voto en contra de dos propietarias que representan el 0,55 cada una, la reconstrucción del edificio y su adecuación a las normas municipales contra incendios. Aprobado el presupuesto y ratificado en nueva Junta convocada al efecto, se procede a notificar el acuerdo a la propietaria *Inmuebles Alemán, S. L.*, que no había asistido. Dicha propietaria contesta oponiéndose a la realización de las obras, aduciendo que, al afectar al título constitutivo, se requiere la unanimidad para ser aprobadas.

Inmuebles Alemán, S. L., deja de abonar las derramas mensuales acordadas. La comunidad interpone demanda reclamando a la propietaria el pago de las derramas. En el dictamen pericial dictado en la litis, consta que las obras realizadas por la comunidad inciden en los elementos comunes. (*B. F. G.*)

53. Propiedad intelectual. Originalidad exigible para la protección de lo creado.—Para que la creación humana merezca la consideración de obra el presupuesto primordial es que sea original. En su perspectiva objetiva, la originalidad consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente. Y esa originalidad ha de tener una relevancia mínima, que no alcanza el supuesto debatido, porque únicamente constituye una muestra del «juego de la rifa», sin que la idea de su finalidad para promocionar periódicos o revistas ofrezca suficiente nivel para dotarla de los caracteres de singularidad e individualidad y distinguidibilidad.

No puede considerarse «obra menor», categoría cada vez más numerosa, que la doctrina alemana llama «moneda pequeña» o «kleine Münze». (STS de 24 de junio de 2004; *ha lugar*.)

HECHOS.—El 15 de enero de 1990, *Meeting Ibérica, S. A.*, realiza el Depósito Legal e inscripción provisional en el Registro de la Propiedad Intelectual de un denominado «Juego Promocional de Publicaciones». El juego consiste en la numeración de los ejemplares de los periódicos o revistas que se quieren promocionar y la celebración de un sorteo en el que el poseedor del núm. agraciado es ganador del premio establecido.

En el núm. de abril de 1993, la revista *Prima*, editada por *Axel Springer Publicaciones, S. L.*, publica las bases de un concurso que responde al mismo esquema de juego que el que *Meeting Ibérica, S. A.*, emplea para sus promociones. *Meeting Ibérica, S. A.*, demanda a *Axel Springer* indemnización como consecuencia de la violación de derechos de propiedad intelectual sobre el juego registrado a nombre de la primera.

El Juzgado de Primera Instancia estima las peticiones de la actora y es confirmada en apelación. (*S. M. S.*)

54. El «enclavamiento» de una finca como requisito para la constitución de una servidumbre de paso.—El requisito de «enclavamiento» del predio dominante, que exige el artículo 564 CC para que se acuerde la constitución de una servidumbre de paso (ubicación del fundo dominante entre otros ajenos y sin salida al camino público), no es necesario para la constitución de una servidumbre voluntaria. De hecho, tal constitución de una servidumbre voluntaria depende exclusivamente de la voluntad de las partes y no es impedimento a la misma que el predio dominante tenga o no salida a camino público.

Carácter voluntario de una servidumbre de paso ganada por prescripción.—El Tribunal Supremo califica de voluntaria la servidumbre de paso ganada por prescripción, al considerar que, en estos casos, la voluntad se encuentra implícita en la falta de oposición al ejercicio reiterado que da lugar a la adquisición del gravamen.

Adquisición de servidumbres por prescripción inmemorial con arreglo a la legislación anterior al Código civil.—De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 3 de julio de 1961 y 15 de febrero de 1989), para que se entienda adquirida una servidumbre por prescripción inmemorial al amparo de la legislación anterior al Código civil (Ley 15, del Título 31, de la Partida 3.^a), es necesario que la inmemorialidad ya se hubiera causado antes

de la vigencia del Código, puesto que no puede dividirse en dos períodos ni determinarse respecto de ella un punto inicial o de arranque.

Deber de motivación de las sentencias y valoración de la prueba.—El Tribunal Supremo recoge en diversas sentencias (sirvan de ejemplo, las SSTS de 3 de marzo y 5 de mayo de 1998 y 12 de julio de 2000) la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional respecto del deber de motivación y su doble función: facilitación del conocimiento de las reflexiones que conducen al fallo —como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y como elemento preventivo frente a la arbitrariedad— y facilitación del control del fallo, mediante los recursos que procedan (entre otras, SSTC 54/1997 y 32/1996). En todo caso, afirma el Tribunal Constitucional que este principio no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo, sino que han de considerarse suficientemente motivadas las resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la *ratio decidendi* en el caso concreto (SSTC 28/1994, 153/1996). En aplicación de esta jurisprudencia a la cuestión de la valoración de la prueba, el Tribunal Supremo afirma que no es necesaria una detalladísima labor de investigación de las pruebas, siendo suficiente con que se alcancen, con cierta racionalidad jurídica, una o varias conclusiones que justifiquen el fallo (SSTS de 9 de junio y 24 de julio de 1998). En cambio, ha de ser condenada la práctica desarrollada en ocasiones por los tribunales que omiten la valoración de la prueba y suplen tal omisión con una remisión al conjunto de todos los medios probatorios aportados, ya que esta práctica no permite comprobar qué norma valoratoria de cada una de las pruebas ha seguido el juez o tribunal en esa labor (STS de 5 de junio de 1998). No es, sin embargo, contrario a nuestro sistema que, en virtud del principio de libre apreciación y valoración de la prueba, el Juez acuda a unos determinados medios de prueba con preferencia a otros, para establecer la base fáctica de su fallo, salvo que se vulnere con ello principios de prueba tasada.

Personación ante el órgano competente para conocer del recurso de apelación.—Para ser tenido por apelante se requiere una declaración expresa ante el órgano competente para conocer del recurso de apelación por parte de quien ha interpuesto el recurso, sin que sea suficiente que este sujeto figure como demandante cuya pretensión ha sido desestimada en la sentencia contra la que se apela, ni que se trate de uno de los otorgantes del poder en virtud del cual se persona el apoderado ante el órgano de alzada.

Indefensión por quebrantamiento de normas procesales.—Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 43/1989, 101/1990, 105/1995 y 94/1998), para que exista indefensión, no es suficiente con que se haya producido la transgresión de una norma procesal, sino que es necesario, por un lado, que ese defecto formal haya supuesto un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de la parte que alega la indefensión y, por otro, que la indefensión producida no sea debida a su propia voluntad o a su falta de diligencia. (**STS de 16 de diciembre de 2004;** ha lugar a un recurso; no ha lugar a tres recursos.)

HECHOS.—En el término municipal de Obejo existe un camino que discurre entre diversas fincas y desemboca en el llamado «camino de la Usera». Resulta probado que el citado camino, del que no existe memoria de la época de su trazado o de quién lo trazó, ha sido utilizado por los actores y sus causantes desde tiempo inmemorial. En un momento dado, sin embargo, los propietarios de

algunas de las fincas que atraviesan el camino, impiden el libre paso por el mismo.

Doña M. R. H. G. y su esposo, así como los hermanos L. C., propietarios de otras fincas por las que discurre el camino, interponen demanda sobre servidumbre de paso contra los propietarios de las fincas en las que se ha impedido el paso por el mismo (los hermanos M. M., don J. M. G. y don M. M. C.). Se pide que se declare el camino como bien de uso público o, subsidiariamente, que se reconozca la existencia de una servidumbre de paso por el mismo, siendo predios sirvientes las fincas propiedad de los demandados y predios dominantes, las de los actores.

La demanda es desestimada en primera instancia. Interpuestos sendos recursos de apelación por los demandantes (uno por doña R. H. G. y su esposo y otro por uno de los hermanos L. C.), la Audiencia Provincial estima sólo el recurso de don A. L. C., en parte, declarando la existencia del camino y de una servidumbre de paso a favor de su finca, servidumbre ganada por prescripción inmemorial. Se declaran como predios sirvientes los de don M. M. C. y doña A. M. M., condenando a todos los apelados a reponer el camino en su estado originario. Frente a esta sentencia interponen recurso de casación tanto los demandantes en primera instancia (concretamente, doña M. R. H. G. y su esposo, por un lado, y, por otro, el restante hermano L.C., que se entendió que no se había personado en el recurso de apelación), como los demandados (por una parte, don M. M. C. y, por otra, los hermanos M. M.). El Tribunal Supremo declara haber lugar únicamente al recurso de doña M. R. H. G. y su esposo. (A. M. M.)

55. Retracto de colindantes. Caracterización de esta limitación de la propiedad: motivación de interés general.—Según la STS de 18 de abril de 1994, es doctrina jurisprudencial reiterada que la finalidad del retracto de colindantes es facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica —minifundio—, allí donde tal exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza.

Como todos los retractos legales, el de fincas colindantes del artículo 1523 CC, es una limitación de la propiedad a modo de cargas de derecho público, porque aunque puedan redundar en provecho de particulares, están motivadas por el interés general.

En el caso enjuiciado se desestima el motivo de casación porque no consta que la finalidad perseguida por el demandante de retracto sea la de obtener un mejor rendimiento o explotación de las fincas colindantes. Más bien parece que la verdadera finalidad es la de recuperar la propiedad de la parcela perteneciente, antes de las segregaciones, a la madre del pretendido retrayente, reservándose aquélla el derecho de usufructo sobre las fincas segregadas. Así se deduce de la invocación del retracto gentilicio del Derecho aragonés, conocido como «derecho de abalorio o de la saca», que sí persigue este efecto recuperatorio. (**STS de 20 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor es pretendido retrayente de un predio rústico que, junto a la que hoy es su parcela, antes de las segregaciones de las que resultan las fincas del actor y del demandado, pertenecía

a la madre del pretendido retrayente, que las donó a éste y su hermano, respectivamente, reservándose ella misma el usufructo de las fincas segregadas.

El Tribunal de Primera Instancia desestima los pedimentos del actor. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación. La parte demandante interpone recurso de casación. (*S. M. S.*)

56. Tercero hipotecario: requisito de la buena fe.—Según jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTS de 5 de enero de 1977 y 14 de julio de 1988), la buena fe a que se refiere el artículo 34 LH es idéntica, en su formulación negativa, a la exigida al poseedor en el artículo 433 CC (la ignorancia de que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalida) y, en su formulación positiva, a la consagrada en el artículo 1950 CC (la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio).

Diversas sentencias (SSTS de 16 de marzo de 1981, 10 de febrero de 1983 y 6 de febrero de 1984) reconocen que la buena fe del artículo 34 LH consiste en un estado psicológico; esto es, en el error del adquirente sobre la titularidad y disponibilidad del derecho por parte del causante. Ahora bien, ese estado no se define únicamente por consideraciones psicológicas, sino que también ha de atender a consideraciones objetivas, ya que debe ser tenido en cuenta el comportamiento exigible según un modelo socialmente admitido. Esto se deduce del artículo 36 LH, que regula la usucapión *contra tabulas*, al equiparar el conocimiento a la existencia de «medios racionales y motivos suficientes para conocer» y el desconocimiento al no haber «podido conocer». También lo exige la jurisprudencia tanto al delimitar la figura del tercero del artículo 32 LH (entre otras, SSTS de 30 de diciembre de 1975, 29 de mayo de 1979 y 21 de octubre de 1980), como al interpretar el propio artículo 34 LH (SSTS de 5 de julio de 1985 y 14 de julio de 1988). Finalmente, lo exige el propio régimen del error. De esta forma, para que merezca algún tipo de protección quien padece el error, éste no ha de ser inexcusable (esto es, evitable con una conducta razonablemente diligente), conforme a la regla *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*. En conclusión, no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido. (**STS de 7 de diciembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad francesa *La Bazarnaise* compra una finca a don P. M. G., su titular registral. Pese a que adquiere mediante escritura pública, no inscribe su título en el Registro de la Propiedad. Años después, doña M. T. N. G. compra esa misma finca a don J. M. A., quien, a su vez, la había adquirido por medio de subasta celebrada en juicio ejecutivo que se siguió contra el titular registral.

Tanto en la demanda de la sociedad como en la reconvención de doña M. T. N. G. se ejercitan acciones declarativas de dominio y de nulidad de los títulos del oponente respectivo. En primera instancia, se atribuye a doña M. T. N. G. la condición de tercera hipotecaria. Sin embargo, posteriormente, la Audiencia Provincial considera que dicha señora no reúne la buena fe que exige el artículo 34 LH para

que sea preferida su adquisición *a non domino*. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por doña M. T. N. G. (*M. C. C. M.*)

57. Acción de rectificación registral del artículo 40 LH.—Los artículos 34 y 40, *d*) LH conceden la máxima protección al adquirente *non domino* de un modo determinado y no de forma absoluta e incondicionada. Tal protección consiste en mantenerle en su adquisición una vez haya inscrito su derecho. Para que se produzca esta consecuencia, el presupuesto de la buena fe del tercero debe concurrir en todo momento hasta la consumación del ingreso del derecho real en su patrimonio. La mencionada protección quedará supeditada igualmente a que se efectúe la inscripción registral. (**STS de 9 de diciembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El matrimonio formado por don J. G. M. y doña A. C. Z. adquieren un piso en 1975, en virtud de contrato privado, que es elevado a escritura pública en 1986. Poco después se trasladan a vivir a ese piso, que vienen ocupando de forma ininterrumpida hasta la actualidad. Aunque la citada vivienda se encontraba en el entresuelo tercero, por error se consigna que el concreto inmueble se encuentra en el entresuelo primero. El entresuelo en el que, según el Registro, se ubica la vivienda —entresuelo primero— es adjudicado en auto de 1984 a la *Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa)* en procedimiento sumario del artículo 131 LH instado por esa entidad frente al titular registral. Por ello, el citado matrimonio promueve una acción de rectificación del Registro de la Propiedad del artículo 40 LH contra *La Caixa*, alegando la discordancia notoria entre la realidad jurídica extraregistral y la realidad que publica el Registro inmobiliario.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimatoria de la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por los actores y declara la nulidad de la inscripción de la finca registral en conflicto; reconoce asimismo el dominio sobre la expresada finca a favor de los actores. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por *La Caixa*. (*M. C. C. M.*)

58. Extinción por prescripción de la obligación garantizada con hipoteca: subsistencia de la hipoteca.—El Tribunal Supremo afirma que debe descartarse que la prescripción de la acción personal para reclamar el cumplimiento de la obligación asegurada sea causa de extinción de la hipoteca que garantiza dicha obligación; esto es, la prescripción de la acción personal no extingue la acción real hipotecaria. (**STS de 19 de noviembre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Sociedad de Inversiones y Desarrollo Empresarial, S. A.*, interpone una demanda contra don A. E. E. y la compañía mercantil *AER, S. A.*, en la que solicita, entre otras cosas, que se declare la nulidad de pleno derecho de la escritura pública de

emisión de obligaciones hipotecarias otorgada en febrero de 1987 por los demandados, asimismo se solicita que se declare nula de pleno derecho, o, alternativamente, cancelada, la inscripción registral a que dio origen la citada escritura pública en el Registro de la Propiedad de Puente Caldelas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara extinguida la hipoteca constituida sobre la finca rústica denominada *Monte Campo Dos Verdes*, por la extinción de la obligación principal. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, casa y anula la sentencia recurrida, desestimando la demanda. (*M. J. P. G.*)

59. La forma de la notificación en el procedimiento de ejecución hipotecaria.—En el procedimiento de ejecución hipotecaria se contrarresta su dureza con un rigor formal en la garantía de los derechos, tanto del deudor como de terceros. De tal modo que la no realización o la realización ilegal de la notificación conduce a la declaración de la nulidad del procedimiento, según el artículo 132 LH. La notificación puede realizarse por edictos, siempre que no concurre el supuesto de hecho del artículo 269 LEC. En el presente caso, no concurría tal supuesto de hecho, ya que en el Registro de la Propiedad constaba el domicilio de la sociedad titular del embargo. La notificación edictal no procedía, por ser de naturaleza esencialmente subsidiaria. La notificación no se hizo correctamente y ello conduce a la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.

El tercero hipotecario. Requisitos. Artículo 33 y artículo 34 LH.—El llamado tercero hipotecario queda protegido por el artículo 34 LH y requiere que se trate de un subadquirente, que no ha participado en el negocio declarado nulo. De no ser así, es de aplicación el principio sentado por el artículo 33 LH, según el cual, «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». La doctrina del Tribunal Supremo tiene pacíficamente establecido que, para aplicar el artículo 34 LH es preciso que sea válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el artículo 33 de la propia Ley Hipotecaria (STS de la Sala Primera citadas y reiteradas: 21 de julio de 1993, 15 de noviembre de 1990, 17 de octubre de 1989, 18 de marzo de 1987). En consecuencia, si es nulo el procedimiento judicial sumario, el adjudicatario de la subasta no es tercero protegido por el artículo 34 LH. La STS de 16 de mayo de 1994 aclara que sí es tercero hipotecario protegido por el artículo 34 LH el adquirente del adjudicatario, añadiendo que «en caso contrario, la propia nulidad se refiere al título adquisitivo, esto es, al acto adquisitivo entre ese tercero adquirente y el transmitente y entonces entrará en juego el artículo 33 LH y esa nulidad de dicho acto adquisitivo determinará la ineeficacia de la tutela específica del artículo 34 LH».

En el caso presente, la protección del artículo 34 LH no alcanza al adjudicatario, la sociedad *Industrias Isla Color, S. L.*, pues como dijo la STS de 18 de febrero de 1994, esta sociedad adquirió la finca objeto de ejecución hipotecaria por cesión de remate y ésta no es sino una aplicación concreta del negocio jurídico por persona a designar, por el que una parte se reserva la facultad de designar a una persona determinada para que ocupe el puesto de parte en el negocio jurídico que el anterior perfeccionó.

Y la validez de la hipoteca inscrita a favor de la *Caja de Ahorros* cede también ante la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. La aplicación de la protección del artículo 34 LH exige, entre otros requisitos, que se adquiera (la titularidad de que se trate) del titular registral. Por tanto, se exige la titularidad registral del transmitente al momento de la perfección del contrato, no al momento de la inscripción a favor del adquirente (así la STS de 22 de abril de 1994, que ahora se reitera). En el presente caso, el contrato se celebró entre *Industrias Isla Color, S. L.* (prestataria) y Caja de Ahorros (acreedor del préstamo y titular de la hipoteca). La escritura se celebró antes de que la primera fuese titular registral; aunque se inscribió, obviamente, cuando ya era titular registral de modo efectivo. (**STS de 23 de septiembre de 2004;** ha lugar.)

HECHOS.—La demandante en la instancia, *Derivados Electroquímicos Levante, S. A.* era titular de una anotación preventiva de embargo cuando se instó y tramitó, por la entidad codemandada *March Hipotecario, S. A.*, un procedimiento judicial sumario de realización de hipoteca (art. 131 LH), contra el titular registral deudor hipotecario. Se libró exhorto al Juzgado de Primera Instancia que había ordenado este embargo, a fin de que notificaran la existencia del nuevo procedimiento a aquella sociedad. El Juzgado se negó a hacerlo, ya que la notificación debe ser personal y devolvió el exhorto sin cumplimentar. En la anotación de embargo constaba la localidad de domicilio de la sociedad, aunque no se especificaba que perteneciese a la provincia de Barcelona. Al devolverse el exhorto, la sociedad ejecutante solicitó y el Juzgado dio lugar a la notificación del procedimiento de ejecución hipotecaria por medio de edictos.

March Hipotecario, S. A., quedó como rematante con facultad de ceder a tercero de la finca hipotecada objeto del procedimiento y cedió el remate a *Industrias Isla Color, S. L.*, dictándose Auto de adjudicación a su favor el 29 de noviembre de 1994; el 16 de febrero de 1995 se practica la inscripción de su dominio en el Registro de la Propiedad y se inscribe la hipoteca que, en garantía de préstamo se había otorgado el anterior 1 de diciembre de 1994, a favor de la también codemandada *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares*.

La entidad *Derivados Electroquímicos Levante, S. A.*, ha ejercitado la acción de nulidad, interesando la nulidad de las actuaciones del procedimiento desde la notificación de la existencia del mismo por medio de edictos, pese a constar su domicilio en la anotación de embargo. Ha dirigido la acción contra la parte que instó el procedimiento (*March Hipotecario, S. A.*), la adjudicataria (*Industrias Isla Color, S. L.*) y contra *Caja de Ahorros...*, manteniendo estos dos últimos su condición de tercero hipotecario y reclamando la protección que les confiere el artículo 34 LH.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Y la Audiencia Provincial, revocando la anterior sentencia, denegó la nulidad de actuaciones. (*S. M. S.*)

60. Ejecución hipotecaria. Rigor formal del procedimiento judicial sumario (art. 131 LH): principio general.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (refrendada por la STC 52/1998, de 3 de marzo) declara que el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH se caracteriza por su rigor formal, debido a que su extraordinaria limitación de cognición procesal exige en contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos.

Ejecución hipotecaria. Procedimiento judicial sumario. Omisión de trámites y requisitos exigidos por el artículo 131 LH: nulidad.—El Tribunal Supremo afirma que constituye causa de nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria tanto la omisión del requerimiento formal de pago al deudor (reglas 3.^a y 4.^a del art. 131 LH), como la omisión de la notificación al deudor ejecutado de la celebración de la subasta (regla 7.^a del art. 131 LH), salvo que el deudor hipotecario (demandante de nulidad) hubiera tenido efectivo conocimiento extraprocesal de la existencia del procedimiento o de la celebración de la subasta. (**STS de 3 de diciembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Iberi, S. A.* (deudora hipotecaria) interpone una demanda contra la entidad financiera *Caja Madrid* (acreedora hipotecaria) y la entidad mercantil *Inversiones Bidearte, S. A.* (cesionaria del remate) con la finalidad de que se dicte una sentencia que declare la nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH porque el acreedor no ha realizado el preceptivo requerimiento de pago a la deudora (la entidad *Iberi, S. A.*) ni ésta ha sido notificada con antelación del lugar, día y hora de celebración de la subasta de la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. 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 siguientes y 681 siguientes de la vigente LEC. (*M. J. P. G.*)

61. Requerimiento de pago del artículo 131 LH.—El artículo 131 LH autoriza a practicar el requerimiento de pago al pariente más próximo, por lo que ha de considerarse cumplido este requisito cuando tal requerimiento se haga al marido, salvo que se demuestre que el matrimonio vive separado o que los cónyuges no mantienen comunicación. Ello es debido a que, en virtud del artículo 1383 CC, los cónyuges han de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquiera de sus actividades económicas. (**STS de 2 de noviembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña F. N. G. promueve juicio de menor cuantía en el que solicita la nulidad del procedimiento hipotecario tramitado a instancias del *Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba* contra ella y su marido, por no haber sido requerida de pago ni perso-

nal ni judicial ni notarialmente, ni tampoco haberle sido notificada la existencia del procedimiento, pese a que el bien hipotecado pertenecía a la sociedad legal de gananciales. Los hechos probados demuestran que tal requerimiento fue practicado en la persona del esposo de la demandante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y, en consecuencia, absuelve a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. La referida sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación formalizado por la demandante. (*M. C. C. M.*)

DERECHO DE FAMILIA

62. Liquidación de la sociedad de gananciales: extracción no consentida de c. c. común: devolución al caudal común actualizada: incongruencia: imperatividad del artículo 1397 CC: donación al hijo no probada.—La congruencia no significa conformidad rígida y literal entre demanda y sentencia, sino racional correspondencia. Por ello no hay incongruencia si la demanda alude a la suma de once millones extraída sin autorización de una c. c. común y la sentencia condena a su devolución actualizada, ya que el artículo 1397 CC es imperativo. Por otra parte, la supuesta donación al hijo de aquella suma no se ha probado.

Carácter de la pensión de jubilación.—Vigente el matrimonio, la pensión que cobraba el marido en concepto de jubilación se encontraba sometido a la obligación de soportar el sostenimiento de la familia según el artículo 1362-1.^º CC, pero una vez disuelta la sociedad no puede entenderse que subsista dicha obligación. Por otra parte la jubilación es un derecho personal del trabajador al que no es aplicable el artículo 1358 CC.

Carácter de las cotizaciones.—No es aplicable el artículo 1358 CC a las cantidades empleadas para generar la pensión, sino más bien es un gasto necesario para poder obtener rendimiento del trabajo que el esposo realizó durante la vigencia de la sociedad, rendimiento que fue ganancial, siendo por tanto ganancial la cotización abonada con cargo a la sociedad, sin que deba reembolsarse nada ahora a su activo. (**STS de 20 de diciembre de 2004;** no ha lugar.) (*G. G. C.*)

63. Separación matrimonial: liquidación el régimen económico matrimonial: adjudicación de lotes: uso exclusivo de la vivienda familiar por esposa e hijos: decisión judicial de procederse a subasta si la esposa no abona compensación económica: procedimientos de asegurar el uso exclusivo: *ius ad rem* inscribible.—La pretensión de la esposa de asegurarse el uso exclusivo de la vivienda debía haberse planteado en apelación, o haberse propuesto por la vía de la aclaración de la sentencia, al no quedar claro este aspecto de la sentencia de apelación, dados los intereses familiares en juego, dignos de toda protección; la salvedad sobre la disposición restringida por el cónyuge tendría su especial reserva en la inscripción registral pues la jurisprudencia de esta Sala ha definido este uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero sí como un *ius ad rem* accesible al Registro de la Propiedad, si bien no puede impedirse la ejecución para dar

satisfacción a créditos exigibles (STS de 22 de mayo de 1985). Por ello la pretensión del actual recurso es, en sí, inadmisible, tal como se plantea, sin perjuicio de poder la esposa hacer valer las garantías que correspondan para la satisfacción de los intereses de los usuarios, concedidos por decisión judicial por el período que se establezca. (**STS de 14 de diciembre de 2004**; no ha lugar.)

NOTA.—Se solicita la liquidación de la sociedad de gananciales por el marido, petición a la que, en definitiva, se accede tras algunas diferencias puntuales con la esposa. El recurso se casación de ésta se concentra en un punto concreto de la sentencia de apelación, que impone a la mujer el abono de la suma de 99.294 de pesetas para igualar los lotes y cuyo impago originará la venta en subasta de la vivienda. En tal situación, argumenta la esposa, quedará ineficaz el uso exclusivo de la vivienda familiar por ella y sus hijos hasta la mayoría de edad del menor de ellos. El recurso se desestima si bien ofrece algunas soluciones a la recurrente con vistas a la protección de los hijos menores. (G. G. C.)

64. Unión de hecho: ruptura: medidas sobre hijos comunes: patria potestad compartida y guarda de la madre: incongruencia.—Vérsando el litigio entablado entre recurrente y recurrida sobre las medidas a adoptar en relación con el hijo común de ambos, con motivo de la ruptura de la unión de hecho establecida entre aquéllos, la sentencia recurrida acuerda que «el hijo común permanecerá bajo la guarda y custodia de su madre en el, hasta ahora, hogar familiar; se denuncia incongruencia al no haber solicitado ninguna de las partes tal atribución del que había sido hogar familiar, vivienda de propiedad exclusiva del padre. Ahora bien, en la adopción de las medidas a adoptar respecto de los hijos menores de edad, sean matrimoniales o no matrimoniales, es preponderante el interés de los hijos, cuya protección se encomienda al juzgador y así se establece en el artículo 158 CC al facultar al Juez para que, de oficio, adopte las medidas en él contempladas, e, igualmente, en el artículo 91 se impone al Juez la obligación de adoptar las medidas pertinentes, a falta de acuerdo de los cónyuges, principio que es aplicable fuera de los procesos matrimoniales. Por ello al proveer el juzgador a la necesidad de vivienda del menor y de la madre a cuya guarda y custodia se le confía en la forma que se ha transcrita, no ha incurrido en incongruencia puesto que, en estos casos, el juzgador no está vinculado a la concreta forma de satisfacer estas necesidades del hijo a lo peticionado por los padres litigantes.

Protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho.—En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia *more uxorio* y ante la falta de una regulación legal de estas uniones, debe entenderse que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes (art. 1.1 y 1.4 CC), de los que deriva el principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho (STS de 10 de marzo de 1998), lo que resulta aplicable no sólo al conviviente sino a los hijos menores de edad.

Ponderación de los intereses en presencia: artículos 142 y 154 CC.—El Tribunal ha realizado una ponderada valoración de los intereses de ambas

partes al estimar más digno de protección el del hijo menor y el de su madre, a la que se confía su guarda y custodia. (**STS de 7 de julio de 2004**; no ha lugar.) (G. G. C.)

65. Patria potestad sobre hija de padres separados y divorciados: incapacitación después de la mayoría: rehabilitación de la patria potestad: auto aclaratorio de oficio que atribuye la patria potestad a la madre: nulidad: rectificación de errores materiales.—La jurisprudencia constitucional es clara en el sentido de que, con la excusa de rectificación de errores materiales, no se pueden modificar los elementos esenciales de la sentencia, ni ello puede servir de remedio a la falta de fundamentación de la resolución firme, ni para corregir errores judiciales de calificación jurídica. En el presente caso la Audiencia Provincial fue congruente con sus fundamentos al rehabilitar, en cuanto a la patria potestad, la situación jurídica anterior, pero el Auto, en base a otra fundamentación, rectificó sustancialmente lo así decidido.

Rectificación de oficio.—El Auto se dictó cinco días después de notificada la sentencia, que debe entenderse en la fecha de la publicación por el Juzgado, ya que al hacerse la rectificación de oficio, el plazo es perentorio para el Juez, pues no depende de petición alguna de parte, y, por otra parte, no se refiere a meros errores materiales, por lo que no se cumplió el plazo de un día del artículo 362.2 LEC y artículo 267.3 LOPJ.

Congruencia.—El artículo 359 LEC. que establece el principio del deber de la congruencia de las sentencias, en conexión también con los de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva de los artículos 9.3 y 24.1 CE, respectivamente, exige que para privar de un derecho a una parte, se le haya tenido que dar derecho a ésta de defenderse, y así que pueda presentar sus pretensiones, aunque sean de carácter negativo, para poder resolver sobre ellas, y si bien en un proceso estricto de incapacidad, si lo promueve una parte legítima, los demás interesados deben ser oídos, y no hace falta demandarlos, pero ello no obstante, si el Juez hace declaraciones limitativas de derechos declarados previamente a favor de los respectivos padres, la decisión tomada al respecto, sin posibilitar esa pretensión, es incongruente.

Medidas sobre los hijos en proceso de separación matrimonial: modificación.—Habiéndose establecido en un proceso de separación matrimonial por la sentencia que lo decidió, la atribución de la patria potestad sobre los hijos comunes menores de edad, la modificación de esta medida, a petición de parte, sólo puede hacerse por la vía de los artículos 90 y 91 CC, lo que aquí no se ha hecho; el juzgador ha aplicado equivocadamente el artículo 156 CC, párrafo último, que afecta a las relaciones paternofiliales cuando los cónyuges viven separados de hecho, en cuya situaciones no serían aplicables aquellos preceptos; el contenido del artículo 171 CC sobre la rehabilitación de la patria potestad, al haberse dispuesto ya judicialmente en la minoría de edad, no puede entenderse en su aplicación sino en la misma forma en que se decidió, sin poderse acudir al artículo 156-5.^º (**STS de 2 de julio de 2004**; ha lugar.) (G. G. C.)

66. Privación de la patria potestad. Adopción de la medida. Límites.—El artículo 170 CC vincula al incumplimiento de los deberes que integran la patria potestad la privación total o parcial de la misma, respecto al padre o la madre incumplidor. Pero dicha privación no es una consecuencia inevitable y necesaria del incumplimiento; sólo posible, en función de las

circunstancias concurrentes y del beneficio del menor. El carácter discrecional de la medida, en todo caso, no es absoluto, ya que la norma establece varios límites. En primer lugar, la medida ha de adoptarse en beneficio de los hijos (art. 39.2 CE; arts. 154 y 170.2 CC), valorado en cada caso, a la luz de las circunstancias concurrentes (el Tribunal Supremo analiza en este sentido las SSTS de 5 de marzo de 1998 y 23 de febrero de 1999, invocadas por la recurrente). En segundo lugar, la privación de la patria potestad, total o parcial, no constituye una sanción perpetua, sino condicionada a la persistencia de la causa que la motivó (art. 170.2 CC).

El régimen de visitas del progenitor que vive separado y el interés del menor.—El artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 3 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre) establece que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de los dos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. El principio del interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al juzgador (STS 17 de septiembre de 1996). La sentencia de la Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia en el caso litigioso, declarando el derecho del padre a las visitas y remitiendo la determinación de las circunstancias integrantes de aquél a la fase de ejecución, tras el correspondiente programa de seguimiento que competía a un equipo de psicólogos, para precisar tiempos y demás circunstancias del régimen. No cabe considerar que el Tribunal de segunda instancia infringió la regla que le imponía procurar el beneficio del menor al establecer el régimen de visitas, ya que siguió las recomendaciones efectuadas al respecto por el perito psicólogo sobre lo que era más conveniente para él.

Exigencia de oír al menor cuando no haya cumplido los doce años, si tuviera suficiente juicio.—El hijo de los litigantes no había cumplido aún los doce años en el momento en que hubiera correspondido esta audiencia. Pero no había constancia de que su suficiencia de juicio lo exigiera (para poner en práctica un régimen cuyo contenido se ha de concretar en la fase de ejecución de sentencia). Por tanto, aun a pesar de no haberse dado audiencia al menor, no debe considerarse infringido el artículo 192 CC. (**STS de 12 de julio de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—Don E., padre no matrimonial del niño A. pretende en demanda contra doña M.^a P., madre del menor y que se había ocupado del cuidado del menor desde su nacimiento, la declaración del derecho a relacionarse con su hijo y también de su propio deber de contribuir a la alimentación, educación y formación integral del mismo, mediante la entrega de una suma mensual.

La demandada, al contestar a la demanda, se opone a que el actor visite al hijo de ambos y afirma que aquél había incumplido los deberes inherentes a la condición de padre durante los casi diez años transcurridos entre el nacimiento y la interposición de la demanda. En reconvención, además, solicita que se prive a don E. de la patria potestad, en aplicación del artículo 170 CC.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la reconvenión, estima la demanda, declara el deber del demandante al pago de una cantidad mensual para alimentación, educación y formación del hijo y condiciona el régimen de visitas reclamado a un seguimiento del

progreso de las relaciones paternofiliales. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación de la demandada. (*S. M. S.*)

67. «Relaciones personales» del artículo 160 CC. Interpretación.—

La recurrente invoca interpretación errónea del artículo 160.II CC, entendiendo que el término legal «relación» nunca puede incluir pernoctar en una casa o pasar una temporada conviviendo con otras personas. Según el Tribunal Supremo, no cabe duda de que el artículo 160 CC, en su redacción conforme a la Ley 21/1987, incluye, entre los parientes allegados a los abuelos e incluso con un carácter privilegiado. La expresión «relaciones personales» que aparece en el mismo artículo 160 CC, aunque adolece de vaguedad, permite una evidente flexibilidad al Juez, para emitir un juicio prudente y ponderado en atención a las circunstancias y siempre en interés del menor. Con arreglo a lo expuesto, los abuelos ocupan una relación respecto a los nietos de carácter singular y, en principio, no cabe reducir la «relación personal» a un mero contacto durante un breve tiempo. Nada impide que pueda comprender el pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos y, además, no afecta al ejercicio de la patria potestad. Otra afirmación carece de base legal o jurisprudencial.

Aplicando esta doctrina a las circunstancias del caso, dado que D., al tiempo de la demanda ya tenía casi siete años y había pernoctado con los abuelos, anteriormente, se considera adecuado el régimen jurídico de visitas establecido en la sentencia recurrida. En cambio, la corta edad de C. (catorce meses al tiempo de la demanda) desaconseja la pernocta lejos de la madre o sin consentimiento de ésta.

Audiencia de los menores de edad con menos de doce años.—Además, teniendo en cuenta la edad actual de los menores y la normativa y la jurisprudencia relacionadas, el régimen de visitas precisa de la audiencia de los dos menores (el mayor de ellos ya debió ser oído por la Audiencia Provincial, dado que al momento de dictar sentencia, contaba con 9 años de edad) que no puede obviarse sin incurrir en denegación de la tutela judicial efectiva.

Se acuerda que, en ejecución de sentencia, con audiencia de los interesados, los menores y el Ministerio Fiscal, se establezca un régimen de visitas entre abuelos y nietos, que puede ser el mismo hasta ahora establecido u otro distinto, debiendo ponderarse la razonabilidad de las opiniones de los menores, lo que no significa que quiera identificar lo expresado por ellos con su interés, pues en todo caso debe prevalecer el beneficio de los niños en orden a su formación integral e integración familiar y social. (**STS de 28 de junio de 2004; ha lugar en parte.**)

HECHOS.—Don L. A. y doña C. formulan, el 18 de septiembre de 1996, demanda de juicio de menor cuantía contra su nuera, doña A., con fundamento en el párrafo segundo del artículo 160 CC, solicitando que, en concepto de abuelos paternos de los menores D. (nacido el 1 de febrero de 1990) y C., nacido el 22 de noviembre de 1995) se les permita disfrutar con éstos de los fines de semana, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, de Semana Santa y verano, estas últimas, alternativamente, a elección de la madre.

D. y C. son hijos del matrimonio formado por la demandada y el hijo de los actores, don J. P., quien se separó judicialmente de su

esposa el 14 de noviembre de 1995, falleciendo el 15 de diciembre de siguiente.

La demandada se opuso al régimen de visitas pretendido. La sentencia declaró el derecho de los actores a relacionarse personalmente con sus nietos y estableció un régimen de visitas supletorio del posible acuerdo de las partes, que coincidía parcialmente con el solicitado por los abuelos (aunque algo más restringido, pero incluyendo pernocta). En apelación, el recurso fue desestimado y la sentencia de primera instancia confirmada. El Tribunal Supremo hace declaración expresa del derecho de los abuelos pero revoca la sentencia de instancia y ordena el nuevo establecimiento de un régimen de visitas (coincidente o no con el impugnado) previa audiencia de los menores. (*S. M. S.*)

68. Reclamación de paternidad no matrimonial: madre casada que se opone en nombre propio y de sus hijos menores: negativa de la madre a pruebas biológicas: contradicción de intereses: hijos llegados a la mayoría durante el proceso: sustitución del Defensor judicial por audiencia de aquéllos.—La Sala, antes de examinar los motivos invocados en el recurso, se tiene que plantear de oficio como cuestión previa la verificación de si se han observado el conjunto de garantías inexcusables de aplicación al mismo (STS de 5 de junio de 1997). Se ha ejercitado una acción de reclamación de paternidad respecto a dos menores en el momento de la demanda; la madre y el padre que figuran en el Registro Civil como tales se han opuesto en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de los dos menores de edad; el artículo 163 CC constituye el desarrollo del artículo 162.2, y así la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se comprueba la existencia de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representa; una vez acreditado este extremo el Juez procederá al nombramiento de un Defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de éste opera siempre en situaciones concretas, siempre que en algún asunto tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado, y el Defensor se nombra para el acto concreto en el que hay conflicto de intereses. En la sentencia impugnada se tiene en cuenta que la negativa de la madre a la práctica de las pruebas biológicas tendría su justificación en la protección de la vida familiar de los menores en relación a su actual convivencia. En este caso son contrarios los intereses de los demandados, padre y madre inscrito, que no desean establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses de los hijos, tanto desde el punto de vista de sus personas como del orden público del estado civil. Todo ello conduciría a la Sala de oficio, y a tenor del artículo 1715.2 LEC derogada, a decretar la nulidad de las actuaciones para permitir la actuación en el proceso del Defensor Judicial que nombre el Tribunal de instancia. Pero esta declaración de nulidad no puede hacerse en la medida en que tales hijos alcanzaron la mayoría, por lo que procede ordenar la audiencia de los hijos demandados mayores de edad a los efectos oportunos, en el sentido de que manifiesten lo que estimen necesario respecto a la cuestión litigiosa e, incluso, que soliciten la práctica de pruebas que estimen oportunas. (**STS de 30 de junio de 2004;** ha lugar.)

NOTA.—Formalmente nada que oponer a la solución acordada por la sentencia extractada. Es clara la contradicción de intereses y al haberse procedido a ordenar la solución que imperativamente establece el artículo 163 CC (*se nombrará*), es correcto que se sustituya la designación del Defensor Judicial por la audiencia de los hijos ya mayores. En cuanto al fondo, caben algunas consideraciones. Los únicos datos fácticos relevantes se contienen en el 1.^º FD: «el demandante sostuvo que las relaciones las mantuvo a partir del año 1979 y el nacimiento de los hijos tuvo lugar el 3 de julio de 1981 y 22 de septiembre de 1982, respectivamente, habiéndose presentado la demanda en julio de 1995. Ante la negativa a la práctica de las pruebas biológicas cabe conjeturar que la sentencia estimatoria de la demanda en ambas instancias se había basado en la existencia de indicios o pruebas indirectas de las relaciones que hayan completado la negativa aludida. No hay ningún dato que haga presumir la existencia de posesión de estado. La cuestión humanamente preocupante es si el derecho debe proteger al presunto padre que ha dejado transcurrir doce o catorce años desde el nacimiento de los hijos que dice haber tenido con mujer casada, irrumpiendo en la intimidad de un hogar familiar del que no consta ninguna crisis (el marido burlado pudo ignorar totalmente los hechos, o conocerlos y haberlos perdonado, o haber tenido meras sospechas que se disiparon con el tiempo). Ciertamente los hijos mayores tienen derecho a conocer su origen, pero pueden renunciar a aquél *pro bono pacis*, e, incluso, conociendo la infidelidad, haber perdonado a su madre. Es verdad que también tiene derecho a que se reconozca su paternidad el padre biológico, pero ¿a ejercitarlo en cualquier momento? Ninguna de estas cuestiones se aborda por la sentencia extractada. (G. G. C.)

69. Filiación no matrimonial: reclamación por la madre: prueba indiciaria.—El Tribunal ha valorado las cartas o correspondencia remitida por el demandado a la madre cuando ésta residía en Francia, las relaciones de amistad y afecto mantenidas por los mismos, entre otros momentos en el tiempo de la concepción, según prueba testifical, la visita a la madre y al menor en la Clínica a raíz del parto y el pago de los gastos de la misma y de la intervención médica, y el alquiler para ella y su hijo (a partir de cierto momento para éste, y antes para ella) de una vivienda propiedad de una sociedad en la que el recurrido era apoderado principal.

Requisitos de la prueba biológica.—Para su práctica en trámite judicial es preciso que se den los requisitos de privacidad y de respeto a la intimidad que garantiza el artículo 18.1 CE, y, además que, como cualquier otra prueba, ofrezca las garantías para las partes, de publicidad entre ellas, posible contradicción, e intervención judicial, requisitos estos últimos que no concurrieron en la que aportó el presunto padre, por lo que la valoración sobre la negativa del hombre a sujetarse a ellas, ha sido correctamente valorada.

Hecho nuevo.—No puede tratarse correctamente en un motivo casacional, una pretendida deducción, por vía presuntiva, sobre la existencia de un *posible padre del menor de origen francés*, basado en el hecho de que la madre inscribió al menor en el Consulado francés de Málaga con esta nacionalidad,

del cual pueden darse multitud de explicaciones como posibles. (**STS de 2 de julio de 2004; no ha lugar.**)

NOTA.—Los indicios parecen ser suficientes para declarar la paternidad a la que se resiste el demandado, abogado en ejercicio, con una auténtica *maniobra procesal*, poco usada (aportar los resultados que le benefician de una prueba biológica practicada privadamente), que ambas instancias, con acierto, han rechazado, reiterando, incluso para mejor proveer, la práctica de una prueba de esta clase con todos los requisitos legales. Es correcto entender que el supuesto padre se ha negado a practicar la prueba biológica, y resolver lo procedente. En cuanto al poco claro «hecho nuevo», del que difícilmente puede deducirse la posible existencia de un padre francés, y cuya consideración casacional se desecha por la sentencia extractada, no se dice expresamente si, además, la madre inscribió al hijo en el Registro Civil de la ciudad de nacimiento, lo que parece, incluso, verosímil. (G. G. C.).

70. Filiación no matrimonial reclamada por el padre: fiabilidad máxima de la prueba biológica.—En la prueba pericial biológica obrante en autos se determina que la paternidad del actor respecto del menor, se encuentra dentro del rango considerado científicamente como de paternidad probada, ya que da un índice $W = 99,998$ por 100. Ante tal prueba contundente, cualquier alegación en relación a una presunta falta de legitimación procesal del padre que solicita el reconocimiento de una paternidad extramatrimonial, carece de toda posibilidad de ser tenida en cuenta, ya que debe entrar en juego de una manera clara y contundente lo dispuesto en el artículo 134 CC en relación al ejercicio de la acción de reclamación de paternidad. Sin que, por otra parte, pueda tenerse en cuenta si existe una declaración de filiación contradictoria que deba impugnarse, en concreto una inscripción de nacimiento en el Registro Civil cuya existencia no se ha demostrado. (**STS de 2 de julio de 2004; no ha lugar.**)

NOTA.—Ante los resultados contundentes de la prueba biológica el Tribunal Supremo se limita a una concisa argumentación. Parece también significativo que entre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la del Tribunal Supremo apenas si han transcurrido cinco años ¿Empieza a aligerarse el proverbial retraso de la Sala Primera? Por otra parte, sociológicamente se trata de un supuesto frecuente en el que, probablemente, la madre, rompió irrevocablemente con el padre, antes o después del nacimiento del hijo común, y se ha resistido hasta el último momento a admitir la paternidad de éste. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

71. Comunidad hereditaria antes de la partición: derechos como accionista de sociedad anónima: nulidad de acuerdos: actuación en las juntas generales como persona «designada»: designación tácita.—En el presente caso, la comunidad de herederos del accionista ostentaba la cualidad de socio, antes de la partición; cada coheredero no es titular de accio-

nes, sino titular junto a los demás coherederos del patrimonio, del que forman parte las acciones; la comunidad de herederos es una comunidad germánica (STS de 19 de junio de 1995), de la que sus miembros tienen derechos indeterminados y no está regulada por los artículos 392 siguientes CC. El artículo 66.2 LSA exige en este caso que una persona miembro de la comunidad ejerza los derechos de socio, aclarando el texto legal que es persona *designada*, la cual no es un representante voluntario en la que el artículo 106.2 exige que el poder de representación sea escrito y especial para cada junta, salvo el caso de representación familiar que regula el artículo 108. En el presente caso el demandante aceptó y consintió la actuación de su hermano en las Juntas, como designado tácitamente por la comunidad hereditaria.

Derecho de información.—El recurrente no era accionista, sino miembro de una comunidad hereditaria, que sí lo era y ésta podía exigir información, pero no aquél que tampoco era la persona designada por la misma.

Falta de legitimación.—Cuando la comunidad hereditaria deja de ser accionista, pierde el interés legítimo para impugnar que prevé el artículo 117.1 LSA (**STS de 5 de noviembre de 2004**; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de una interesante cuestión doctrinal que la s. resuelve, a mi juicio, acertadamente (Ponente O'Callagan Muñoz), aplicando a la comunidad hereditaria la teoría de la comunidad germánica. (G. G. C.)

72. Rescisión de operaciones participacionales por preterición de heredera: no procede. Ausencia de dolo o mala fe.—Si bien la actora, hija extramatrimonial del fallecido, compartió con éste y con sus hijos y herederos, durante la vida de aquél, al menos, su condición de hecho de tal, y aun siendo libremente aceptada la misma, no fue reconocida como hija hasta que ella lo solicitó legalmente, lo que no hizo en muchos años, pudiendo haberlo hecho, por lo que el causante (que también pudo y no efectuó su reconocimiento en el testamento, y ello no es imputable, aunque les trascienda a sus herederos) otorgó tal última voluntad, designando como sucesores legítimos suyos a los tres hijos habidos de su matrimonio, con los derechos usufructuarios correspondientes a su cónyuge supérstite, y, por ello, al momento de realizarse las operaciones de partición, división, liquidación y adjudicación de la herencia, la hija preterida como heredera, no lo era tal y no podía intervenir en ellas, ni ser llamada a las mismas, por faltarle entonces esa cualidad.

La acción de rescisión de dichas operaciones debe, en todo caso, rechazarse, por cuanto de entenderse implícitamente pedida por la parte, se precisaría, para su declaración, el previo reconocimiento de haber actuado los demandados con mala fe o dolo, circunstancias éstas que la Audiencia, valorando la prueba practicada, excluye.

Preterición: efectos artículo 814.1 CC. No perjuicio de la legítima estricta.—Lo que sí procede, conforme establece la sentencia de la Audiencia Provincial es que, al declararse heredero al que lo es y ha sido preterido, se le reconocen a éste, en la herencia, los derechos que procedan a su favor, pues los actos de los demás herederos no pueden perjudicar a su legítima estricta, en la parte que le corresponda (arts. 807.1, 808, 814.1, 823, 851 y 1080 CC). Tales derechos son los correspondientes a la legítima estricta, es decir, la cuar-

ta parte del tercio de legítima, ya que no le afectan las mejoras ni las disposiciones por legados u otras causas. (**STS de 6 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A., casado y con tres hijos, fallece el 13 de junio de 1987, bajo testamento otorgado el 28 de enero de 1981, instituyendo como sus herederos legítimos, por terceras e iguales partes, a sus indicados hijos, en los bienes dejados a su óbito y legando a su esposa el usufructo vitalicio sobre todos los bienes de la herencia. Sus herederos proceden a las operaciones particionales correspondientes, que quedan protocolizadas en escritura pública de 19 de septiembre de 1990.

Durante la vida de don A., su hija extramatrimonial, doña M., compartió abiertamente con don A. y los hijos matrimoniales de éste, su condición de hecho como tal. Pero, aún siendo conocida y aceptada, no fue reconocida como hija de don A. hasta que ella lo solicitó legalmente (lo que hizo cuando tenía más de sesenta años, en 1998). En la demanda en que doña M. insta la declaración de filiación también plantea, entre otras cuestiones, que se condene a los demás hijos y esposa de don A. a responder frente a ella del valor de los bienes hereditarios de los que hayan dispuesto, indemnizándola por la cuarta parte de dicho valor, así como a tenerla en cuenta en las operaciones de cambio, liquidación, división y adjudicación de los bienes que quedasen aún pendientes de realizar. E igualmente pide la declaración de nulidad e ineficacia de los actos y documentos públicos y privados que contravengan sus derechos en el orden sucesorio.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda (únicamente en el reconocimiento de la demandante como hija no matrimonial de don A. y su condición de heredera forzosa, con derecho a sucederle en la cuarta parte de la legítima estricta de sus bienes relictos). Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso (sólo en la determinación de la porción hereditaria sobre la que calcular la cuarta parte de los bienes de la herencia del causante afectos al derecho de doña M.). (S. M. S.)

DERECHO MERCANTIL

73. Intereses moratorios a cargo del asegurador: supuestos de liberación. Artículo 20 LCS.—El único motivo se formula al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, por infracción del 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y la jurisprudencia de la Sala Primera que lo interpreta.

Sostiene la recurrente que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido de forma reiterada que existen causas justificativas para de morar el pago, de conformidad con lo preceptuado en el artículo invocado; a saber: en primer lugar, cuando deba dilucidarse ante los Tribunales la responsabilidad o no del asegurado en el siniestro y en segundo lugar, cuando la cuantía exacta a abonar en concepto de indemnización deba ser determinada por el órgano judicial.

La experiencia jurisprudencial nos muestra que la aplicación del artículo 20 ha originado una abundante litigiosidad. Aun limitando el examen de esa

experiencia a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, puede advertirse que un elevado número de recursos de casación referentes a la Ley de Contrato del Seguro se refieren a la aplicación del recargo del 20 por 100, en cumplimiento de lo previsto en su artículo 20. En los últimos años se advierte, no obstante, que la Sala Primera ha restringido los efectos del artículo 20 a la hora de interpretar el presupuesto de la mora del asegurador referente a su culpa, a la que aludía ese artículo diciendo que el incremento del 20 por 100 anual de la indemnización de la Ley de Contrato de Seguro sólo se producía cuando el asegurador «no hubiera realizado la reparación del daño o indemnizado su importe por causa no justificada o que le fuera imputable». Presupuesto que se ha conservado en la nueva redacción del artículo 20, en su regla 8.^a, por lo que ha de estimarse que tal doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo será aplicable en el futuro, como igualmente es de esperar que lo sea buena parte de la que se ha creado bajo la vigencia del artículo 20 derogado.

La Ley de Contrato de Seguro, en este punto, en lugar de hacer una referencia a la existencia de culpa por parte del asegurador como presupuesto para que incurra en mora, emplea unos términos que, en definitiva, son semejantes, al requerir para que el asegurador incurra en mora que el resultado del incumplimiento de la obligación de satisfacer la indemnización en los plazos adecuados se deba a una conducta irresponsable del asegurador y que la causa de mora no esté justificada.

Cuando la mora esté fundada «en una causa justificada» como acontece si no están determinadas las causas del siniestro (determinación necesaria para saber si está o no comprendido dentro de la cobertura del asegurador), si se desconoce razonablemente la cuantía de la indemnización que ha de ser fijada por el asegurador, si determinadas las causas del siniestro (por ejemplo, que el incendio ha sido provocado) surgen claras sospechas de que pueda haber sido ocasionado por el propio asegurado, etc. A estos efectos cabe recordar la opinión que estima que no puede imputarse al deudor responsabilidad por los daños y perjuicios que, actuando de manera objetivamente razonable y en virtud de un error de carácter excusable, haya ignorado la existencia de la obligación, o pueda discutir, de forma no temeraria, la validez del acto de constitución de la relación obligatoria. En esta línea de pensamiento ha de tenerse en cuenta la dificultad que en el régimen del contrato de seguro se produce en ciertos casos para precisar si el siniestro por el que reclame el asegurado cae o no dentro de la cobertura prevista en el contrato.

En virtud de estas consideraciones, la jurisprudencia de la Sala Primera nos ofrece algunos supuestos en los que estima que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los intereses moratorios:

- Cuando la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la pertinencia o realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado las causas de un siniestro y esto es determinante de la indemnización o su cuantía. Cuando exista discusión entre las partes, no del importe exacto de la indemnización sino de la procedencia o no de la cobertura del siniestro. Pues bien, en el supuesto de autos, no puede estimarse que se está en presencia de esta circunstancia, pues la relación de hechos probados contenida en la sentencia impugnada acredita la imposibilidad de una discusión razonable sobre tanto lo referido a la existencia del siniestro,

como a la necesidad de su cobertura por la conducta negligente del empleado de la Compañía asegurada. Es decir, en el apartado del motivo referido a esta circunstancia no se dan las condiciones tenidas en cuenta por la jurisprudencia para la exención del pago de los intereses moratorios.

– Cuando junto a la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente para la determinación de la causa, culposa o no, de la producción del siniestro sea necesaria la decisión judicial para la fijación exacta de la cantidad a abonar el asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes. La doctrina jurisprudencial se ha orientado con carácter general, en el sentido de que el brocardo *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos muy variados en su tipología pero referentes, sustancialmente, a aquellos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuada en su aparente automatismo por la relativamente reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala al introducir importantes matizaciones en su aplicación, las que, en último término, se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma, lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuere menor que la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial.

Quedan fuera de esta aplicación de la obligación de pagar intereses moratorios en la forma establecida por esta moderna jurisprudencia, aquellos supuestos, como dice la S de 5 de marzo de 1992, «en los que la complejidad de las relaciones habidas entre las partes litigantes excluye la fácil determinación de la cantidad realmente adeudada, supuesto de excepción que concurre en este caso en que, no sólo ha sido necesaria la resolución judicial para determinar si existía o no ese deber de restitución que se reclama, sino que ha sido necesario deferir al trámite de ejecución de sentencia la fijación del *quantum* ante la imposibilidad de establecerlo en el fallo».

Por consiguiente, se dice en esta orientación jurisprudencial que la mera iliquidez no es por sí misma excusa razonable para que el asegurador pueda demorar el pago, pero sí pueden surgir circunstancias que hagan precisa la liquidación de la deuda como acontece en el supuesto de autos, en el que si bien no es preciso determinar si el siniestro está cubierto por el contrato de seguro, si lo es para cuantificar la responsabilidad del asegurador, habida cuenta de la indeterminación de la cuantía reclamada en la demanda, hasta el punto de que se deja su fijación al trámite de ejecución de sentencia.

Por tanto, la aseguradora carecía de datos para conocer la indemnización a que pudiera ser acreedora la actora pues ninguna relación tenía con ella, teniendo en cuenta, como ya se ha dicho que ni siquiera estaba determinada en el momento de la interposición de la demanda la totalidad de la indemnización debida, extremo éste que exigió análisis jurisdiccional; y análisis de

todo punto inexcusable. Y por ello la recurrente reconoce que ésta cuantía se convierte en inatacable en la sentencia dictada en la segunda instancia, de fecha 24 de julio de 1988, por lo que estima entonces como aplicable el artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro.

De todo lo expuesto resulta que la parte del motivo referida a la inaplicación de intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro a partir de la fecha del siniestro tiene que ser atendida, en virtud de la interpretación jurisprudencial que se ha hecho del precepto; y, en consecuencia, y atendiendo a lo que subsidiariamente la propia recurrente admite, los intereses moratorios han de devengarse en la fecha de fijación de la cuantía de la indemnización ocurrida en la sentencia dictada en segunda instancia. (**STS de 10 de diciembre de 2004; ha lugar.**)

HECHOS.—La actora sufrió una importante caída — a la que no fue ajeno un vigilante— en la instalación denominada «Los rápidos» del Parque Acuático *AquaPark Octopus* de Alicante. A consecuencia del accidente padeció lesiones que exigieron hospitalización, intervenciones quirúrgicas y rehabilitación posterior dejándole aún secuelas.

La demandante formuló acción de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual contra la empresa titular del parque acuático y su compañía de seguros. Las cantidades reclamadas comprendían los gastos médicos sufragados por la actora más la indemnización correspondiente a los días de incapacidad transcurridos hasta la interposición de la demanda. Solicitó también el abono de los gastos que por los anteriores conceptos se generasen con posterioridad a la interposición de la demanda más las ganancias dejadas de obtener en su actividad, todo ello a determinar en ejecución de sentencia. A lo dicho se añadía la petición del abono del interés legal de las cantidades reclamadas desde la fecha de la interposición de la demanda hasta su cumplimiento más el incremento de las indemnizaciones en un 20 por 100 de interés anual desde la fecha del accidente hasta su completo pago. La demanda fue desestimada. La Audiencia Provincial acogió en parte el recurso de apelación promovido por la actora y condenó a las demandadas al abono solidario de diez millones y medio de pesetas que devengaría, a cargo de la aseguradora, el interés legal del 20 por 100 anual desde la fecha del siniestro hasta su efectivo pago y, a cargo de la empresa titular del parque, el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda. Interpone recurso de casación la aseguradora declarando el Tribunal Supremo haber lugar. (*R. G. S.*)

74. Seguro de caución. Naturaleza y obligaciones del asegurador.— Según el Tribunal Supremo (STS de 13 de diciembre de 2000), el seguro de caución es una figura polémica con regulación legal imprecisa y con terminología criticada por la doctrina. Su configuración práctica es dificultosa, pues mientras que la estructura personal bilateral y su causa —predominantemente de garantía— le aproximan a las obligaciones fideusorias, está destinado a garantizar el incumplimiento de una obligación (riesgo asegurado) y a indemnizar, en caso de producirse el siniestro, el daño patrimonial producido, a título de resarcimiento o finalidad (interés asegurado), dentro de los

límites pactados en el contrato fijados por el artículo 68 LCS y la jurisprudencia (entre otras, SSTS de 26 de enero de 1995, 22 de septiembre de 1997, 30 de diciembre de 1998, 20 de diciembre de 1999 y 26 de febrero de 2000). Por tanto, en este seguro, el asegurador no se obliga a cumplir por el deudor principal, sino a resarcirle al acreedor los daños y perjuicios patrimoniales que le hubiera producido el incumplimiento. Se trata, pues, de una garantía frente al incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales (SSTS de 5 de junio de 1992 y 12 de marzo de 2003).

Seguro de caución. Acción derivada del artículo 68 LCS.—Es doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 7 de abril de 1992 y 12 de marzo de 2003) que el artículo 68 LCS, *in fine*, concede al asegurador una acción de reembolso frente al tomador y no una acción de subrogación en los derechos del asegurado. Por tanto, no es aplicable al seguro de caución la acción de subrogación reconocida con carácter general por el artículo 43 LCS para los seguros de daños.

Tipo de interés establecido por el artículo 20 LCS.—El elevado tipo de interés establecido por el artículo 20 LCS presenta un carácter sancionador y disuasorio, en tanto que pretende impedir que las aseguradoras dificultaran o retrasaran el pago de las indemnizaciones procedentes. Por ello, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que no ha de ser aplicado a los supuestos en los que el retraso obedezca a causa justificada o no le sea imputable a la aseguradora (SSTS de 21 de junio de 2001, 11 de mayo de 2002 y 22 de abril de 2003). (**STS de 20 de diciembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—El 11 de septiembre de 1990, mediante documento privado, una entidad constructora celebró contrato con las propietarias de un solar, las hermanas P. B., conforme al cual éstas se comprometían a transmitir a la constructora la propiedad de dicho solar a cambio de una supuesta venta de dos plazas de garaje y de todos los locales comerciales de la planta baja del edificio que se proyectaba construir sobre el mencionado solar. La transmisión se convino como libre de cargas y gravámenes, ocupantes y arrendatarios. El 1 de julio de 1991, la constructora suscribió, como tomadora, una «póliza de seguro de garantía del cumplimiento de obligaciones legales y contractuales» con *A. C. C. Seguros y Reaseguros de Caución y Crédito S. A.*, resultando aseguradas las hermanas P. B. En la póliza se recogía como objeto de la misma la garantía del pago de una indemnización, con un determinado límite máximo, por el incumplimiento por el tomador de las obligaciones asumidas por éste (concretamente, la obligación de entregar a los asegurados los mencionados locales y las dos plazas de garaje).

El 1 de agosto de 1991, las propietarias del solar transmitieron a la constructora la propiedad sobre el mismo a través de documento público. Seis meses después, la constructora constituyó una hipoteca sobre dicho solar a favor del *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, sin que conste que se lo comunicara a las hermanas P. B. El 30 de diciembre de 1992, la constructora transmitió a las hermanas P. B., mediante escritura pública de compraventa, los locales y las plazas de garaje que se había obligado a transmitirles; transmisión que se declaró que se realizaba libre de cargas y, en particular, libre de la carga hipotecaria que constaba en la parte dispositiva de la escritura pública. Pese a ello, ejecutada la garantía

hipotecaria, el *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, se adjudicó el edificio donde estaban los locales y las plazas de garaje, por lo que devino definitivamente imposible que la entidad constructora cumpliera con la obligación de entregar los citados inmuebles a las hermanas P. B.

Ante estos hechos, las hermanas P. B. formularon demanda contra la entidad constructora y *A. C. C. Seguros y Reaseguros de Caución y Crédito, S. A.*, solicitando, por un lado, que se declarase que la primera les adeudaba cuarenta millones de pesetas y, por otro lado, que se condenase a la segunda a pagar dicha cantidad, más los intereses correspondientes. La demanda fue estimada en primera instancia y *A. C. C. Seguros y Reaseguros de Caución y Crédito, S. A.* interpuso recurso de apelación frente a dicha sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, fallo contra el que interpuso recurso de casación la entidad aseguradora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*A. M. M.*)

75. Concepto de contrato de mediación o corretaje.—Como ha reiterado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, el contrato de mediación o corretaje «es un contrato innominado *facio ut des*, por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (el comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución» (STS de 4 de julio de 1994, entre otras). (**STS de 10 de noviembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—El señor F. G. T., agente de la propiedad inmobiliaria, poseía una oficina abierta al público, denominada *Property Bureau*. La señora E. T. D. se puso en contacto con esta oficina con la finalidad de que le buscasen y seleccionasen compradores para su piso, sin que su hija, la señora E. B. T. tuviera ningún conocimiento de este hecho. En diciembre de 1993, la señora R. R. C. y el señor F. G. T., como representante de la señora E. T. D., celebraron un contrato privado de compraventa sobre el citado piso, fijándose que la compradora pagaría un primer plazo del precio en 1993, otro en 1994 y el último a la firma de la escritura pública, con fecha máxima de 31 de enero de 1995. La compradora hizo efectivos los dos primeros pagos a favor de *Property Bureau*. En abril de 1994, la señora R. R. C. requirió, por vía notarial, al señor G. T., quien tenía aún en su poder las cantidades satisfechas por la compradora, que otorgase escritura pública de esa finca. Ante la negativa de entregar escritura pública, la señora R. R. C. interpuso demanda contra el señor F. G. T., la señora E. T. D. y la señora E. B. T., en la que solicitaba que se entregase la escritura pública de compraventa así como una indemnización por los daños y perjuicios obtenidos. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Fuengirola estimó en parte la demanda, absolvío a las señoras E. B. T. y E. T. D. y condenó al señor F. G. T. a la devolución de las cantidades satisfechas por la actora. La actora y el demandado condenado interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron desestimados por la Audiencia Provincial de Málaga. La demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, al considerar que

entre la señora E. T. D. y el señor F. G. T. existía un contrato de mandato, en el cual el mandatario había traspasado los límites. En instancia se consideró que en negocio jurídico entre la señora T. D. y el señor F. G. T. era un contrato de mediación, decisión que es ratificada por el Tribunal Supremo. (*M. V. V.*)

76. Doctrina acerca de la prohibición de ir contra los actos propios.— Esta doctrina impide a una persona accionar a consecuencia de un acto propio, siempre que este acto consista en la creación, modificación o extinción de un derecho y sin que en la conducta del agente exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho (SSTS de 12 de julio de 1997, 27 de enero y 17 de noviembre de 1994).

El principio de buena fe.—Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, en toda relación jurídica se debe proteger la confianza, ya que, si no fuese así, se atacaría el principio de buena fe recogido en el artículo 7 CC. Este principio se basa en una solvencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales y condena a que, cuando unas determinadas personas, han suscitado con su actuación una confianza fundada conforme a la buena fe, no debe defraudarse esta confianza y no se puede actuar de forma incompatible con ella. En este sentido, se vulnera este principio cuando se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudoso significado o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después, perjudicando a la persona a quien ese acto había creado confianza.

Concepto de contrato de corretaje.—El contrato de corretaje es un contrato atípico muy utilizado en el tráfico de la intermediación y que tiene como característica principal que el corredor no contrata con un tercero, sino que efectúa las diligencias necesarias para encontrar a una persona que cumpla con los requisitos exigidos por el principal y ponerlo en contacto con este último para que lleguen a un acuerdo. Por tanto, la función del corredor consiste en la conexión y contacto negocial entre vendedor y comprador, de modo que su relación contractual sólo se proyecta respecta a la parte que le confirió el encargo y no se exige que se dé un mandato. En el ámbito legislativo, sólo hay una regulación sectorial de este contrato sobre ciertas clases de correderos (como, por ejemplo, el Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, sobre agentes de la propiedad inmobiliaria o los arts. 14 ss. de la Ley 19/1992, de 30 de abril, de Mediación en los Seguros Privados, con relación a los correderos de seguros).

La retribución en el contrato de corretaje.—El derecho al cobro de honorarios por el corredor está condicionado al cumplimiento de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso en contra. Por tanto, el corredor adquiere el derecho al cobro de las remuneraciones acordadas cuando se perfecciona la compraventa encargada y que es el resultado de la actividad del corredor de búsqueda de adquirentes y puesta en contacto con el vendedor, ya que con la compraventa el corredor ha cumplido y agotado su actividad. Asimismo, el derecho a la remuneración no se pierde por la falta de cumplimiento del contrato, excepto pacto en contra, ni en caso de desistimiento del contrato e, incluso, el Tribunal Supremo ha afirmado que se debe pagar aunque el contrato de corretaje hubiese finalizado si el contrato fue posible gracias a la actividad del «excorredor» (SSTS de 7 de enero de 1957 o de 21 de octubre de 1965). (**STS de 5 de noviembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Los Delfines Club, S. A.*, era propietaria de un complejo de apartamentos, denominado *Los Delfines Club*, ubicados en la *Urbanización Los Delfines*. En la misma urbanización existía el *Hotel Los Delfines*, que era propiedad de la entidad *Tucisa*, de la cual era presidente el señor J. C. A., también presidente de la sociedad *Los Delfines Club*. En de noviembre de 1992, el señor J. C. A., como representante de ambas sociedades, celebró un contrato de corretaje con el señor F. O. B., en virtud del cual éste último se comprometía a realizar las gestiones necesarias para llevar a cabo la venta del hotel y del complejo de apartamentos. El corredor estableció contactos con los señores J. L. C. B. y J. S. F. y se efectuaron ofertas y contraofertas mediante fax entre ambas partes. En todos los faxes, se hacía referencia a la venta tanto del hotel como de los apartamentos. En de abril de 1993, se llevó a cabo la venta del hotel, mediante la venta de todas las acciones de la sociedad *Tucisa* a las sociedades *Togo, S. A.*, *Operadora Menorquina de Hoteles, S. A.*, *Panoramic, S. A.*, *Hotel Fil de Ferro, S. A.*, y *Cala Domingos, S. A.*, todas ellas representadas por el señor J. L. C. B. El señor F. O. B. recibió la remuneración pactada por esta operación. Una vez celebrada la compraventa de acciones, cesaron todos los miembros del consejo de administración de la sociedad *Tucisa* y se nombraron sus nuevos miembros, quienes, a su vez, nombraron al señor J. L. C. B. como representante. Además, desde su compra, el hotel pasó a ser gestionado por la entidad *Playacosta, S. A.*, que tenía como representante el señor J. L. C. B. Ese mismo mes de abril, *Los Delfines Club, S. A.*, celebró un contrato de gestión y explotación del complejo de apartamentos de su propiedad con la sociedad *Playacosta, S. A.*, para las temporadas turísticas de 1993 y 1994. En de noviembre de 1994, *Tucisa*, representada por el señor J. L. C. B. adquirió la totalidad de las acciones de la entidad *Los Delfines Club, S. A.*, de modo que se convirtió en propietaria del complejo de apartamentos. Una vez celebrado el contrato de compraventa, cesaron todos los miembros del consejo de administración de la sociedad comprada y se nombraron nuevos miembros, que eran las mismas personas que los miembros del consejo de administración de *Tucisa* y que nombraron al señor L. C. B. como representante de la sociedad.

El señor F. O. B. interpuso demanda contra la sociedad *Los Delfines Club, S. A.*, y a los antiguos accionistas de esta sociedad en las que solicitaba que se condensase a la entidad, o de forma subsidiaria a los accionistas, al pago de la comisión establecida en el contrato de corretaje por la venta del complejo de apartamentos. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ciutadella apreció las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por algunos de los demandados y desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimó, en parte, el recurso de apelación interpuesto por el demandante y condenó a la sociedad demandada y a algunos de los demandados al pago de la cantidad establecida, ya que consideró que los demandados habían infringido el principio de buena fe en la contratación. La sociedad *Los Delfines Club, S. A.*, interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, en el que alegaba que el demandante actuaba contra sus pro-

pios actos –al haber reconocido la existencia del arrendamiento del complejo cuando reclamó una comisión por el alquiler– y que la Audiencia Provincial había aplicado de forma incorrecta el principio de buena fe. El Tribunal Supremo desestima el recurso porque considera que la demandada vulneró el principio de buena fe al crear la apariencia de un arrendamiento, con la única finalidad de celebrar posteriormente una compraventa sobre la misma finca entre los mismos sujetos entre los cuales el corredor había realizado gestiones para que celebrasen una compraventa. (*M. V. V.*)

77. Presupuestos de la responsabilidad del administrador de una sociedad. Comportamiento susceptible de producir el daño indemnizable.—La llamada acción individual de responsabilidad, que pueden ejercitarse los socios o los terceros contra los administradores por actos de éstos que lesionen directamente sus intereses, presupone la concurrencia de un comportamiento, activo u omisivo, imputable al administrador y antijurídico (o como establece el art. 133, contrario a la ley, a los estatutos o realizado sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, que no es otra que la exigible a un ordenado empresario y un representante legal, según el art. 127 del mismo texto); un daño a los intereses del socio o tercero; y una relación causal que, como literalmente exige el artículo 135, debe ser directa entre el comportamiento y el resultado. Es constante la jurisprudencia al respecto (SS de 11 de octubre de 1991, 10 de diciembre de 1996, 21 de noviembre de 1997, 28 de junio de 2000, 30 de marzo de 2001 y 18 de julio de 2002).

Uno de los comportamientos aptos para producir ese daño directo en el patrimonio de un tercero consiste en la celebración de un contrato con occultación de que el endeudamiento es excesivo para las posibilidades patrimoniales de la sociedad por la que actúa el administrador, cuando finalmente la misma no cumple de modo voluntario sus obligaciones ni puede hacerlo por carecer de bienes suficientes.

Esa lesiva intromisión en la relación contractual entre las dos sociedades, como causante de un daño patrimonial directo para la demandante se afirma probada en la sentencia recurrida. En el fundamento de derecho tercero de la misma se indica que «...pese a la crisis, la entidad demandada concertó un contrato de importantes consecuencias y dimensiones económicas con la actora, siendo así que la posibilidad de venta y cobro a terceros era más bien limitada, por lo que era absolutamente previsible el que no se pudiera hacer frente a corto plazo a una deuda como la contraída...»; y también, que «...haber comprado tal cantidad de productos en un momento en el que la perspectiva de introducción en el mercado era pesimista» «y la adquisición misma de unos productos que, por sus características, sólo eran compatibles con ordenadores cien por cien IBM, lo que, como reconoce la demandada, limitaba la venta, ya que la mayoría de los ordenadores no lo son, implica una acción negligente que es achacable a los administradores...».

Doctrina del «levantamiento del velo».—La personalidad jurídica, reconocida y protegida por el ordenamiento, puede ser como cualquier otro instrumento, utilizado para el fraude y, en tal caso, aquél no permanece impasible, por más que el remedio no pueda implicar la negación de lo que constituye una sofisticada técnica de imputación de consecuencias jurídicas, que llega incluso a admitir la existencia de sociedades unipersonales (arts. 311 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 125 y ss.

de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Esta Sala, en frase muy repetida, ha penetrado en el sustrato de las sociedades para percibir su realidad, en numerosas sentencias, pero lo ha hecho justificadamente y para evitar que la personalidad se utilice como medio al servicio de un fin fraudulento, en daño de la ley aplicable o del interés de terceros. Son de destacar en esa dirección, entre otras muchas, las SS de 15 de abril de 1992, 12 de febrero y 16 de noviembre de 1993, 14 de julio y 30 de julio de 1994, 25 de abril de 2003 y 16 de septiembre de 2004.

Dicho ello, en la sentencia recurrida, tras valorar el Tribunal un conjunto de datos que se declararon cumplidamente demostrados (entre otros, la identidad de domicilio de las dos sociedades, la condición de accionista mayoritaria de *Siscomp* que ostenta *Sisbarna*, la identidad en los demás de los socios, la unidad de dirección y la calificada como patente confusión de cuentas entre ellas), declaró, como se ha dicho que *Sisbarna* fue creada para eludir las obligaciones de *Siscomp* (y de otras sociedades del grupo) y para eludir las responsabilidades patrimoniales consecuentes.

Con este supuesto de hecho, no atacado por vía adecuada, no cabe, sin hacer supuesto de la cuestión, más que considerar correctamente aplicada la doctrina que los recurrentes afirman infringida. (**STS de 27 de octubre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—La multinacional IBM acumuló en su demanda una acción de condena a la mercantil *Siscomp* al cumplimiento de un contrato de compraventa (lo que suponía la entrega del precio pactado) y las de condena a los administradores de *Siscomp* y de otra empresa denominada *Sisbarna* al cumplimiento solidario de la misma prestación, con fundamento en la normativa aplicable y en la jurisprudencia sobre la utilización de la personalidad jurídica con fines fraudulentos. El Juzgado de Primera Instancia condenó a la compradora, a los administradores y a la otra sociedad demandada. Su sentencia, recurrida en apelación por todos los demandados, fue íntegramente confirmada por la Audiencia Provincial. Recurren en casación *Siscomp*, sus dos administradores y *Sisbarna*. El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

