

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 IV
Octubre-diciembre, 2006

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2007

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://www.060.es>

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

NIPO (BOE): 007-07-012-6
NIPO (M. de Justicia): 051-07-002-9
ISSN: 0210-301-X
Depósito legal: M-125-1958

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

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Vías para la unificación del Derecho privado europeo*

STEFAN LEIBLE

Catedrático de Derecho Civil, Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado en la Universidad de Bayreuth (Alemania)

RESUMEN

La cuestión sobre la necesidad y los límites de una europeización del Derecho privado es ya centro de interés no sólo de la doctrina, sino también de los propios Gobiernos y de la Unión. En este contexto es necesario un CC europeo que abarque no sólo las obligaciones contractuales, sino también las extracontractuales, así como parte de los derechos reales. Las vías para esta unificación del Derecho privado son varias. En este trabajo se da cuenta de ellas de modo sucinto, especialmente de la preparación del denominado «marco común de referencia» y de las diversas redes de investigadores dedicadas a esta labor; muy en particular, se relatan los trabajos del «Acquis Group», al que pertenece el propio autor. Este grupo, junto con otros, participa en la elaboración de un Proyecto relativo al marco común de referencia, camino elegido por la propia Comisión. Por ello, el autor considera extraordinariamente importante que todos los sectores interesados –y esto quiere decir sobre todo la doctrina– acompañen críticamente este Proyecto, pues sólo así alcanzaríamos al final de este primer paso, en la vía de un CC europeo, un verdadero marco de referencia común coherente que pueda ser elegido también como instrumento facultativo en los contratos transfronterizos.

SUMARIO: -I. *Introducción.*-II. *Mercado Interior y Derecho Privado.*
III. *Armonización positiva y negativa.*-IV. *Problemas debidos al escalonamiento del Derecho comunitario (Mehrstufigkeit des Gemeins-*

* Versión preparada de la Conferencia pronunciada en la Universidad Pablo de Olavide el 1 de junio de 2006 en el marco de unas «Jornadas sobre Derecho Privado Europeo». Agradezco a mi colega y amigo, el Prof. Dr. Francisco Infante Ruiz, Profesor Cont. Doctor, Derecho Civil, Universidad Pablo de Olavide (Sevilla), la traducción del manuscrito al español.

chaftsrechts).—V. Necesidad y límites de la europeización del Derecho privado.—VI. Vías para un Derecho privado europeo—Un informe desde la praxis: 1. El Marco Común de Referencia (CFR). 2. Naturaleza jurídica del CFR. 3. Actuales trabajos en curso.—VII. Conclusiones.—VIII. Índice de abreviaturas de revistas citadas.

I. INTRODUCCIÓN

Las dos primeras Resoluciones del Parlamento Europeo de los años 1989¹ y 1994² en las que se expresaba la necesidad de un CC europeo fueron objeto de escasa consideración por la comunidad jurídica. La situación se ha modificado, sin embargo, muy significativamente tras las tres Comunicaciones de la Comisión Europea sobre Derecho privado europeo de 11 de julio de 2001³, 12 de febrero de 2003⁴ y 11 de octubre de 2004⁵. La europeización del Derecho privado se ha colocado entretanto en la Agenda Europea, de tal manera que en los últimos tiempos la cuestión sobre el sentido o no de un CC europeo ocupa, no ya sólo a los

¹ *Diario Oficial de la Comunidad (DOCE)* 1989, C 158/400.

² *DOCE* 1994, C 205/518.

³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre «Derecho contractual europeo», COM (2001) 398 final (*DOCE* 2002, C 241/1); cfr. al respecto VON BAR, *ZEuP* 2001, p. 799; VON BAR/LANDO/SWANN, *ERPL* 2002, p. 183; WEATHERILL, *JCP* 24 (2001), p. 339; CHARBIT, *Les Petites affiches* 2001, núm. 235.8, núm. 236.4; ídem, *JCP* 2002, I, p. 100; FAUVARQUE-COSSON, *RTDCiv.* 2002, p. 463; GRUNDMANN, *NJW* 2002, p. 393; HEUZÉ, *JCP* 2002, I, p. 152; HUET, D. 2002, *Chron.* 2611; LEIBLE, *EWS* 2001, p. 471; MALINVAUD, D. 2002, *Chron.* 2542; REMIEN, en: Kieninger/Remien (Hrsg.), *Privat- und Wirtschaftsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, 2004, p. 163; SCHULTE-NÖLKE, *JZ* 2001, p. 917; SCHWINTOWSKI, *JZ* 2002, p. 205; SONNENBERGER, *RIW* 2002, p. 489; ídem, *Rev. crit. dr. int. pr.* 91 (2002), p. 405; STAUDENMAYER, *EuZW* 2001, p. 485; ídem, *ERPL* 2002, p. 249; ídem, *ICLQ* 51 (2002), p. 673; STAUDINGER, *VuR* 2001, p. 353.

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «Un derecho contractual europeo más coherente—Plan de acción», COM (2003) 68 final (*DOCE* 2003 C 246/1). Cfr. al respecto VON BAR, en: Mansel/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, 2004, p. 1217; VON BAR/SWANN, *ERPL* 2003, p. 595; COLLINS, *ELJ* 2004, p. 787; FAUVARQUE-COSSON, D. 2003, *Chron.* 1171; VAN GERVEN, *CMLRev* 2004, p. 505; GRUNDMANN, *ELJ* 2004, p. 698; ídem, *RIW* 6/2003, la primera p.; HESSELINK, *ELJ* 2004, p. 397; JANSEN, *WPNR* 2004, p. 783; HINTZEN, *ZGS* 2003, p. 241; KNÖFEL, *ZGS* 2004, p. 26; LEIBLE, *EWS* 4/2003, la primera p., NARJOK/SCHMIDT-KESSEL, *GPR* 2003-2004, p. 5; POSCH, *WBL* 2003, p. 197; SCHMIDT-KESSEL, *RIW* 2003, p. 481; STAUDENMAYER, *EuZW* 2003, p. 165; ídem, *ERPL* 2003, p. 113; ídem, *ZGS* 2003, p. 81; ídem, *ZEuP* 2003, p. 828; ZYPRIES, *ZEuP* 2004, p. 225.

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro», COM (2004) 651 final (*DOCE* 2005, C 14/6); cfr. al respecto VON BAR, *GPR* 2005, p. 1; LANDO, *RIW* 2005, p. 1; NARJOK, *GPR* 2005, p. 54; SMITS/KORNET/HARDY, *WPNR* 2004, p. 1001; SCHMIDT-KESSEL, *GPR* 2005, p. 2; STAUDENMAYER, *EuZW* 2005, p. 103.

juristas⁶, sino también a la práctica jurídica⁷ y, sobre todo, a los Gobiernos⁸.

En realidad, se trata de clarificar las relaciones existentes entre «integración del mercado y unificación del Derecho privado». En este trabajo, en primer lugar, procederemos a realizar un primera aproximación a la cuestión, en la que se abordará, brevemente, la relación que media entre mercado interior y Derecho privado (II). Despues, concentrándonos ya en el Derecho privado, abordaremos la armonización positiva y negativa en la Unión Europea (III), para, a continuación, resaltar los problemas que resultan del escalonamiento del Derecho comunitario (IV). Luego, estudiaremos, fundamentalmente, la necesidad y los límites de la unificación del Derecho privado en la Unión Europea * (V), para continuar con las vías de unificación del Derecho privado en Europa, destacando los aspectos más relevantes desde el punto de vista de la práctica (VI), y finalizaremos con algunas conclusiones (VII).

II. MERCADO INTERIOR Y DERECHO PRIVADO

Conforme al artículo 3, apartado 1.^º, letra c), del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea pertenece a la actividad de la Comunidad la construcción de un mercado interior, es decir, un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, prestaciones y capital quede garantizada desde la perspectiva de los designios del Tratado Constitutivo. El mercado interior no se agota sin embargo con la desaparición de los obstáculos que impiden el tráfico libre. El objetivo de alcanzar un mercado interior implica la eliminación de toda barrera relevante del mercado entre los Estados miembros, y la necesaria armonización de los condicionamientos de la competencia, con el fin de asegurar un sistema de competencia no falseado (integración del

⁶ Cfr. sobre la europeización del Derecho privado, por todos, FRANZEN, *Privatrechtsangleichung durch die europäische Gemeinschaft*, 1999; FURRER, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext*, 2000; GEBAUER, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, 1998; LEIBLE, *Wege zu einem europäischen Privatrecht*, Bayreuther Habilitationsschrift, 2001; RIESENHUBER, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, 2003; SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, 2002.

⁷ Cfr. por ejemplo en relación con la Asociación Federal de la Industria Alemana [Bundesverband der deutschen Industrie (BDI)] WIESNER, *DB* 2005, p. 871.

⁸ A modo de ejemplo la Ministra alemana de Justicia ZYPRIES, *ZEuP* 2004, p. 225.

* Nota del traductor: Literalmente: *Privatrechtsvereinheitlichung*; concepto diferente a *Rechtsangleichung* (armonización jurídica) o *Rechtsharmonisierung* (idem), expresiones que suponen simplemente un acercamiento del Derecho de los Estados, pero nunca una identidad total de las normas jurídicas.

mercado). Se aspira, pues, a «una eliminación de todos los obstáculos en el mercado intracomunitario con el objetivo de una fusión de los mercados nacionales con vistas a un mercado único»⁹.

Para conseguir este objetivo de integración del mercado se abren tres caminos diferentes¹⁰. En un primer plano se sitúa la «armonización jurídica a través de las libertades básicas»* (conocida doctrinalmente como «armonización jurídica negativa»)¹¹. Ésta se caracteriza por la realización del «principio del país de origen» que fue desarrollado por la jurisprudencia proveniente del «caso Cassis», lo que supone un reconocimiento mutuo entre los Estados de productos y estándares de calidad¹². En segundo lugar, en los casos en los que no es posible el reconocimiento mutuo, o por otros motivos es necesario el desarrollo de una actividad legislativa (eliminación de las distorsiones de la competencia), nos encontramos con la acción del Derecho comunitario para la armonización o unificación de los Derechos nacionales («armonización positiva»). Y en tercer lugar, el anhelado desmantelamiento de los controles fronterizos por razones de policía (protección de la salud, inmigración ilegal, persecución de delitos), que adquiere, en parte, un estatuto especial, cuestión sin embargo que aquí y ahora no tiene mayor interés.

¿En qué relación se encuentran ahora la integración del mercado y el Derecho privado? La respuesta es realmente fácil: se condicionan el uno al otro. Así pues, sin Derecho privado y, especialmente, sin Derecho contractual, no son posibles las actividades económicas transfronterizas y tendría que descartarse la salvaguardia de las libertades básicas. Quien, por ejemplo, desee distribuir sus mercancías en toda la Comunidad, no tiene más remedio que concluir contratos con sus clientes y, también, tiene que poder traspasarles de algún modo las mercancías; quien quiera ejercer esta actividad, no solo, sino con otros conjuntamente, debe tener la posibilidad de poder fusionarse en la correspondiente organización de personas (sociedades), etc. Por lo tanto, el ejercicio de los derechos que se garantizan como libertades básicas requiere, no sólo

⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Res. 15/81, sentencia de 9 de mayo de 1982, *Gaston Schul*, Slg. 1982, 1409 Marginal. 33.

¹⁰ Cfr. con ulteriores ejemplos LEIBLE, en: Streinz (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2003, art. 14 EGV, Marginales 16 ss.

* Nota del traductor: En alemán, *Grundfreiheiten*; la doctrina alemana habla de «libertades básicas» para referirse a la libertad de circulación de personas, bienes y servicios en el mercado intracomunitario.

¹¹ Especialmente sobre el Derecho privado KÖRBER, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, 2004; LEIBLE (nt. 5), § 4; REMIEN, en: Kieninger/Remien (nt. 3), pp. 178 ss., pp. 259 ss.

¹² Cfr. para ulteriores ejemplos LEIBLE, en: Nordhausen (Hrsg.), *Neue Entwicklungen in der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit*, 2002, pp. 71 ss.

que en general existan reglas que aseguren la posibilidad del tráfico jurídico entre los particulares, sino también que éstos puedan conformar las relaciones jurídico-privadas con una amplia autonomía. La autonomía privada y la libertad contractual, en cuanto el elemento más importante derivado de ella, no son sólo, por esta razón, el fundamento común de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹³ sobre el que se asienta tácitamente el Derecho comunitario¹⁴, sino también una *condicio sine qua non* para el ejercicio de las libertades básicas y, en consecuencia, del mercado interior europeo¹⁵. Por lo tanto, un mercado interior comprometido con el principio de una economía de mercado abierta con libre competencia es, sin la autonomía privada, algo impensable.

III. ARMONIZACIÓN POSITIVA Y NEGATIVA

El Derecho privado nacional y las libertades básicas entran en conflicto siempre que el espacio de autonomía privada admitido por el legislador nacional no se alcance de manera suficiente como para hacer posible la completa salvaguarda de aquéllas. En el caso de que las normas jurídicas de contenido privado no pudieran ser objeto de libre disposición por las partes, simplemente por este motivo, nos encontraríamos ante una limitación generalizada de las libertades básicas. Por el contrario, el Derecho dispositivo no es en un principio ningún impedimento para una adecuada libertad de circulación. El Derecho imperativo será un límite solamente en aquellos casos en que no sea posible elegir la legislación aplicable¹⁶.

La posibilidad de limitar la autonomía privada y la necesaria justificación que para ello se requiere son limitaciones conjuntas a la libertad de tráfico privado que conducen a una dificultad de acceso al mercado o que la hacen sencillamente imposible. Requieren una justificación todos aquellos preceptos que, mediante las condiciones que se imponen a los contratos, llegan a definir y configurar el mismo producto que se va a comercializar. Es el caso de los contratos de seguro, pero también, por ejemplo, de los complejos contratos bancarios. Igualmente necesitan de una justificación los patrones de responsabilidad por productos o servicios

¹³ RITTNER, JZ 1990, p. 838 (p. 842); MÜLLER-GRAFF, in: Müller-Graff/Zuleeg, *Staat und Wirtschaft in der EG*, 1987, p. 17.

¹⁴ HOMMELHOFF, AcP 192 (1992), p. 71 (p. 105).

¹⁵ VON WILMOWSKY, JZ 1996, p. 590 (p. 591).

¹⁶ Detallado sobre esto TASSIKAS, *Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmebereiche der EG-Grundfreiheiten*, 2004.

y, al fin y al cabo, el *numerus clausus* de los derechos reales. Por el contrario, las meras regulaciones relativas a las transacciones habrán de considerar como un obstáculo potencial generalmente decreciente, que sólo de manera excepcional podrían conducir a una específica dificultad para las actividades de ofertas o demandas transfronterizas.

En el plano de la justificación contamos desde un principio, con los conocidos «motivos legitimadores» (*Rechtfertigungsgründe*) derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, que frecuentemente se han utilizado también para el Derecho privado. Además, están también los genuinos intereses relativos al orden del Derecho privado; sin embargo, éstos no se asumen o aceptan sin reservas, sino que requieren que sus consecuencias sean ponderadas. Esto conduce a un control racional del Derecho privado.

Este control de racionalidad no surte efecto apropiadamente si no se produce en la aplicación nacional del Derecho privado; pues, según el principio de interpretación conforme al Derecho primario, las formulaciones de los Derechos nacionales tienen que interpretarse de modo que resulten conformes con el Tratado de la Comunidad Europea y los principios del Derecho comunitario¹⁷. Al igual que ocurre con la interpretación del Derecho secundario, en la aplicación del Derecho de los Estados miembros, cuando tiene rango prioritario en el ámbito estatal, rige el principio de interpretación conforme al Derecho primario. Si existen varias interpretaciones posibles, se eliminarán aquellas que rebasen los límites del Derecho primario. En el caso de que sólo sea posible una interpretación, se elegirá ésta. En el supuesto de que se puedan realizar varias interpretaciones, el principio de prioridad estricta se convierte, simple y llanamente, en una regla de preferencia, prevaleciendo, entonces, aquella interpretación que concuerde mejor con los principios de Derecho primario. Si no se llega a una solución dentro de los límites mostrados por el Derecho primario, puede todavía intentarse la aplicación de este último con la ayuda de los criterios de interpretación del Derecho nacional, en cuyo caso aquél acaba imponiéndose evitando la aplicación de la regla nacional¹⁸.

De mucho mayor alcance que la influencia del Derecho primario son las repercusiones derivadas del Derecho comunitario

¹⁷ Más detalles sobre la interpretación conforme al Derecho privado con ulteriores ejemplos LEIBLE, en: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre. Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts*, 2006, § 6 (pp. 116-138).

¹⁸ TJCE, Res. 186/96, sentencia de 7 de julio de 1998, *Murphy*, Slg. 1998, 673, 690 Marginal 11.

secundario en los diversos sistemas jurídicos de los Estado miembros. Los Derechos privados nacionales se impregnán de una tupida red de actuaciones comunitarias derivadas del Derecho secundario, cuya descripción no parece necesaria que la abordemos en este momento¹⁹.

IV. PROBLEMAS DEBIDOS AL ESCALONAMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO [MEHRSTUFIGKEIT DES GEMEINSCHAFTSRECHTS]

Joerges, recurriendo a los postulados de la ciencia política²⁰, ha descrito Europa como un sistema de varios niveles (*Mehrebenensystem*)²¹. Esta caracterización es analíticamente acertada. El Derecho privado ya no proviene de diversos bloques nacionales, monolíticos y estructurados, sino que se erige sobre varias capas. Junto con los niveles de regulación nacional se colocan los supranacionales, y ambos, a diferencia del pasado, se complementan gracias al Derecho internacional uniforme. Puesto que ninguno de estos niveles es completo, se entrelaza una red de relaciones más compleja, que coloca al operador jurídico frente a problemas considerables.

Esto es especialmente evidente en el caso del Derecho privado europeo. De una parte, el Derecho comunitario se integra con la aplicación directa de los Reglamentos comunitarios y de algunos preceptos de Derecho primario con eficacia directa en las relaciones jurídico privadas. De otra parte, se debe tener en cuenta la influencia de las libertades básicas, no en su aplicación positiva, sino en la negativa, es decir, en su capacidad para crear estándares que limitan la aplicación del Derecho nacional privado. Éstos, sin embargo, no son siempre fáciles de reconocer, sobre todo porque la falta de jurisprudencia relativa al núcleo del Derecho privado provoca que no estén totalmente perfilados.

La creación de estándares positivos compromete, igualmente, a las Directivas desde la perspectiva de la armonización activa o reactiva. Su manejo en la fase de transposición plantea problemas específicos. La obligación de transposición establecida en el Tratado de la Comu-

¹⁹ Más precisos, por ejemplo, GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, 1999; HEIDERHOFF, *Gemeinschaftsprivatrecht*, 2005; RIESENHUBER, *Europäisches Vertragsrecht*, 2003.

²⁰ Cfr. SCHARPF, *Journ. Eur. Publ. Pol.* 1 (1994), p. 219 (pp. 238 s.); ídem, *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft* 8 (1995), p. 351; WEILER, *The Constitution of Europe*, 2000, pp. 344 ss.

²¹ JOERGES, *ELJ* 3 (1997), p. 378; ídem, en: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, p. 205 (pp. 206 ss).

nidad, así como el deber de proceder a su cumplimiento mediante una interpretación lo más conforme a la Directiva, constituyen las líneas de conexión de los Derechos europeos y nacionales²². Estas obligaciones se complementan con el instrumento previsto en el Derecho privado de eficacia inmediata de la Directiva²³, aunque tan sólo en una extensión limitada; y, finalmente, con la garantía de un mínimo por la eventual responsabilidad del Estado²⁴.

Este escalonamiento del Derecho privado comunitario²⁵, es decir, su integración en el Derecho transnacional y en la multiplicidad de los Derechos nacionales, requiere el desarrollo de un Derecho de la colisión en el mercado (*Binnenmarktkollisionsrecht*), o sea, se hace necesaria una «constitución para el juego conjunto de los ordenamientos jurídicos en el mercado interior»²⁶. Los elementos fundamentales de éste están siendo elaborados por parte de la doctrina. Ahora bien, si se insiste en el modelo descrito y se ahonda en la diferencia²⁷, no podrá entonces evitarse lo siguiente:

²² Cfr. las monografías de BRECHMANN, *Die richlinienkonforme Auslegung*, 1994; KLAMERT, *Die richlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts*, 2001; además, por ejemplo, HERRMANN, *Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung*, 2003.

²³ Cfr. al respecto para más ejemplos HARTISCH, *Die unmittelbare Wirkung von Richtlinien in dreipoligen Rechtsverhältnissen*, 2003; RÖRIG, *Die Direktwirkung von Richtlinien in Privatrechtsverhältnissen*, 2001.

²⁴ La literatura publicada en Alemania sobre este tema es inabarcable. Cfr. por ejemplo las monografías de ALBERS, *Die Haftung der Bundesrepublik Deutschland für die Nichtumsetzung von EG-Richtlinien*, 1995; ALONSO GARCIA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, 1997; BINIA, *Das Francovich-Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Kontext des deutschen Staatshaftungsrechts*, 1998; CLASSEN, *Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien*, 1999; COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, 1995; CORNILS, *Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch*, 1995; DIEHR, *Der Staatshaftungsanspruch des Bürgers wegen Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch die deutsche öffentliche Gewalt*, 1997; GEIGER, *Der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Staatshaftung*, 1997; GRATIAS, *Staatshaftung für fehlerhafte Banken- und Versicherungsaufsicht im Europäischen Binnenmarkt?*, 1999; HENRICH, *Haftung der EG-Mitgliedstaaten für Verletzung von Gemeinschaftsrecht*, 1995; HIDRIEN, *Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der EU-Mitgliedstaaten*, 1999; HURST, *Die Entwicklung und Ausgestaltung des europarechtlichen Staatshaftungsanspruchs durch den EuGH*, 2002; PREISS-JANKOWSKI, *Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung im Lichte des Bonner Grundgesetzes und des Subsidiaritätsprinzips*, 1997; SELTENREICH, *Die Francovich-Rechtsprechung des EuGH und ihre Auswirkungen auf das deutsche Staatshaftungsrecht*, 1997; UKROW, *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH*, 1995, 273 ss.; VRBA, *EU-Recht-Handbuch Staatshaftung*, 1997; WOLF, *Die Staatshaftung der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik für Verstöße gegen das Europäische Gemeinschaftsrecht*, 1999; ZENNER, *Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Anwendung europarechtswidriger Normen*, 1995. Una recopilación de sentencias muy actualizada de la Corte de Justicia Europea y de tribunales nacionales sobre la responsabilidad del Estado en el Derecho comunitario (incluyendo indicaciones sobre el proceso del TJCE) está a cargo de BETLEM/ SCHISSLWOHL y se encuentra en Internet: <http://www.eel.nl/dossier/francovi.htm>.

²⁵ Cfr. al respecto también REMIEN, *RabelsZ* 62 (1998), p. 627 (pp. 630 ss.).

²⁶ GRUNDMANN, *RabelsZ* 64 (2000), p. 457 (p. 459).

²⁷ In extenso FURRER, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext. Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht*, 2000.

El «régimen de varios niveles» (*Mehrebenen-Regime*) conduce a tal grado de complejidad a la hora de aplicar el Derecho que puede provocar que se cuestione el valor de la armonización jurídica que se ha logrado. Si los métodos requeridos para la aplicación del Derecho son tan exigentes y requieren de unos amplios conocimientos –sobre Derecho europeo, Derecho comparado, Derecho de los conflictos de leyes– ocurrirá que sólo podrán ser aplicados, en la mayoría de los casos, por especialistas, por lo que debemos preguntarnos entonces acerca del sentido y, sobre todo, de las soluciones y alternativas.

Pero el «sistema europeo de varios niveles» no sólo conduce a una complejidad metodológica, sino que provoca igualmente divergencias materiales. Cuando los diferentes actores se comportan de manera relativamente autónoma, en caso de una armonización fallida, se producen resultados diferentes en la creación del Derecho. Consecuencia forzosa de esto son las tensiones que se provocan por la reprobación dogmática dentro de los sistemas nacionales de Derecho privado. La coherencia normativa, característica hasta ahora de los sistemas nacionales de Derecho privado, tampoco se puede salvaguardar de manera completa con una mejor coordinación de la actividad legislativa en los diferentes niveles particulares.

Relacionado con lo anterior están los divergentes objetivos de los actores. Mientras que los Derechos privados nacionales responden aún a la idea de conseguir un intercambio justo, en el Derecho privado comunitario es prioritaria la seguridad en el funcionamiento del mercado mediante la abolición de los obstáculos al tráfico comercial y la consecución de una competencia no falseada. En la medida en que esta divergencia conduce a disonancias apreciables, debemos plantearnos el sentido de la armonización jurídica, y aún más la posibilidad de equiparar los diversos principios de la regulación.

Estas tensiones podrían mitigarse a través de la jurisprudencia, siempre y cuando la misma explotase todas sus posibilidades, llenando los vacíos existentes en virtud de un proceso discursivo, con el fin de abatir la intolerancia para llegar a un todo armonioso que tenga fundamento. Pero también aquí se constata el incompleto engranaje en los niveles jurídicos particulares. Mientras los operadores activos se comporten con un amable desinterés, no podremos esperar ningún progreso. Resulta necesaria una implicación más intensa de la dogmática nacional, ante los crecientes problemas generados por aquélla, a través de un análisis más profundo con criterios comunitarios; como a la inversa, un reforzamiento del proceso de europeización a través de los tribunales civiles nacionales. Sin una cooperación eficiente entre los tribunales nacionales y

el Tribunal de Justicia de la Comunidad, quedarán en papel mojado todos los esfuerzos para mejorar el proceso de europeización del Derecho privado²⁸.

A largo plazo, todo lo dicho puede llegar a amenazar el sistema interno, la unidad y el orden del Derecho privado de los Estados miembros, sin que en su lugar se coloque un nuevo sistema comunitario. Debido a las limitadas competencias funcionales de la Comunidad Europea en materia de Derecho privado, el Derecho privado comunitario sólo se puede desarrollar, de manera muy paulatina, desde lo especial a lo general, con lo que será «puntillista» en los próximos años. La fricción entre los distintos niveles que la situación provoca, nos lleva a un importante desgaste a la hora de aplicar el Derecho y a costes demasiado crecientes. Por lo tanto, es cuestión prioritaria el que abordemos la necesidad y los límites de una europeización del Derecho privado, de la que a continuación expondré los métodos existentes y las ventajas y desventajas relacionadas con ellos²⁹.

V. NECESIDAD Y LÍMITES DE LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Un mercado interior, si ha de funcionar óptimamente, no puede desenvolverse sin un Derecho común. Esto vale, debido a su eficacia constitutiva del mercado, aún en mayor medida para el Derecho civil. El Derecho civil común en Europa evita las limitaciones de las libertades básicas, reduce las distorsiones de la competencia y aminora los costes de transacción.

Para la elaboración de un Derecho privado unificado no son obstáculos el eventual déficit democrático de la Comunidad Europea, ni la diversidad de lenguas y culturas jurídicas en Europa o los diversos fundamentos del sistema de la competencia³⁰. En relación con estos *topoi*, se ha de actuar con criterios amplios a fin de seleccionar los instrumentos más idóneos para la creación del Derecho privado unificado, teniendo en cuenta muy especialmente las diversas posibilidades desde una perspectiva legislativa.

El sistema de competencias diseñado por el Tratado de la Comunidad permite hoy en día a la Comunidad una equiparación o

²⁸ Cfr. también sobre esto LEIBLE, en: Martiny/Witzleb (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, 1999, pp. 53 ss.

²⁹ Detallado sobre esto LEIBLE, en: Furrer (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, 2006, p. 5 (pp. 15 ss.).

³⁰ Más preciso LEIBLE, *loc. cit.*

unificación de los Derechos privados de los Estados miembros en numerosos campos. Una actividad que agote todas sus posibilidades no es aún viable. En especial, no sería posible la promulgación de un CC europeo o una completa codificación del Derecho contractual europeo con fundamento en las normas competenciales previstas en el artículo 95 o en cualesquiera otras del Tratado de la Comunidad³¹. Esta constatación no debe hacer olvidar, sin embargo, esta idea: Si existe la voluntad política, se podrá llegar con seguridad a una norma europea que otorgue competencia para promulgar el Código.

No obstante, previamente se deben abordar, con mayor profundidad de como hasta ahora se ha venido desarrollando, las diferentes alternativas para la unificación jurídica. Se hace referencia, sobre todo, a los *restatements* y a las *Leyes modelo*, así como al desarrollo de los *soft laws* independientes de los Estados que se ponen a disposición a los participantes en la vida económica.

Además, es necesario contar con un sistema de referencia a través de un CC europeo aplicable a las relaciones transfronterizas y que pueda servir como Derecho elegido por las partes. Limitar el contenido de este Código al ámbito del Derecho contractual parece, pues, inadecuado. Debería incluirse en el mismo el Derecho de las obligaciones extracontractuales, así como una parte del Derecho de cosas³². En su formación material tendría que contemplarse no sólo el *Common Core* ya indagado a través de la comparación jurídica valorativa, sino también con más firmeza de como se ha hecho hasta ahora³³ (ejemplo: los *Principles of European Contract Law*)³⁴ el *Acquis Communautaire civil*³⁵.

Ambas perspectivas exigen un trabajo sistemático y comparativo, y la preparación del material jurídico existente. Esta labor sólo puede ser desarrollada por la doctrina, que deberá asegurarse el contar con el soporte de personas con probidad científica. Con el fin de focalizar los trabajos requeridos, se necesitaría de una institución mandataria de carácter privado, es decir, un instituto legal europeo

³¹ Más preciso LEIBLE (nt. 5), § 10.

³² Ibídem VON BAR, en: Mansel/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, 2004, p. 1217 (pp. 1221 ss.).

³³ Cfr. sobre la inobservancia del acervo comunitario en el ámbito de la protección civil del consumidor a través de los *Principles of European Contract Law*, MICKLITZ, *JCP* 27 (2004), p. 339; ídem, *ZVglRWiss* 103 (2004), p. 88.

³⁴ Cfr. LANDO/BEALE (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, 2000; LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN, *Principles of European Contract Law*, Part III, 2003. Una traducción española de las Partes I y II con explicaciones se encuentra en DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, 2002.

³⁵ Ibídem GRUNDMANN, en: Mansel/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, 2004, p. 1259 (pp. 1263 ss.).

independiente de los Estados miembros³⁶ que, por lo menos, coordine –todavía mejor que integre– la actividad de los numerosos grupos científicos de carácter privado existentes hasta este momento con vistas a una unificación del Derecho privado en Europa³⁷. El sistema seguido hasta ahora, de adjudicaciones mediante mandatos a grupos de investigadores, no parece el más adecuado para garantizar una imprescindible transparencia en el proceso de elaboración de tal sistema de referencia.

Por lo demás, no se debe olvidar que el Derecho civil, si bien es cierto que constituye un elemento importante de la integración del mercado, no es, sin embargo, por sí sólo suficiente para la armonización o unificación del Derecho privado. De un lado, porque el mercado necesita de una limitación hacia fuera. Esto exige una unificación del Derecho internacional privado (Roma I-IV)³⁸. Y, de otra, porque es difícilmente imaginable un CC europeo sin el «flanco procesal», o sea, es necesario una europeización del Derecho procesal civil³⁹. La experiencia histórica nos muestra que la armonización del Derecho procesal ha ido siempre al lado de la unificación del Derecho privado o incluso la ha precedido (Alemania, Francia, España). De este modo Suiza se ha decidido por una estrecha conexión entre Derecho material y procesal con la promulgación de un «Código procesal suizo» (*Schweizerische Zivilprozessordnung*).

VI. VÍAS PARA UN DERECHO PRIVADO EUROPEO. UN INFORME DESDE LA PRAXIS

Hasta ahora nos hemos desenvuelto en una «superestructura» teórica. Pero la Comisión Europea ha hecho bien las cosas tras las tres Comunicaciones sobre el Derecho contractual europeo. Me gustaría, por ello, a continuación, informar brevemente sobre los trabajos en curso a nivel comunitario⁴⁰.

³⁶ Cfr. LEIBLE (nt. 6), § 12 C II 3; SCHMID, en: Heiskanen/Kulovesi (Hrsg.), *Function and Future of European Law*, 1999, p. 75 (pp. 85 ss.); DERS., *Ways Out of the Acquis Communautaire*, 1999, pp. 20 ss.; ibídem (desde el punto de vista del Derecho de empresa) EBKE, Int'l. Lawyer 31 (1997), p. 961 (p. 985); ídem, en: Hübner/Ebke (Hrsg.), *Festschrift für Bernhard Großfeld*, 1999, pp. 189 ss.

³⁷ Resumen en WURMNEST, *ZEuP* 2003, p. 714; Para más detalles RIEDL, *Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa: wissenschaftliche Initiativen im Prozess der Privatrechtseuropäisierung*, 2004; cfr. además, por ejemplo, PFEIFFER, *EWS* 2004, p. 98.

³⁸ Con vistas a tales proyectos de la UE, cfr. WAGNER, *NJW* 2005, 1754.

³⁹ Más preciso al respecto LEIBLE, en: Müller-Graff (Hrsg.), *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, 2005, pp. 55, 71.

⁴⁰ Resumen también en VON BAR/SCHULTE-NÖLKE, *ZRP* 2005, p. 165; FRICKE, *VersR* 2005, p. 1474.

1. EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA (CFR)

El Objetivo declarado por la Comisión es la formulación del llamado «Marco Común de Referencia» (*Common Frame of Reference*). A la Comisión le gustaría recurrir a este CFR para hacer propuestas de mejora sobre la calidad y la coherencia del Derecho contractual europeo ya existente, y para la elaboración de futuros patrones para la unificación del Derecho privado. Se espera que el CFR contenga definiciones claras de conceptos jurídicos, principios fundamentales y preceptos-modelo coherentes del Derecho contractual, que se asiente en el acervo comunitario (*Acquis Communautaire*) y en las soluciones empíricas de los problemas provenientes de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Se espera además que el CFR sea invocado en el momento de la incorporación de las Directivas comunitarias al Derecho nacional. El CFR podría servir también de modelo para el legislador estatal cuando tenga que abordar en su ámbito el Derecho contractual.

Una ulterior función⁴¹, que fue propuesta, en particular, por el Parlamento Europeo, sería la utilización del CFR en los procedimientos arbitrales. Así las cortes arbitrales podrían recurrir al CFR para encontrar la solución objetiva y ponderada en los conflictos entre las partes contratantes.

La Comisión además propone que el CFR se incorpore a los contratos concluidos con sus contrapartes contractuales. Igualmente, según la opinión de la Comisión, otros órganos e instituciones podrían hacer uso del CFR en la celebración de los contratos con terceros.

En último lugar, podría el CFR servir al Alto Tribunal Europeo como punto de partida para la interpretación del Derecho contractual de la Comunidad, sobre la base del acervo comunitario y de las soluciones indagadas y probadas como bien común del Derecho contractual de los Estados miembros.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CFR

Uno de los puntos más espinosos es seguramente el de la naturaleza jurídica del CFR. Actualmente la Comisión sostiene la opinión de que el CFR tiene que ser un instrumento de carácter no obligatorio. Sin embargo, la Comisión considera relevante que

⁴¹ Cfr. al respecto la Resolución del Parlamento Europeo sobre «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro», A6-0055/2006.

el CFR sirva de base para la preparación de un instrumento jurídico facultativo. Una ojeada a la «Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)»⁴² deja bien clara la senda por la que se quiere ir.

El artículo 3, párrafo 1.^º, de la Propuesta describe el principio de libre elección de la legislación aplicable como principio clave. Para fortalecer más la autonomía privada, el párrafo 2.^º autoriza a las partes a elegir como legislación aplicable un Derecho no estatal. La expresión exacta del precepto planeado dice:

«Las partes también podrán elegir como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria.»

En la Exposición de Motivos se advierte al respecto que la formulación elegida tiene por objeto autorizar, en particular, la elección de los principios de UNIDROIT, los *Principles of European Contract Law* o un eventual instrumento comunitario facultativo. Con ello la Comisión pone de relieve sus verdaderas intenciones. Al CFR debe corresponder en un primer paso la calidad de Derecho aplicable a elección de las partes del contrato. Por ello, en las propias palabras de la Comisión, el denominado instrumento facultativo tiene que resultar una solución, lo cual yo mismo he promocionado desde hace tiempo⁴³.

3. ACTUALES TRABAJOS EN CURSO

¿Entretanto qué progresos han hecho los trabajos sobre el CFR?

a) Red de investigaciones.

En este tiempo se ha fundado una Red de investigaciones, la llamada «*Joint Network on European Private Law*» («Red Conjunta sobre el Derecho Privado Europeo»), que como «Red de Excelencia» («*Network of Excellence*») es financiada con 4,3 millones

⁴² COM (2005) 650 final. Cfr. acerca de esto BITTERICH, *RIW* 2006, p. 262; FRICKE, *VersR* 2006, p. 745; HEISS, *VersR* 2006, p. 185; JUNKER, *RIW* 2006, p. 401; KIENINGER/SIGMAN, *EuLF* 2006, I-1; LEIBLE, *IPRax* 2006, p. 365; ídem, *EuZ* 2006, p. 78; MANKOWSKI, *IPRax* 2006, p. 101; ídem, *ZVglRWiss* 105 (2006), p. 120; SCHÄFER, *GPR* 2006, p. 54.

⁴³ LEIBLE, *EWS* 2001, p. 471 (p. 478); ídem, en: Leible (Hrsg.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht. Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse* (2004), p. 7; ídem, en: Mansel/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme* (2004), p. 485 (p. 491). Tambien, por ejemplo, ROTH, Mansel/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme* (2004), pp. 757 ss.

de euros por el sexto programa de ayuda a la investigación de la Unión Europea. La fundación de esta «*CoPecl*⁴⁴ Network of Excellence» tuvo lugar en mayo de 2005. La Red engloba numerosas universidades, instituciones y otras organizaciones, junto con más de *ciento cincuenta* investigadores provenientes de todos los Estados miembros. La Red está sostenida, en esencia, por los diferentes y en parte mejores grupos ya existentes.

Se trata de:

- el *Study Group on European Civil Code*⁴⁵,
- el *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis-Group)*⁴⁶,
- el *Project Group on the Restatement of European Insurance Contract Law (Insurance Group)*⁴⁷,
- la *Association Henri Capitant*⁴⁸, junto con la *Société des Législation Comparée* y el *Conseil supérieur du Notariat*,
- el *Common Core Group*⁴⁹,
- el *Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules (Economic Impact Group)*⁵⁰,
- el *Data Base Group*, y
- la *Academy of European Law (ERA)*⁵¹.

La tarea de esta Red de investigaciones es preparar un «CFR» para el Derecho contractual europeo. La propuesta tiene que presentarse en forma de principios, los llamados *Common Principles of European contract law*, abreviadamente «*CoPecl*». En ellos han de contenerse definiciones, principios generales y reglas jurídicas. Tienen que completarse con comentarios y referencias de Derecho comparado. También se prevé una evaluación de su repercusión económica y filosófica-jurídica. Finalmente, también se ha pensado en que las reglas propuestas tendrán que ilustrarse con la ayuda de supuestos prácticos.

⁴⁴ <http://www.copecl.org> (Nota del traductor: Estas siglas significan «Principios comunes de Derecho contractual europeo»).

⁴⁵ <http://www.sgecc.net>; cfr. tambien VON BAR, en: Gottwald/Jayme/Schwab (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Henrich*, 2000, pp. 1 ss.

⁴⁶ <http://www.acquis-group.org>; cfr. tambien SCHULTE-NÖLKE/VOGEL, *EuR* 2002, p. 750; SCHULTE-NÖLKE, ZEuP 2002, p. 893; ídem, ZGS 2002, p. 261; SCHULZE, ERPL 2005, p. 3; ídem, GPR 2005, p. 56.

⁴⁷ <http://www.restatement.info>.

⁴⁸ <http://membres.lycos.fr/HenriCapitant>.

⁴⁹ <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core>; cfr. al respecto, por ejemplo, BUSSANI/MATTEI, *Making European Law. Essays on the «Common Core» Project*, 2000; ídem, *Col. J. Eur. L.* 3 (1997/98), p. 339 ss.; CARTWRIGHT, ZeuP 1999, p. 989; KÖTZ, *Hastings Int'l. & Comp. L. Rev.* 21 (1998), p. 803.

⁵⁰ <http://www.tilburguniversity.nl/tilec>.

⁵¹ <http://www.era.int>.

b) CFR-Net.

El trabajo de esta Red de investigación se articula a través de una Red construida por prácticos, la llamada CFR-Net⁵². La elección de los expertos que forman parte de esta Red sigue cuatro criterios: diversidad de la tradición jurídica, ponderación de los intereses científicos, pericia y compromiso. Hoy en día pertenecen a la Red 177 miembros, que constituyen un buen perfil de los diversos Estados miembros y de los grupos profesionales.

La CFR-Net ha asumido su trabajo con motivo de una Conferencia que tuvo lugar el 15 de diciembre de 2004. Durante el proceso de investigación conjunta el trabajo de la red se nutre con los comentarios de los grupos de investigación, los cuales se discuten a través del sistema de *Workshop* y en una *Website* especial. Hasta ahora se han seleccionado 32 temas que hasta fines de 2007 tienen que ser debatidos.

La coordinación de los miembros de la CFR-Net en los trabajos de investigación se realiza en la actualidad de la forma siguiente.

Antes del *Workshop* se colocan los proyectos de trabajo en una *Website* especial. A aquellos miembros de la CFR-Net que han mostrado interés por un tema concreto se les encarga leer el proyecto y comentarlo.

Después del *Workshop* se pide a los expertos de la CFR-Net que realicen su trabajo de discusión por escrito. La Comisión emana un informe que refleja los comentarios de los miembros de la Red, sus trabajos escritos y las reacciones de la ciencia jurídica. En estos informes se concretan las cuestiones políticas que se han suscitado, en especial aquellas que son relevantes para el Derecho de consumo o que representan cuestiones generales.

Los expertos científicos tienen seis meses para elaborar sus respuestas a los comentarios preparados en la Comisión informativa, teniéndolos en cuenta en la preparación de sus proyectos o, en caso de que su opinión sea otra, deberán especificar el porqué no los tienen en cuenta.

En este tiempo han tenido lugar numerosos *Workshops*, por ejemplo, sobre los contratos de servicios, la gestión de negocios sin mandato, el enriquecimiento injusto, el concepto y las funciones del contrato o conceptos de consumidor y empresario.

⁵² Cfr. al respecto, por ejemplo, el dictamen de JEEP/VOSSIUS, notar 2005, 101; muy crítico respecto a la CFR-Net, LANGHEIN, notar 2005, p. 119.

c) La Red de expertos de los Estados miembros.

Además, hay que añadir la Red de expertos-CFR de los Estados miembros. Ésta se compone de expertos que han sido nombrados por los propios Estados miembros. La Red asumió su trabajo el 3 de diciembre de 2004 con un primer *Workshop*. En el segundo *Workshop*, que tuvo lugar el 31 de mayo de 2005, se trataron cuestiones sobre Derecho procesal y material que se habían suscitado en el marco de los Trabajos-CFR.

d) *European Law Discussion Forum*.

Las tres Redes, es decir, expertos, prácticos y representantes de los Estados miembros, se reúnen en el *European Law Discussion Forum* para opinar más en profundidad acerca del procedimiento de asesoramiento y trabajo. Su fundación fue decidida en una Conferencia organizada por la Presidencia del Consejo británico en julio de 2005 en Londres, en la que participaron también legisladores ilustres de todas las partes de la Unión.

e) Una ojeada al método de trabajo del *Acquis Group*.

Por pertenecer al *Acquis Group* me gustaría concluir mi exposición informando brevemente acerca del trabajo de este grupo.

El *Acquis-Group* fue fundado en el año 2002 y está compuesto en la actualidad por más de 40 profesores pertenecientes a casi todos los Estados miembros⁵³. Desde mayo de 2005 el *Acquis-*

⁵³ Carole Aubert de Vincelles (University Jean Moulin-Lyon III), Giammaria Ajani (University of Turin), Esther Arroyo i Amayuelas (University of Barcelona), Alegría Borrás Rodríguez (University of Barcelona); Peter Bydlinski (University of Graz), Gerhard Dannemann (Humboldt-University Berlin), Silvia Ferreri (University of Turin), Mark Freedland (University of Oxford), Georgina Garriga Suau (Escola Universitària d'Estudis Empresarials), Christina González Beilfuss (University of Barcelona), Lars Gorton (University of Lund), Michele Graziadei (University of Piemonte Orientale), Hans Christoph Grigoleit (University of Regensburg), Luc Grynbaum (University René Descartes-Paris V), Geraint Howells (University of Lancaster), Konstantinos Kerameus (University of Athens), Sebastian Kortmann (University of Nijmegen), Stefan Leible (University of Bayreuth), Eva Lindell-Frantz (University of Lund), Piotr Machnikowski (University of Wrocław), Ulrich Magnus (University of Hamburg), Johan Meeusen (University of Antwerp), Peter Møgelvang-Hansen (Copenhagen Business School), Guiditta Cordero Moss (University of Oslo), Paulo Mota Pinto (University of Coimbra), Susana Navas Navarro (Autonomous University of Barcelona), Paolisa Nebbia (St. Hilda's College Oxford), Barbara Pasa (University of Turin), Thomas Pfeiffer (University of Heidelberg), António Pinto Monteiro (University of Coimbra), Jerezy Pisulinski (Jagiellonian University Cracow), Elise Poillot, Maître de Conférences (University Jean Moulin-Lyon III), Oliver Remien (University of Würzburg), Judith Rochfeld (University Jean Monnet-Paris XI), Søren Sandfeld Jakobsen (Copenhagen Business School), Hans Schulte-Nölke (University of Bielefeld), Reiner Schulze (University of Münster), Carla Sieburgh (University of Nijmegen), Gert Straetmans (University of Antwerp), Matthias Storme (University of Antwerp), Maciej Szpunar (University of Silesia), Christian Twigg-Flesner (University of Hull), Antoni Vaquer Aloy (University of Lleida), Lajos Vékás (Eötvös Lorand University Budapest), Thomas Wilhelmsson (University of Helsinki), Fryderyk Zoll (Jagiellonian University Cracow).

Group es parte de la citada «*Joint Network on European Private Law*». El objetivo de nuestro trabajo es perfilar los contornos del Derecho privado europeo que trascienden y destacan en el Derecho comunitario, y resultan útiles para la aplicación y el ulterior desarrollo del Derecho. Los resultados se plasman de forma conjunta como «Reglas fundamentales del Derecho privado comunitario vigente» y se publican en las lenguas europeas más importantes.

El análisis del Derecho comunitario existente persigue establecer los principios y valores trascendentales que se encuentran detrás de las particulares formulaciones del contrato, los tipos de Derechos y las resoluciones judiciales del *Acquis Communautaire*, para que puedan servir como marco de orientación en el ulterior desarrollo judicial y legislativo del Derecho comunitario. La investigación del *Acquis* busca, por tanto, principios trascendentales para el Derecho contractual europeo y comunes a todos, dentro del Derecho comunitario existente. Para la elaboración de los principios del Derecho contractual europeo son necesarios en el seno de nuestro programa de trabajo tres pasos:

– En primer lugar, es imprescindible en este campo una formación del inventario del Derecho primario, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de los diversos actos jurídicos de la Comunidad Europea. Al respecto impresiona la gran cantidad de Derecho material de los contratos que ya se encuentra presente en el Derecho de la Comunidad.

– En segundo lugar, se pretende identificar las estructuras trascendentales y lo que hay de común entre los actos jurídicos particulares y los «sectores» en los que el Derecho comunitario se ha desarrollado. Este paso tiene importancia pues permite contar con un punto de arranque para una penetración sistematizadora en el Derecho comunitario, a diferencia de como se habían hecho las cosas hasta ahora limitándose a los actos singulares y los sectores particulares.

– En tercer lugar, se quiere comprobar, a partir de lo anterior en qué modo los principios trascendentales para la materia contractual están ocultos en el Derecho comunitario. Aquí puede estar el logro para un desarrollo ulterior del Derecho europeo de los contratos. Incluso, si las reglas del Derecho comunitario han surgido en el marco de políticas unilaterales de protección, de las mismas se pueden extraer principios con capacidad de generalización. En este sentido, los principios que se perfilan han de ser comunes, para que sirvan para todos, frente a las particularidades, como las del Derecho del consumo, unos principios que habrán de utilizarse como cimiento para un Derecho contractual no sólo específicamente sectorial.

Los miembros del *Acquis-Group* se encuentran cada medio año en sesiones plenarias. Hasta ahora han tenido lugar en Turín, Helsinki, Trier y Hull. Los próximos encuentros están previstos para noviembre de 2006 en Barcelona y marzo de 2007 en París. Los encuentros plenarios son de trabajo muy intensivo, puesto que en ellos se elaboran temas particulares muy variados, que previamente han preparado los grupos de apoyo.

Todas las reglas propuestas se discuten pormenorizadamente. Los grupos de apoyo tienen entonces la posibilidad de incorporar en sus proyectos las enmiendas de la Sesión Plenaria. También se tratan, por supuesto siempre y cuando existan, las enmiendas ya preparadas por la citada CFR-Net. Los proyectos elaborados por cada uno de los grupos de apoyo son corregidos, primero, por el Grupo de Terminología y, después, por el Comité de Redacción, antes de que se discutan en el próximo encuentro plenario y sean presentados para la aprobación definitiva.

En el pasado nos hemos ocupado, por ejemplo, de temas como la conclusión del contrato, la incorporación y control de las condiciones generales de la contratación, la protección contra la discriminación, los deberes de información, el significado de la buena fe o los derechos de revocación⁵⁴. En la actualidad, estamos inmersos de manera muy intensa en tema de los *Remedies*, que son los instrumentos de solución de la *Breach of contract**.

Nuestro trabajo debe concluirse necesariamente a mediados de 2007. También los otros grupos de antes citados, como por ejemplo el *Study Group on a European Civil Code*, quieren presentar sus Proyectos en este tiempo. El tiempo que quede hasta el final de 2007 se prevé, pues, para elaborar un «Proyecto sobre un CFR» a partir de los resultados de los grupos de trabajo particulares, teniendo en cuenta las opiniones adoptadas por la CFR-Net y la Red de expertos del Marco Común de Referencia. Si el proceso se desenvuelve con la máxima rapidez, la Comisión necesitaría un período de tiempo a partir de principios de 2008 para las necesarias consultas y aprobaciones internas antes de que el «Proyecto sobre un CFR» pueda considerarse concluido definitivamente por la comisión encargada, es decir, antes de finales de 2009.

⁵⁴ Los resultados intermedios fueron presentados en una sesión de la *Academia Europea de Derecho* en Trier y están publicados en el ERA-Forum Special Issue 2006 *European Contract Law*.

* En el manuscrito en alemán se emplea la expresión *Leistungsstörungen*, susceptible de una traducción literal como «perturbaciones de la prestación», que es bastante más amplia, por la variedad de supuestos que engloba, que incumplimiento del contrato.

VII. CONCLUSIONES

Con el análisis realizado hasta ahora hemos evidenciado que necesitamos una ulterior europeización del Derecho privado. La pregunta sobre «si debe hacerse» me parece que está aclarada en el plano de la Comunidad. Lo que es discutible, ahora como antes, es el «cómo». Como hemos visto, hay diversas vías para un Derecho privado europeo. El procedimiento que ha sido escogido por la Comisión es complicado. Ante la dimensión de una tarea tan monumental como ésta, debe tenerse en cuenta, como es normal, que puede que no termine con un éxito rotundo.

En qué medida es importante el Proyecto para los actores políticos nos lo muestra, después de todo, la más reciente Resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2006⁵⁵. En esta Resolución el Parlamento Europeo destaca, de nuevo, que un mercado interior unificado sin que se den ulteriores pasos en la armonización del Derecho civil no es susceptible de funcionar plenamente. La Comisión exhorta a los diferentes grupos de trabajo a utilizar el Marco Común de Referencia ya existente, para que, en primer lugar, los resultados de éste se valoren desde el punto de vista de la elaboración del acervo comunitario en el Derecho de consumo y, en segundo lugar, para el desarrollo de un Derecho civil comunitario. El Parlamento Europeo requiere, por su parte, participar en cada paso que se dirija por la senda del desarrollo de un Marco de Referencia Común. Propone, además, la constitución de un equipo parlamentario de proyección, que tiene que formarse ponderadamente.

Se ha de hacer hincapié, para concluir, en la Resolución del Consejo sobre «Un Derecho contractual europeo más coherente» del año 2003⁵⁶. En esta Resolución el Consejo exhorta a los Estados miembros a participar activamente en los trabajos de la Comisión y a las partes interesadas a nivel nacional a seguir contribuyendo a las deliberaciones en curso en el seno de la comunidad.

Tan sólo me queda adherirme a esa exhortación, puesto que me parece extraordinariamente importante que todos los sectores interesados –y esto quiere decir sobre todo la doctrina– acompañen críticamente este Proyecto. Sólo así alcanzaremos al final de este primer paso, en la vía de un CC europeo, un verdadero Marco de Referencia Común coherente, que pueda ser elegido también como «Instrumento Facultativo» en los contratos transfronterizos.

⁵⁵ Resolución del Parlamento Europeo sobre «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro», A6-0055/2006.

⁵⁶ COM (2003) 68 final.

VIII. ÍNDICE DE ABREVIATURAS DE REVISTAS CITADAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
CMLRev	Common Market Law Review
Col. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
DB	Der Betrieb
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
ERPL	European Review of Private Law
EuR	Europarecht
EuZW	Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
GPR	Gemeinschaftsprivatrecht
Hastings Int'l. & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
JCP	Journal of Consumer Policy
JZ	JuristenZeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rev. crit. dr. int. pr.	Revue critique de droit international privé
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RTDCciv.	Revue trimestrielle de droit civil
VuR	Verbraucher und Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado comunitario. Sobre la concretización de la «falta de conformidad de escasa entidad»

CHRISTIAN BALDUS

Universidad de Heidelberg¹

RESUMEN

*La interpretación histórica, en sentido clásico, no tiene mucho peso en el Derecho comunitario. Pero, para una aplicación del Derecho privado comunitario materialmente correcta, ha de recurrirse más bien a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, en el sentido de una interpretación histórica en sentido amplio. Un punto de vista práctico para esto es la cuestión de cómo los operadores jurídicos de los Estados miembros, con los escasos recursos técnicos y lingüísticos que tienen a su disposición, pueden hallar criterios seguros para la interpretación, bajo la primacía del Derecho comunitario. El artículo dibuja este problema en el Derecho de la compraventa según la directiva 99/44/CE, que refleja en su artículo 3.6 la máxima de *minimis non curat praetor*, y se extraen algunas consecuencias para la metodología del Derecho privado comunitario en general.*

¹ Versión inalterada de la Lección inaugural (*Antrittsvorlesung*) pronunciada en la Universidad de Heidelberg el 28 de abril de 2005, salvo con el añadido, en aspectos concretos, de indicaciones (lo más recientes posible) sobre los puntos centrales. Respecto a los últimos desarrollos, *vid.* concretamente *infra* notas 25 y 26. La traducción al castellano ha corrido a cargo (con la brillantez acostumbrada) de mi colega Francisco Javier Andrés Santos (Valladolid) y se realiza gracias a la amable autorización de la editorial Sellier de Múnich.

Deseo expresar aquí mi agradecimiento, por su lectura crítica y por la cuidada organización de la Lección inaugural y del subsiguiente Coloquio con los asistentes, a mis colaboradores, en particular a la licenciada Johanna Stremnitzer. Todos los textos correspondientes al Coloquio se encuentran publicados en Chr. Baldus/P.-Chr. Müller-Graff (eds.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, München 2006, con resúmenes en diversos idiomas; *cfr.* la crónica en castellano de Lena Kunz, publicada en *ADC*, 2005, pp. 1653-1661. Sobre el conjunto, *cfr.* también la Lección inaugural sobre

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Interpretación*.—III. *Interpretación histórica*.—IV. *Derecho Privado*.—V. *Derecho Comunitario*.—VI. *Derecho Privado Comunitario*.—VII. *Normas de los Estados miembros y dogmas como indicadores de contenidos del Derecho Privado Comunitario*.—VIII. *Hacia la determinación de ordenamientos jurídicos de referencia*.—IX. *Ejemplo: Criterios de la «falta de cofor-midad de escasa importancia», antes y después de la Directiva sobre venta de bienes de consumo*.—X. *Sobre el papel del Derecho Romano*.—XI. *Cuestiones abiertas*.—XII. *Resultados y perspectivas*.

I. INTRODUCCIÓN

Una lección inaugural debe proporcionar una imagen de lo que constituye lo esencial de la investigación del recién llamado a ocupar una cátedra universitaria. Es natural, por tanto, que un historiador del Derecho que se ocupa del Derecho civil y del Derecho comunitario europeo –y ambas disciplinas principalmente desde la perspectiva sistemática y metodológica– hable de la «interpretación histórica y comparatista del Derecho privado comunitario». De ahí que, asimismo, resulte lógico que alguien así afirme que la interpretación histórica puede ser de gran provecho también en un campo tan dinámico como el del Derecho comunitario. Bajo esta forma no podré cubrir las expectativas que acabo de mencionar. Yo no voy a ofrecer la tesis, revolucionaria para un especialista en el Derecho comunitario, de una dependencia decisiva de la historia de la legislación; pienso mostrar, por el contrario, que esta sería una vía errónea, pero también que, para una aplicación del Derecho privado comunitario materialmente correcta, ha de recurrirse más bien a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, en el sentido de una interpretación histórica en sentido amplio. Un punto de vista práctico para esto es la cuestión de cómo los operadores jurídicos de los Estados miembros pueden hallar criterios seguros para la interpretación de la cláusulas generales², bajo la primacía del Derecho comunitario.

un tema semejante pronunciada en el mismo lugar hace doce años por Winfried Brugger («Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze», en *AöR* 119, 1994, pp. 1-34).

² Al respecto, *vid.* más detalles en las otras aportaciones publicadas en el volumen colectivo cit. en la nota anterior; en la lit. monográfica más reciente, *vid.* M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, Tübingen, 2005; A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Tübingen 2004; *ead.*, «§ 12: Die Konkretisierung von Generalklauseln», en K. Riesenhuber (ed.), *Handbuch Europäische Methodenlehre. Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts*, Berlín, 2006, pp. 273-291.

Para ello, voy a hacer a continuación un recorrido por algunas categorías centrales y sus problemas, para luego señalar cómo podrían aplicarse esas categorías a un ejemplo ordinario que desde la época romana se conoce con la máxima *de minimis non curat praetor* o *de minimis non curat lex*: consiste en que determinadas normas no se aplican a supuestos de hecho en que la desviación de la realidad respecto a la norma es tan pequeña que puede despreciarse, de modo que la parte gravada no puede, en todo caso, hacer valer determinadas consecuencias jurídicas. Se excluye así la resolución del contrato de compraventa por defectos de la cosa comprada (la llamada hasta 2001 en el Derecho alemán *Wandelung*) cuando el defecto resulte irrelevante.

Por ejemplo: el vendedor ha dicho que el coche consume 5,5 litros de gasolina cada 100 kms, pero, en realidad, consume 5,7. Este motivo no es suficiente para resolver el contrato de compraventa, pero pueden venir al caso otros remedios, como la reparación (*Nachbesserung*), la sustitución (*Nachlieferung*) o la rebaja (*Minderung*), esto es, una reducción adecuada del precio. Segundo el Derecho comunitario actualmente en vigor, la reparación y la sustitución gozan de prioridad, y sólo allí donde estos remedios quedan excluidos puede procederse a la rebaja o la resolución, y esta última, además, sólo si el defecto no es esencial, pues la resolución destruye la obligación contractual, esto es, la composición de intereses a la que las partes han llegado; por tanto, desde 2002, la resolución se halla sujeta a la doble limitación derivada de la primacía del cumplimiento ulterior (*Nacherfüllung*) y el requisito de la esencialidad.

Esta idea de la subsidiariedad de la resolución se ha introducido en la Directiva sobre venta de bienes de consumo³. El artículo 3.6 de la misma dice, en su versión española: «El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia»⁴. En correspondencia, en la trasposición de esta norma, afirma el BGB (§ 323 V 2): «Si el deudor no cumpliese la prestación con arreglo a lo pactado en el contrato, no podrá el acreedor resolver el contrato si la lesión del deber no es de importancia»⁵.

³ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de bienes de consumo y de las garantías del consumidor («D.O.C.E.» núm. L 171, de 7 de julio de 1999, pp. 12-16).

⁴ En la versión alemana: *Bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher keinen Anspruch auf Vertragsauflösung.*

⁵ Versión original: *Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.*

El problema de estas prescripciones es obvio: ¿cómo puede determinarse lo que es sólo una desviación «mínima» de la condición debida de la cosa? ¿Debe el comprador quedarse con el coche si consume seis litros? ¿Y si son siete? ¿De dónde puede extraer el Derecho categorías capaces de proporcionar aquí una cierta seguridad? Y, sobre todo, ¿de dónde toma el operador jurídico de un Estado miembro esas categorías, si su contenido ha de establecerse conforme al Derecho comunitario? Pero vayamos primero a los conceptos generales que jalonan nuestro tema.

II. INTERPRETACIÓN

Toda norma jurídica requiere una interpretación, tanto las normas de los Estados miembros como las comunitarias. Siempre se interpreta, de modo expreso o implícito. La interpretación es la base de la concretización por el juez de normas formuladas en términos generales. Por tanto, no puede decirse de una vez para siempre qué efectos son irrelevantes: siempre queda un margen para la decisión judicial. Cuanto más quede fijada la jurisprudencia con vistas a la interpretación de la ley bajo umbrales de relevancia cuantificados (esto es, en valores porcentuales), tanto mejor para la seguridad jurídica y peor para la justicia del caso concreto; por el contrario, cuanto menos se oriente en ese sentido, tanto mayor será el riesgo de inseguridad jurídica.

Los ordenamientos jurídicos de Europa han desarrollado diferentes categorías para la interpretación que se basan parcialmente en el Derecho romano. En su núcleo, la interpretación es, según esto, la búsqueda del sentido de la norma. Esto se refleja en los cuatro cánones –que, en su mayoría, se remontan a Savigny⁶– de la literalidad, la historia, el sistema y –en primer término– el sentido y el fin (*telos*) de la norma. Así pues, el comprador puede devolver el vehículo cuando el consumo de gasolina ha de verse como considerablemente superior a lo admisible según el sentido de la norma –sea este el que fuere.

Por supuesto, también se interpreta el Derecho comunitario, en principio conforme a reglas que parten del Derecho internacional público, pero que han desarrollado su propia dinámica; y se plantean cuestiones especiales cuando se trata del Derecho privado de

⁶ Cfr. CHR. BALDUS, «§ 3: Auslegung und Analogie im 19. Jahrhundert», en Riesenthaler (ed.), *Handbuch Europäische Methodenlehre* (cit. *supra* núm. 2) pp. 32-74 (con más referencias); la última monografía al respecto es la de S. MEDER, *Mißverständen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Tübingen, 2004.

la Comunidad. Esto se muestra particularmente en el canon de la interpretación histórica.

III. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

El concepto de «interpretación histórica» no se infiere por sí mismo. No significa generalmente una comprensión conservadora de las normas, manteniendo el sentido que se les dio en épocas pasadas. Más bien se trata de la observación de un momento preciso, el de la emisión de la norma⁷. La necesidad de una interpretación histórica se desprende, en la óptica del siglo XIX, del primado del legislador: no puede resultar indiferente lo que las personas que participaron en el proceso legislativo se representaron –subjetivamente– bajo la norma en cuya emisión colaboraron. Es decir, que, si bien lo que pensó el Parlamento, o incluso los redactores del proyecto, puede servir de ayuda para entender el sentido de la norma pretendido en ese momento, la norma misma debe ser comprendida objetivamente –o, dicho con más cautela–, intersubjetivamente. Por tanto, la interpretación histórico-subjetiva sólo es un instrumento para la búsqueda de un contenido objetivo de la norma. Un caso típico de aplicación es el argumento de que tal diputado o tal miembro de una comisión se expresó sobre lo que la norma debía o no significar.

Especialmente importante es la interpretación histórica negativa en tanto que argumento de rechazo⁸. Si el legislador sopesó determinadas formulaciones y las rechazó, esta circunstancia habla en contra de una interpretación del texto normativo finalmente adoptado que se incline por la formulación rechazada. Se puede argumentar que, si el legislador hubiera querido esa interpretación, entonces habría podido escoger precisamente aquella expresión. Estructurado de otra forma, pero también con carácter negativo, es el argumento de que no fue pensada una determinada significación de la norma o una determinada situación de aplicación de la misma.

⁷ Sobre el problema, *vid.* E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 2.^a ed., Bern/Múnchen/Wien, 2005, pp. 104-130 (esp. 119-125).

⁸ Para ver un ejemplo (importante y problemático) tomado del ámbito del Derecho privado comunitario, *cfr.* U. G. SCHROETER, «Verfassungsvertrag und Europäisches Privatrecht», en *ZEuP*, 2006, 515-551 (esp. 523 s.): no hay ninguna competencia transversal para fijar el Derecho privado por la Unión según el Tratado Constitucional, porque las correspondientes iniciativas fueron rechazadas. Para la interpretación de lo suscrito en el texto, *cfr.* CHR. BALDUS, «Codification of Private Law in the EC: Legal Basis, Subsidiarity and Other Questions», en G. Barrett/L. Bernardeau (eds.), *Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe* (ERA Forum Special Issue), Trier, 2002, pp. 89-108.

Así pues, una interpretación histórica sirve, en el espacio jurídico nacional, sobre todo para la eliminación de aquellos resultados que serían conciliables con el fin objetivo de la norma, pero que, habiendo sido examinados en el proceso legislativo, fueron rechazados.

Sin embargo, las cuestiones de interpretación no pueden resolverse definitivamente desde un enfoque histórico. Siempre hay que ver si el resultado así obtenido es conciliable con los otros criterios, sobre todo con el del fin y objeto de la norma. Esto se desprende de dos debilidades internas de este canon interpretativo: un problema fundamental de orden teórico, que es el de la función de la ley; y otro de orden práctico, que es el del tiempo. La ley debe primeramente desplegar efectos reguladores siempre y para el futuro. Ahora bien, lo que era razonable en el momento de emisión de la norma puede resultar ya dudoso diez años más tarde. Pero incluso si nada cambia en cuanto al contenido por el paso del tiempo, éste siempre influye en las posibilidades de una interpretación histórica. De la actuación de los políticos sólo quedan documentos, más o menos tendenciosos; el trasfondo económico y cultural de las decisiones jurídico-políticas se pierde de vista o es valorado de forma diferente. De ahí que la teleología objetiva, referida al momento actual de aplicación del Derecho, tenga la primacía en caso de duda.

Más aún: si de los trabajos preparatorios no puede deducirse lo que los agentes querían (y esto ocurre con bastante frecuencia), entonces una teoría de la interpretación concentrada en lo subjetivo ya no está en condiciones de extraer algo constructivo de la historia –a menos que se presuponga la persistencia de la dogmática dominante en el momento de producción de la ley–. Pero tal cosa sólo formalmente sigue siendo un apego a las representaciones «del legislador». En realidad, se produce una apertura a un fenómeno que no podría darse si se piensa en términos puramente positivistas, pero que resulta muy familiar al historiador del Derecho, a saber: la continuidad efectiva de normas existentes con anterioridad a la promulgación de la ley. Justamente es esa continuidad de efectos lo que debe ocuparnos aquí, partiendo precisamente de la persona del operador jurídico (y, como paradigma de tal, el juez). Quien debe aplicar el ordenamiento busca en el nuevo Derecho primeramente lo antiguo, lo que resulta conocido para él y, en correspondencia con esto, trata de hacer una interpretación. Intenta construir también en el nuevo Derecho una regla dotada de sentido y que le resulte familiar. Esto se denomina «teoría del enrejado» (*Gittertheorie*)

(Knütel)⁹, que ve en el nuevo Derecho codificado sólo una reja a través de cuyos huecos pueden penetrar todos aquellos contenidos y valores transmitidos que el legislador no ha expulsado inequívocamente.

Con ello se abre la mirada a la posibilidad de que la interpretación histórica vaya más allá y sea algo distinto de la historia de la legislación. Los autores del § 323 V BGB tenían ante sus ojos el artículo 3 de la Directiva sobre venta de bienes de consumo, y con ello al mismo tiempo –al menos indirectamente– el Derecho uniforme de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías (en sus siglas inglesas, CISG). Detrás de éste se encuentran a su vez los escritos de Ernst Rabel¹⁰, y con ello una gran cantidad de literatura romanista y comparatista. Tenían también ante sus ojos el antiguo § 459 BGB¹¹, detrás del cual se encuentra asimismo una línea de desarrollo que se remonta al Derecho romano; y, finalmente, también la historia del Derecho de compraventa de los otros países europeos conduce, en gran medida, de nuevo a Roma.

Una interpretación a través de la historia del surgimiento de un acto jurídico es siempre una toma de postura sólo momentánea, que tradicionalmente ha sido privilegiada en el interior de los Estados, en última instancia por motivos constitucionales. Pero en Europa cuenta una especialidad: que la constitución de la Comunidad, bajo la que se hace la interpretación, está orientada a una integración dinámica¹²; a ello se habrá de volver al tratar el tema del Derecho privado comunitario. De ahí que una interpretación histórica no pueda ser primordialmente una vinculación retrospectiva a una determinada situación de compromiso político. Los Tratados de Roma arrastraban ya antes un carácter constitucional, y ello se ha ido acentuando con el paso del tiempo. Esta constitución preten-

⁹ Cfr. M. KASER/R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18.^a ed., München, 2005, § 1 núm. 37 (p. 12).

¹⁰ E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Berlín, 1936. Vid. el artículo conmemorativo de U. DROBNIG, «Die Geburt der modernen Rechtsvergleichung. Zum 50. Todestag von Ernst Rabel», en *ZEuP*, 2005, pp. 821-831.

¹¹ § 459 BGB (redacción anterior, hasta 2001): *I. Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.*

II. Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat.

¹² Es clásico el libro de Hans PETER IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, 5/72 (pp. 131 s.); una visión comprehensiva sobre los «criterios generales de interpretación y el *effet utile*» puede verse en M. GEBAUER, «Kapitel 3: Europäische Auslegung (...), en id./T. Wiedmann (eds.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss (...)*, Stuttgart, 2005, pp. 95-120 (esp. 99 ss., núm. 4-10).

de una integración dinámica, y en correspondencia con ello debe interpretarse el Derecho comunitario.

Así pues, se plantea la cuestión de cómo puede ser la interpretación histórica algo más que una impresión puntual tomada del momento de producción de la norma. Se trata del depósito de experiencias de la historia jurídica¹³. En la medida en que en el pasado se han producido experiencias con determinadas formulaciones, conceptos e interpretaciones, buenas o malas, se puede intentar aprovechar esas experiencias a un nivel de integración más elevado. Los conceptos y construcciones viajan con su bagaje histórico, con problemas e interpretaciones tradicionales, con contenidos y connotaciones, de los que, como demuestra la experiencia, no se puede prescindir sin pérdida de eficiencia y justicia. Esto sería una interpretación histórica en sentido amplio. Sobre ello vamos a tratar a continuación, y específicamente para el Derecho privado –es decir–, la materia que crecientemente se va colocando en el centro del Derecho comunitario.

IV. DERECHO PRIVADO

El Derecho privado tiene una relación total con la historia, una relación que va mucho más allá de la comprensión histórica de una ley en su contexto de aparición. Se tendría una mirada muy corta si uno se limitara a ver sólo el momento de emisión del imperativo legal. Toda norma de Derecho privado está condicionada históricamente y, por tanto, limitada en el presente y abierta hacia el futuro. Sus presupuestos y límites se explican a partir de la época en que se formuló, se revisó o fue reformulada; su apertura se deduce precisamente de ahí y se muestra en el hecho de que puede ser de nuevo modificada, sobre todo a la vista de nuevas experiencias.

Detrás de esto se encuentra una autonomía estructural del Derecho privado¹⁴. Este se ocupa siempre de los mismos conflictos fundamentales entre quienes se consideran, por principio, iguales. Los condicionamientos marginales pueden influir en una u otra decisión valorativa, pero no se puede inventar de nuevo la rueda. Queda la elección entre diversos modelos de solución y patrones

¹³ Cfr., sobre la cuestión clásica, y hasta hoy discutida, de lo que sea la Historia del Derecho, F. J. ANDRÉS SANTOS, «Rechtsgeschichte», en Baldus/Müller-Graff (*cit. supra* núm. 1), pp. 93-114 (esp. 97-104).

¹⁴ Fundamental sobre el concepto de «aislamiento» (*Isolierung*) del Derecho, sobre todo del Derecho privado romano, F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlín, 1934; reimpr. 2003, pp. 13-26 (esp. 23-26) (trad. esp. *Principios del Derecho romano*, 2.^a ed., Madrid, 2000, pp. 39-59).

de fundamentación, la reorganización de los sistemas dogmáticos. El iusprivatista debe ofrecer a la sociedad soluciones aceptables para los conflictos de intereses que indefectiblemente han de surgir. Si estas soluciones son antiguas o modernas, es algo secundario. Las soluciones se transmiten en una formulación y una trama sistemática de las normas. Ahí se combinan de nuevo una y otra vez los elementos del Derecho privado y se reorganizan conforme a la época. Los conceptos se mueven de un lado a otro, son definidos, discutidos, traducidos, hasta que sirven como elementos de construcción del sistema pretendido cada vez; lo nuevo en los cambios del Derecho privado es normalmente más la ordenación de las piezas que su forma y sustancia.

De ese modo, el iusprivatista se encuentra atrapado en la historia de sus instrumentos. Con este alcance, toda buena interpretación es histórica. El concepto técnico de «interpretación histórica» sugiere que la historicidad del Derecho privado es primordialmente su vinculación a imperativos normativos condicionados por el tiempo. Lo que se impone es lo contrario, con todo el debido respeto al Derecho constitucional y a la voluntad expresa del legislador.

En este sentido, podemos distinguir entre una interpretación histórica en sentido estricto y una en sentido amplio: en sentido estricto, se orienta a la indagación de aquello que el legislador histórico quiso; en sentido amplio, en cambio, investiga la interpretación histórica el telón de fondo de la norma concreta, su modelos, su conexión con otras normas de las épocas por las que la norma ha atravesado, desde el punto de vista del presente: su potencial que emerge históricamente.

Cuanto más compleja y, al mismo tiempo, más estable es un área jurídica en sus contextos, mayor conocimiento promete este sentido amplio de la interpretación histórica; y apenas puede imaginarse un sistema más complejo y, en su núcleo, más estable que el Derecho civil continental de procedencia romanista.

V. DERECHO COMUNITARIO

Incluso a los juristas experimentados no les resulta fácil adaptarse a las peculiaridades del modo de pensar del Derecho comunitario. Esto es particularmente válido para la metodología. La interpretación, la analogía y la construcción jurídica en el Derecho comunitario siguen a menudo reglas propias.

En este ámbito la interpretación histórica tiene tradicionalmente una importancia marginal. Sólo para el Derecho secundario,

especialmente para los Reglamentos y Directivas de órganos de la Comunidad, se toman a veces argumentos de la historia del surgimiento de tales actos. Para este resultado hay esencialmente dos explicaciones¹⁵: una, que refleja las raíces del Derecho comunitario en el Derecho internacional público, y otra, que se apoya precisamente en la gran especialidad de la Comunidad, su objetivo de integración.

También las normas europeas se realizan por la vía del compromiso. Las actuaciones siempre son en parte extraoficiales y, en consecuencia, a ciertos testimonios de esas actuaciones que se hayan dado a conocer tampoco se les puede imputar mucho. También es verdad que la Comisión prepara tan intensivamente actos jurídicos sobre diversas comunicaciones, que ahora es posible representarse con facilidad algunos pasos decisivos del proceso de producción normativa.

La otra razón es, por tanto, la decisiva: los preceptos comunitarios se inscriben en los fines de integración de los Tratados. En la duda no prevalecen las reservas de soberanía, sino los mecanismos de integración, en particular los que persiguen los fines del mercado interior.

De ahí se desprende particularmente una pérdida de importancia del «argumento de rechazo»: si determinados participantes no querían una determinada reglamentación comunitaria y, a raíz de eso, se llegó a una formulación poco clara, la interpretación del resultado de la negociación puede implicar justamente la regulación rechazada. El fin de la integración no puede detenerse por el hecho típico de que una mayoría para un determinado acto jurídico comunitario sólo pueda lograrse bajo numerosos reparos y compromisos.

No es este el lugar para mayores diferenciaciones según situaciones negociadoras y funciones de los órganos participantes. El Derecho comunitario está bien alejado de una teoría que comprenda todos esos fenómenos. Es precisamente en el Derecho privado, con sus especiales exigencias sistemáticas, donde vale lo siguiente: que, en la medida en que la Comisión haya combinado razonablemente elementos sistemáticos procedentes de diversas tradiciones,

¹⁵ Cfr. más detalles (también sobre lo que sigue), en GEBAUER, «Kapitel 3: Europäische Auslegung...» (*cit. supra* n. 12); K. RIESENHUBER, «§ 11: Die Auslegung», en id. (ed.), *Handbuch Europäische Methodenlehre* (*cit. supra* n. 2), pp. 244-272; CHR. BALDUS/F. VOGEL, «Metodología del derecho privado comunitario: problemas y perspectivas en cuanto a la interpretación literal e histórica», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 10, 2006 (en prensa). Todas las publicaciones recientes sobre metodología del Derecho privado comunitario vienen siendo objeto de recensión en la revista *Gemeinschaftsprivatrecht* (GPR) de Múnich, desde 2003.

se da un campo abonado para intervenciones puntuales (a menudo motivadas por simples intereses particulares) dirigidas a menosca-
bar el juego conjunto de las normas y, con ello, la eficiencia de la regulación.

Se entiende que interpretar históricamente en sentido estricto significaría aquí conservar una configuración histórico-normativa que, muy por el contrario, está concebida para tener un desarrollo ulterior. Aquí reside la razón decisiva para el alcance siempre limitado del «argumento de rechazo»: la interpretación histórica –en sentido estricto– puede cobrar importancia todo lo más cuando los órganos comunitarios comparten concepciones reguladoras completas o cuando, por el contrario, se oponen unas a otras, pero del modo más explícito posible. Todas las demás combinaciones son demasiado inseguras para satisfacer las exigencias de un Derecho privado del mercado interior que sea practicable –esto es, sistemático– y, por tanto, no pueden servir de base para adoptar decisiones en casos dudosos.

Esto vale tanto más cuanto que el tenor de las normas en el Derecho comunitario europeo ofrece escaso apoyo, ya que se deben considerar, al menos teóricamente, todas las lenguas oficiales en igual medida. Incluso si supusiéramos un intérprete que dominara todas esas lenguas, éste encontraría muchas veces tal cantidad de variantes, también de contenido, que los textos normativos podrían ser para él más un estímulo que una barrera. Esto implica como resultado práctico que en la Europa de los Veinticinco nadie está en condiciones de interpretar un acto jurídico comunitario conforme a las reglas que en la Europa de los Seis aún funcionaban, y esto sucede ante un fuerte ascenso de la importancia práctica de la materia en cuestión.

Pero, entonces, si se admite una interpretación histórica en sentido amplio, ¿cómo es posible armonizar unos con otros, de modo practicable, elementos procedentes de diversas tradiciones (así como eventuales novedades) incorporados a un precepto del Derecho comunitario, cuando literalidad y *telos* no resultan suficientes? Su combinación no se desprende por sí misma, en particular en el caso de las cláusulas generales que, por su propia naturaleza, requieren una concretización, como en el ejemplo que poníamos al principio: la literalidad y el *telos* no alcanzan a indicar con la necesaria precisión para el caso concreto cuándo una falta de conformidad con el contrato es insignificante –y, por tanto, la infracción del deber es de poca importancia. También se necesita, empero, un método para poder extraer propuestas razo-

nables de la tradición regulativa común y, por cierto, de una manera practicable para el operador jurídico medio. El recurso a las experiencias existentes –por ejemplo con conceptos sobre la insignificancia– debe darse conforme al método, en concreto sin infracción de la regla fundamental de que, en caso de duda, la construcción de conceptos jurídicos en el Derecho comunitario debe producirse –en interés del objetivo de integración– de modo autónomo y no puede conducir a una dispersión en la aplicación del Derecho. El que vuelve sobre las discusiones tradicionales lo hace como aplicador del Derecho europeo y para la construcción autónoma de conceptos europeos. Sobre ello habrá que volver más adelante.

Una cosa queda clara: los hilos de la tradición que resultan determinantes han de identificarse primordialmente por la vía comparatista, no constitucional-institucional. Por ejemplo, no hay ninguna clase de presunción en favor de que la importancia o los riesgos de una determinada solución escogida por el BGB vayan a ser mejor apreciados, para la comprensión de una norma europea, por el representante alemán en el Consejo. Aquí, por el contrario, se depende en primer término sólo de quién está en condiciones de apreciar de modo correcto el Derecho realmente aplicado y explicarlo correctamente a los juristas de otras culturas jurídicas. Pero esto puede hacerlo cualquier jurista alemán, o un comparatista extranjero o un funcionario de la Comisión dedicado a la materia de que se trate, y posiblemente mejor que el representante de la República Federal Alemana en el Consejo; en todo caso, la función del órgano y la calidad de miembro de un órgano carece de importancia para esta forma de interpretación histórica. Con ello es conforme el hecho de que la Comisión, en el caso ideal, cimente sus proyectos con estudios de Derecho comparado; cuanto más profunda y críticamente examine todos los modelos, tanta más fuerza de convicción pueden reclamar sus propuestas. La comparación jurídica sigue el método funcional: busca el problema y el modelo de solución, en vez de aferrarse a las formulaciones legislativas; pero en el contexto del Derecho privado comunitario debe quedar finalmente de nuevo una formulación apta para la subsunción. Aquí se tocan la Historia del Derecho, el Derecho comparado y la doctrina de la legislación, las tres al servicio de la Dogmática; lo que la norma europea es capaz de aportar puede expresarse mejor a la vista de las implicaciones conocidas del pensamiento subyacente a la norma que tras la difuminación de esas experiencias.

VI. DERECHO PRIVADO COMUNITARIO

Los hilos se juntan en el Derecho privado comunitario (*Gemeinschaftsprivatrecht*)¹⁶. Este es el Derecho privado positivo de la Comunidad Europea (en el futuro, de la Unión): las normas de Derecho privado establecidas en su interpretación y aplicación por los órganos competentes de la Comunidad y de los Estados miembros. El Derecho privado de estos va armonizándose gradualmente, las normas estatales son de segundo rango con respecto a las europeas y han de interpretarse a la luz de éstas, al igual que todas las demás áreas del Derecho. Así se realiza el objetivo de integración. El núcleo de la integración son las libertades fundamentales de los ciudadanos en el mercado con relación a las mercancías y la prestación de servicios, las cuales afectan esencialmente al Derecho privado. El aspecto jurídico-público es una parte del marco de estas libertades; pero el titular de la libertad fundamental, el ciudadano en el mercado, compra y vende, ofrece o reclama la prestación de servicios, limitado en principio sólo por la autonomía privada. Aquí se hallan las raíces de que el ámbito del Derecho privado comunitario no se pueda perfilar de una vez para siempre, tampoco en atención al marco competencial; va cambiando, crece sobre todo con la iniciativa privada y en los márgenes de los obstáculos que se pongan a su camino. Una Comunidad en integración ha de luchar contra la imprevisibilidad estructural de las situaciones de amenaza. No se sabe de antemano qué obstáculos erigirán los Estados particulares (o también los sujetos privados con poder en el mercado), limitándose así las libertades fundamentales de los ciudadanos de la Unión.

Por esa vía el Derecho comunitario ha llegado al núcleo del Derecho civil europeo, quizá de la forma más clara en la Directiva sobre venta de bienes de consumo. Con ello quedan reconfiguradas materias en las que todo operador jurídico ha sido instruido en el uso particularmente preciso de instrumentos metodológicos y en las cuales las perturbaciones sistemáticas pueden tener consecuencias especialmente graves. En particular son reconfiguradas a través del mandato de una interpretación del Derecho de los Estados miembros conforme al Derecho comunitario¹⁷.

¹⁶ Para el concepto, *vid.* M. SCHMIDT-KESSEL/CHR. BALDUS/P. JUNG/E. NAJORK/R. SCHUMACHER, «Gemeinschaftsprivatrecht (Editorial)», en *GPR* 1, 2003/2004, pp. 1 ss.; P.-CHR. MÜLLER-GRAFF, *ibid.*, pp. 4 s.

¹⁷ Al respecto, *vid.* ahora una visión de conjunto en S. LEIBLE/R. DOMRÖSE, «§ 9: Die primärrechtskonforme Auslegung», y W.-H. ROTH, «§ 14: Die richtlinienkonforme Auslegung», ambos en Riesenhuber (ed.), *Handbuch Europäische Methodenlehre* (cit. *supra* n. 2), pp. 184-216 y 308-333, respectivamente.

Precisamente en este campo especial –y, no obstante, decisivo– del Derecho comunitario es donde los criterios de interpretación típicos del Derecho privado –y, entre ellos, la interpretación histórica– pueden desempeñar un papel más destacado –a saber, una interpretación histórica en sentido amplio que lea las normas del Derecho privado en sus contextos de significación madurados históricamente, desarrollados y concretados por los tribunales de los Estados miembros–. La interpretación histórica en sentido amplio se presenta, pues, como una interpretación histórico-comparativa y con vocación sistemática. No es una interpretación meramente comparatista¹⁸, porque no busca el «mejor» modelo sin más, ni importa de dónde se haya conseguido, sino que prima aquel que mejor se adapte al trasfondo histórico-jurídico de la respectiva norma europea; toma el Derecho privado comunitario como un sistema en autodesarrollo, como una nueva combinación de elementos en su mayoría heredados, de los que hay que presumir que también para su combinación sistemática hay modelos en la tradición común.

En este lugar hay que proceder a una diferenciación, sobre la que aún volveremos. Hay figuras que van a encontrarse en todos los ordenamientos jurídicos de la Comunidad. Piénsese sólo en el contrato de compraventa. Aquí todas las tradiciones tienen contenidos que ofrecer. Otros conceptos son típicos de determinadas tradiciones, mientras que en otras no aparecen o sólo en un contexto distinto: así, p. ej., la *Wandelung* (redhibición), la *Anspruch* (pretensión) o el *Gestaltungsrecht* (derecho potestativo) en el Derecho alemán. Aquí se plantea la cuestión de si puede atribuirse a estas tradiciones un valor especial en la interpretación o si precisamente por eso son de menor importancia. Puede resultar difícil ya la propia distinción entre estos casos, sobre todo cuando el correspondiente concepto por sí solo no la posibilita: puede aparecer en diversos ordenamientos jurídicos, pero a menudo ya dentro de ellos con distintas significaciones. Por eso el legislador comunitario utiliza a veces conceptos «no cargados»: si la Directiva sobre venta de bienes de consumo habla de «resolución del contrato» y no, por ejemplo, de *Wandelung* (redhibición) es precisamente para eludir en la media de lo posible tales problemas; y esto a pesar de que esta palabra ya era conocida en algunos ordenamientos jurídico-privados de la Comunidad.

¹⁸ Sobre la «interpretación comparatista» en el Derecho privado comunitario, *vid.* GEBAUER, «Kapitel 3: Europäische Auslegung...» (*cit. supra* n. 12), núm. 9 (pp. 100 ss.); sobre el Derecho comparado como base del método en Derecho comunitario, *vid.* A. SCHWARTZE, «§ 4: Die Rechtsvergleichung», en Riesenhuber (ed.), *Handbuch Europäische Methodenlehre* (*cit. supra* n. 2), pp. 75-92.

Lo decisivo es que, en el ámbito del Derecho privado comunitario confluyen dos ideas sistemáticas que también guían la interpretación: la composición de intereses de todas las partes y el objetivo dinámico de la integración.

El Derecho privado comunitario tiende a la composición de intereses de todas las partes porque es Derecho privado. Con independencia de toda finalidad política, ya no es primordialmente Derecho de los consumidores o Derecho de las empresas que operan en un mercado transfronterizo, sino un ordenamiento que tiene a la plenitud, potencialmente comprensivo en su ámbito de aplicación de todas las relaciones jurídicas *inter privatos*. Se trata, en medida creciente, de un sistema. Traducir decisiones valorativas en una estructura lo más técnica posible es la tarea de todo sistema jurídico. La interpretación del Derecho privado comunitario tiende, pues, a la construcción de un sistema a la luz del objetivo de integración, es decir, a la funcionalidad¹⁹. En este orden de cosas, no puede limitarse a seguir las intenciones aisladas del legislador comunitario respecto de los actos jurídicos particulares. Más bien aspirará la función del Derecho privado comunitario a aprovechar todas las posibilidades de interpretación insertas en la correspondiente norma; esto puede significar remontarse a interpretaciones más antiguas en el seno de los Estados miembros de los conceptos con los que la norma europea trabaja.

VII. NORMAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y DOGMAS COMO INDICADORES DE CONTENIDOS DEL DERECHO PRIVADO COMUNITARIO

¿Cómo puede extraerse de las tradiciones existentes modelos regulativos y bajo qué condiciones producirán los resultados apetecidos?

Europa ofrece un laboratorio único para ensayar la capacidad funcional de determinadas técnicas reguladoras; único también porque, sobre la base del desarrollo histórico, las líneas dogmáticas fundamentales son comunes, pero también bastante variadas. Así, es posible estudiar qué cambios en detalle, y bajo qué condiciones, son los que han conducido a diferentes interpretaciones de conceptos emparentados o idénticos.

¹⁹ Vid. S. GRUNDMANN, «§ 10: Systemdenken und Systembildung», en Riesenhuber (ed.), *Handbuch Europäische Methodenlehre* (cit. *supra* n. 2), pp. 217-243.

Se trata, por tanto, en la consideración del Derecho de los Estados miembros desde un punto de vista jurídico europeo, de un modo de proceder histórico, pero histórico en un sentido funcional, no primordialmente genético. Genéticamente habría que establecer un vínculo con los modelos concretos que pueden haberse encontrado a la vista de los miembros de los organismos europeos. Pero en el ámbito jurídico-privado se trata de la capacidad funcional de las normas, de su transparencia, coherencia y justicia. Así pues, si las instituciones competentes establecen un texto normativo que se asemeja claramente al que está ya vigente en determinados Estados miembros, tal vez incluso haciendo referencia explícita a ello, en esa cercanía textual hay tan sólo un indicio en favor de que también puede recurrirse a la interpretación que sea allí usual.

Puede recurrirse a ella si es conforme al sistema europeo y su fijación de objetivos; por tanto, si la experiencia histórico-comparativa enseña que la comprensión conceptual desarrollada, su construcción, sirve para el fin regulativo del acto jurídico concreto y a la finalidad superior de la integración bajo la composición de intereses de todas las partes.

Con ello se ha hecho alusión a un punto un tanto problemático desde el punto de vista de los principios. La interpretación de los conceptos del Derecho comunitario es autónoma, en el sentido de que, según la opinión absolutamente dominante, las interpretaciones particulares recibidas por tradición no desempeñan aquí ningún papel. Como ya se ha indicado, también quien albergue simpatías hacia una interpretación comparatista concebirá esta como fuente de inspiración para el operador jurídico, pero no, en cambio, como una puerta de entrada normativa para una invasión por parte de la concepción usual en el ordenamiento jurídico tomado como referencia.

En todo caso, es correcta a este respecto la consideración de que la autonomía de la construcción conceptual comunitaria debe defenderse frente a la tendencia a los desarrollos ulteriores de modelos de interpretación particulares que contribuyen a la fragmentación jurídica. No se trata ni de conferir autoridad a las normas de otros legisladores por la vía de la interpretación, ni de obstaculizar los procesos de integración a través de una orientación hacia interpretaciones particulares. Más bien debe indagarse qué rendimiento puede esperar el objetivo de la integración en el Derecho privado de los elementos singulares de la tradición común.

Con esto, ante todo, se está haciendo de la necesidad virtud. El Derecho comunitario europeo ha de ser practicado primordialmente por el operador jurídico del Estado miembro, y éste a veces tiene también una formación en Derecho comunitario, pero nunca única-

mente en este sector. Por tanto, buscará un anclaje en el Derecho propio para entender una norma comunitaria cuando los métodos de interpretación usuales en el Derecho comunitario ya no sirvan de ayuda. Ha de examinarse cómo puede suceder esto con corrección metodológica: cuanto mayor sea el fundamento, más grande será la posibilidad de encontrar elementos que puedan prestar un servicio a los fines interpretativos específicos del Derecho comunitario. Si la comparación jurídica dice al juez cómo entienden las otras tradiciones jurídicas de los Estados miembros el correspondiente concepto que ha de ser interpretado, entonces disminuye el riesgo de generalizaciones inadmisibles a partir del ordenamiento jurídico propio.

Surge así la cuestión de dónde y cómo se encuentra –más allá de las grandes panorámicas del Derecho comparado– el material para una interpretación histórica en sentido amplio, incluso para cuestiones de detalle o con vistas a un examen crítico de esos trabajos panorámicos, y de qué modo puede hacerse fructífero de manera óptima para las necesidades prácticas todo ese trabajo realizado hasta ahora por las más importantes culturas jurídicas de Europa.

VIII. HACIA LA DETERMINACIÓN DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE REFERENCIA

Aquí sólo puede aludirse al problema fundamental de tal determinación, a saber: que utilizar todas las tradiciones jurídico-privadas de Europa de forma materialmente correcta en cuanto a su contenido es algo prácticamente imposible. Por tanto, si se pretende al menos tomar nota de las ideas determinantes de las particulares tradiciones de interpretación del Derecho privado comunitario, se hace inevitable una cierta selección. Se necesitan experiencias representativas con respecto al concepto o instituto que ha de interpretarse, no irrelevantes o demasiado peculiares. Tales pueden ser los Derechos de Estados especialmente importantes, que se irradian hacia otras jurisdicciones, pero también Derechos modernos de Estados típicamente pequeños que –más allá de los habituales procesos de recepción y superposición– han recibido creativamente influencias extranjeras y las han reelaborado a través de nuevos Códigos civiles. Como palabras clave al efecto puede hablarse de «ordenamientos jurídicos directores» y de «modelos de integración», respectivamente²⁰. Qué ordenamientos civiles de Estados

²⁰ Sobre el concepto de «ordenamiento jurídico de referencia» como «ordenamiento jurídico clave», *cfr.*, por ejemplo, Chr. C. WENDEHORST, «Die Leistungskondiktion und

miembros vienen aquí al caso, y por qué, es algo que no podemos exponer en este lugar; en todo caso, hasta hace poco, en la Europa de los Quince, han sido ordenamientos directores seguros el alemán, el francés y el inglés, y modelos de integración seguros el portugués y el holandés.

Frente a este modelo puede haber varios tipos de dudas. No obstante, la posición actual de la doctrina metodológica, según la cual un recurso a los significados propios de las tradiciones no puede desempeñar ningún papel, y menos aún bajo una referencia selectiva a ordenamientos jurídicos particulares, es una posición meramente teórica, que no encuentra ninguna correspondencia en la praxis. Ésta última parte, consciente o inconscientemente, del significado de un concepto que se encuentra ante los ojos del operador jurídico particular, y este significado no es otro que el de su propio Derecho privado²¹. En la práctica tampoco puede hacer otra cosa, salvo en el caso, totalmente atípico, de un alto tribunal muy bien equipado logísticamente y a la vez muy interesado en el Derecho comparado. En esto radica, al mismo tiempo, un peso especial, por una parte, de los ordenamientos jurídicos en los que se deciden muchos casos, y, por otra, de aquellos que están más acostumbrados que otros a tratar con influencias extranjeras.

En los límites de los demás cánones interpretativos, el operador jurídico de un Estado miembro tenderá siempre a la interpretación que le resulte familiar, y esta tendencia ha de asumirse de una manera metodológicamente razonable, también dirigiendo la mirada al menos a algunos ordenamientos jurídicos de referencia que sean importantes.

IX. EJEMPLO: CRITERIOS DE LA «FALTA DE CONFORMIDAD DE ESCASA IMPORTANCIA», ANTES Y DESPUÉS DE LA DIRECTIVA SOBRE VENTA DE BIENES DE CONSUMO

Razones de espacio, pero también lagunas en la investigación, me impiden desarrollar comprensivamente lo hasta ahora expuesto

ihre Binnenstruktur in rechtsvergleichender Perspektive», en R. Zimmermann (ed.), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereichserichts. Tagung der privatrechtlichen Sektion der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Dresden, September 2003*, Tübingen, 2005, pp. 47-140 (esp. 52 s.).

²¹ En el mismo sentido ya N. JANSEN, «Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht», en *ZEuP*, 2005, 750-783 (esp. 778 s.).

sólo de forma teórica de la mano del ejemplo inicial. No obstante, es posible al menos describir el problema.

El artículo 3.6 de la Directiva sobre venta de bienes de consumo dice, en su versión alemana: «*Bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher keinen Anspruch auf Vertragsauflösung*». En inglés se dice «*the lack of conformity is minor*»; en francés, «*le défaut de conformité est mineur*»; en italiano, «*difetto di conformità minore*». Aquí domina, pues, el comparativo (en todo caso, en la raíz lingüística). Con acento más cualitativo suenan las dos versiones ibéricas (que en esto no siguen la versión francesa): ahí la contravención del contrato es «*de escasa importancia*» o «*insignificante*».

Si regresamos a los clásicos instrumentos de interpretación desde la concepción alemana, nos encontramos con que la literalidad de unas y otras formulaciones lingüísticas resulta estéril: queda en el aire dónde se encuentra el tamaño o la importancia que decide lo esencial. Dicho claramente: una determinación puramente cuantitativa apenas sería conciliable con la referencia española o portuguesa a la «importancia» o la «significación».

Sobre la interpretación histórica en sentido estricto, hay que señalar que los considerandos de la Directiva no dicen nada sobre la limitación *de minimis* del derecho de resolución del contrato. Sin embargo, existe el testimonio cualificado al respecto del funcionario encargado de la redacción de la Directiva: «Finalmente, el derecho de resolución del contrato está limitado en el artículo 3.6 a incumplimientos del contrato que no sean insignificantes. Esta limitación fue una concesión de la mayoría del Consejo a los Estados escandinavos, que insistieron en tal limitación, ya conocida en sus Derechos nacionales»²².

Con ello nos movemos en las fronteras de una interpretación histórica en sentido estricto: la objeción viene del procedimiento legislativo, y su contenido, de la tradición jurídico-privada de los Estados miembros.

Sólo algunos Estados miembros conocían en su antiguo Derecho de compraventa la regla *de minimis*, pero en parte referida al concepto de vicio que, p. ej., en Alemania hasta 2001 abría inmediatamente la vía a la redhibición (*Wandelung*)²³. Lo especial de la nueva regulación desde un punto de vista sistemático reside, en primer término, en que la resolución del contrato está sometida a la

²² D. STAUDENMAYER, «EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrechts», en S. Grundmann/D. Medicus/W. Rolland (ed.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln et al., 2000, pp. 27-47 (esp. 39).

²³ Cfr. *supra* n. 11.

primacía del cumplimiento ulterior y, *además*, en que el derecho de elección del comprador entre una rebaja y la resolución está limitado, pues actúa en caso de un defecto no insignificante.

De este estado de cosas pueden extraerse varias conclusiones, si es que se admite una interpretación histórico-comparada que vaya más allá del sentido estricto de la expresión: se puede considerar el Derecho escandinavo de compraventa como especialmente instructivo; eso no tiene nada que ver con la posición constitucional en la Comunidad de los representantes escandinavos en el Consejo, sino con la relación material con el modelo por ellos representado (si el Ministro alemán, p. ej., se hubiera referido al Derecho sueco, no habría sucedido algo distinto). O pueden incluirse todas las tradiciones que conocen la regla *de minimis* para la resolución del contrato. El procedimiento ideal consistiría en incluir a todas, pero examinando exactamente si aquellas jurisdicciones que no conocían otras limitaciones preestablecidas del derecho de resolución admitían con más generosidad la falta de importancia.

(Por lo demás, este mismo modo de proceder promete también resultados incluso si se renuncia a la idea de una «interpretación histórica en sentido amplio», puesto que también bajo la óptica de la eficiencia en la transposición interesa conocer en qué medida el Derecho anteriormente vigente sigue actuando «subterráneamente» y cómo pueden combatirse las diferencias jurídicas derivadas de tal continuidad de efectos).

Asimismo, en las fronteras entre interpretación histórica en sentido estricto y en sentido amplio se encuentra la consideración de qué enseñanzas pueden obtenerse de la comparación con el artículo 49.1.a) del Convenio de Viena de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), donde se exige para la resolución del contrato un «incumplimiento esencial» del mismo, puesto que este instrumento lo tuvo ante sus ojos el legislador europeo y pretendía acercarse a él. Además, las reglas de compraventa escandinavas, en su redacción vigente en el momento de aprobación de la Directiva, ya estaban influidas por la CISG. Ahora bien, hay que tener en cuenta, desde un punto de vista sistemático y a un nivel valorativo, que en el Derecho de compraventa de las Naciones Unidas no hay ninguna prioridad del cumplimiento ulterior como en la Directiva, de modo que el «incumplimiento esencial del contrato» representa la única barrera para la resolución del mismo –y, desde luego, más alta en comparación con el Derecho europeo de compraventa–.

En cambio, con toda seguridad queda superada la interpretación histórica en sentido estricto si se observan otros proyectos

europeos de Derecho contractual. Puesto que estos se han realizado con la metodología comparatista –y propiamente sobre la base de los Derechos europeos–, extraen lo que podría decirse una suma de las experiencias (también) de los Estados miembros. Citaré, sólo a modo de apunte, los *Principles of European Contract Law*, los Principios UNIDROIT y el proyecto de la Accademia dei Giusprivatisti Europei (el Grupo Gandolfi). Pero si se hace uso de estos textos, entonces debe admitirse en la misma medida el recurso a las experiencias de los Estados miembros a propósito de las cuestiones especiales. El extendido recurso científico y político-jurídico a las diversas obras de principios prueba indirectamente que el intérprete del Derecho comunitario está autorizado, allí donde los restantes medios no son de ayuda, a hacer un análisis más detenido de los fundamentos en el Derecho de los Estados miembros. Y esto tanto más cuanto que el Derecho de compraventa de las Naciones Unidas y los Principios UNIDROIT están concebidos para el tráfico mercantil, frente al cual los Derechos civiles de los Estados miembros conciben el caso regular de aplicación del Derecho europeo de los consumidores.

Paso por alto la aplicación al caso que hemos puesto como ejemplo. Su resultado es, en lo esencial, lo siguiente. El recurso a las obras de principios no lleva a ninguna concretización digna de reseñar sobre la «esencialidad» al nivel de las formulaciones legales. Sólo se va más allá si se incluye –en la medida en que exista– la jurisprudencia al respecto. Pero entonces vuelve a plantearse el interrogante de por qué no debería poder traerse a colación la historia y la dogmática de los regímenes de compraventa de los Estados miembros.

Teleológicamente se plantea la cuestión de qué objetivo regulador pretende colocarse en la base: la defensa del comprador o también el principio de la conservación del contrato. Es del todo discutible hasta qué punto se alcanza esto último en la Directiva. Algunos autores quieren conceder al comprador tantas y tan extensas facultades de elección como sea posible, a fin de que pueda disfrutar de la mejor oferta que tenga. Las dudas fundamentales frente a tal «autonomía privada à la carte» son evidentes. Una defensa unilateral del comprador no es adecuada para lograr un Derecho de compraventa aceptable para todos²⁴. Más bien es justamente la compensación de intereses de todas las partes una condi-

²⁴ Cfr. sobre esto CHR. BALDUS/F. VOGEL, «Un “droit compétitif des contrats”: un modèle d’harmonisation?» (Montpellier-Seminar 2006: L’harmonisation du droit du contrat en Europe – Die Harmonisierung des Vertragsrechts in Europa), en *Annuaire de droit européen*, 2007 (en preparación).

ción funcional del Derecho privado comunitario. Además, debe ser una pauta de la obligación contractual el lograr una interpretación bastante estricta de la posibilidad de revocar los efectos del contrato, esto es, el principio de la conservación del contrato.

Si echamos ahora un vistazo a las tomas de postura científicas y a las primeras prácticas en relación con la «falta de conformidad de escasa importancia» (*geringfügige Vertragswidrigkeit*), llama la atención una cosa: al final, lo que hay en las sentencias alemanas²⁵ es, en ocasiones, valores porcentuales, reglas prácticas del tipo «un defecto cuya eliminación no suponga más allá del 4,5 por 100 del precio de venta no es esencial». En virtud de qué criterios se va del texto normativo a la regla práctica es algo que, por el momento, resulta cualquier cosa menos claro. Pero justamente en un ámbito

²⁵ No es posible en este punto una utilización exhaustiva de la bibliografía y la jurisprudencia; hasta ahora (septiembre de 2006) no se ha publicado ninguna sentencia del Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) que siente jurisprudencia con carácter general (pero *vid. infra* n. 27 sobre casos de dolo). Cfr. sólo tres sentencias de la Audiencia Territorial (*Oberlandesgericht*) de Düsseldorf sobre tema de compraventa. El principal fundamento jurídico de la sentencia del *OLG* de Düsseldorf de 27 de febrero de 2004 (3 W 21/04, NJW-RR 2204, 1060 s.) dice: «Der Käufer eines Gebrauchtfahrzeuges ist gem. §§ 437, 323 V BGB nicht zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt, wenn den Verkäufer keine erhebliche Pflichtverletzung trifft» [«El comprador de un vehículo usado no está autorizado a resolver el contrato de compraventa, de conformidad con los §§ 437, 323 V BGB, si al vendedor no se le imputa una infracción importante de su deber» (aquí, un gasto de reparación para la eliminación de defectos por debajo de un 3 por 100 del precio de venta)].

Con todo, según la misma Sala de la Audiencia de Düsseldorf (sentencia de 8 de junio de 2005, 3 U 12/2004), el criterio cuantitativo puede ser en todo caso obviado a expensas del comprador (de nuevo en relación con un caso de compra de un coche usado – una puerta que no cerraba con toda perfección estética, lo cual apenas era perceptible): «Um die Unerheblichkeit eines Mangels annehmen zu können, ist es nicht erforderlich, daß der Mangel mit geringem Aufwand beseitigt werden kann. Denn auch wenn relativ geringe Reparaturkosten dafür sprechen, daß ein Mangel unerheblich ist (Senat NJW-RR 2004, 1060), so ist dies nicht das einzige Kriterium. Auch Mängel, die nicht beseitigt werden können, sind dann unerheblich, wenn es sich um Bagatellen handelt, die nur zu einer allenfalls äußerst geringfügigen optischen Beeinträchtigung führen und keinerlei Einschränkung der Gebrauchsfähigkeit zur Folge haben. Auch in diesen Fällen sind die Schadensersatz- und Minderungsansprüche zur Wahrung der Interessen des Käufers ausreichend. Strittig bei der Festlegung der Erheblichkeitsschwelle ist, ob diese anzusetzen ist wie bei § 459 Abs.1 BGB a.F. (...) oder aber deutlich höher liegt (...).» [«Para poder admitir la insignificancia de un defecto, no es exigible que el defecto pueda eliminarse con un pequeño gasto, pues, si bien unos costes de reparación relativamente pequeños hablan en favor de que un defecto es insignificante (Sala NJW-RR 2004, 1060), éste no es el único criterio. También defectos que no pueden eliminarse son insignificantes si se trata de bagatelas que llevan únicamente a una imperfección óptica extraordinariamente pequeña y que de ningún modo tienen como consecuencia una limitación en la capacidad de uso. También en estos casos son suficientes las pretensiones indemnizatorias y las de rebaja para garantizar los intereses del comprador. Se discute, en la determinación del umbral de significación, si éste ha de establecerse como en el antiguo § 459 párrafo 1.^º BGB (...) o si, por el contrario, se encuentra considerablemente por encima (...).»]

La misma Sala exige (bajo la apelación a la jurisprudencia de antes de la reforma del Derecho de obligaciones) una reducción de más del 5% respecto a la velocidad máxima que técnicamente puede alcanzar el vehículo (de modo que el pobre adquirente de un automóvil que, en vez de 202 km/h, sólo alcanza los 197,51, no podrá desistir del contrato): OLG Düsseldorf, 7 de septiembre de 2005, I-3 U 8/04, NJW 2005, 3504, 3505.

del Derecho de compraventa que es central desde el punto de vista de la práctica jurídica es de esperar una gran cantidad de sentencias. El Derecho comparado, en tanto que instrumento de investigación comparativa y acompañamiento de los actos de transposición, se encuentra, pues, con importantes tareas por delante.

Muchas cosas hablan en favor de la idea de que, al final, decidirá un criterio no cuantitativo: se puede desistir de un contrato donde la confianza ha sido grave e irreversiblemente defraudada; se trata, pues, de aceptabilidad del incumplimiento²⁶. Pero, en la duda, un incumplimiento ha de verse como irrelevante, porque apartar la resolución permite conservar el contrato y, por tanto, la autovinculación en uso de la autonomía privada. Se podría concebir una relación regla-excepción a favor de la autovinculación²⁷. Si queremos comprobar este principio a través de una observación histórico-comparativa, habrá que proceder paso a paso. Primero hay que preguntarse qué ordenamientos jurídicos han trabajado antes de la transposición de la Directiva con la resolución del contrato como remedio regular (como el BGB) y dónde, por el contrario, era subsidiario; luego, cómo han cifrado conceptualmente los ordenamientos jurídicos esas decisiones; después, cómo procedió

²⁶ De entre la bibliografía más reciente, *vid.* W. FABER, «Zur «geringfügigen Vertragswidrigkeit» nach Art. 3 Abs. 6 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG. Beschluß des österreichischen Obersten Gerichtshofes vom 24. Mai 2005», en *ZeuP*, 2006, pp. 676-694; sobre la situación jurídica en la República Federal Alemana, véase el *Münchener Kommentar zum BGB* (vol. 2a, 4.^a ed., München, 2003), § 323, núm. 243 (*Wolfgang Ernst*).

²⁷ Sobre ambos puntos, *vid.* ahora la sentencia del Tribunal Federal de 24 de marzo de 2006 (V ZR 173/05), en *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht* (ZGS), 2006, pp. 235 ss. (comentada por Brigitta Jud en *GPR* 2006, en prensa); ha de negarse la insignificancia «al menos, como regla», si al vendedor se le imputa dolo: «Wird der Abschluss eines Vertrags durch arglistiges Verhalten einer Partei herbeigeführt, so verdient deren Vertrauen in den Bestand des Rechtsgeschäfts keinen Schutz» (...). «Vielmehr bleibt es in diesen Fällen bei dem allgemeinen Vorrang des Gläubigerinteresses an einer Rückabwicklung des Vertrags, ohne dass es hierzu einer weiteren Abwägung bedürfte. Ob dies selbst dann gilt, wenn die Pflichtverletzung des Verkäufers trotz Vorliegens einer arglistigen Täuschung derart unbedeutend ist, dass eine verständige Vertragspartei ohne weiteres am Vertrag festhalten würde – was bei Mängeln mit Bagatellcharakter in Betracht zu ziehen ist – braucht nicht entschieden zu werden, weil davon vorliegend keine Rede sein kann.» [«Si se produce la conclusión de un contrato por el comportamiento doloso de una parte, su confianza en el estado de un negocio jurídico no merece ninguna protección» (con referencias a la jurisprudencia más antigua) (...). «Más bien se mantiene en estos casos la prioridad general del interés del acreedor en el desarrollo ulterior del contrato, sin que se necesite para ello una ponderación añadida. No es preciso decidir si vale esto mismo en caso de que la infracción de su deber por parte del vendedor sea insignificante, a pesar de la existencia de una deslealtad dolosa tal que un contratante juicioso se mantendría sin más aferrado al contrato –lo que ha de verse en caso de defectos que no pasen de ser una bagatela–, puesto que de ello no puede hablarse en el presente caso.»].

En todo caso, la segunda frase aquí citada (relativa a la relación regla-excepción) abre cuestiones que, en última instancia, remiten a la consideración de cuál es la parte a la que quiere proteger la Directiva que está en la base; el *obiter dictum* no aporta en la tercera frase ningún criterio de decisión; pero aquí no podemos profundizar en todos estos extremos (*cfr.*, sin embargo, la mencionada nota de Jud, así como la siguiente nota a pie).

con eso la praxis y qué conclusiones extrajo de ello la ciencia jurídica; finalmente –y con creciente importancia–, si las decisiones judiciales sobre el nuevo Derecho de compraventa han seguido hasta ahora tales líneas tradicionales y en virtud de qué metodología. Estarán conmigo en que, de todo este programa, en el curso de una conferencia sólo puede hacerse un esbozo.

X. SOBRE EL PAPEL DEL DERECHO ROMANO

De nuevo de forma comprimida: ¿cómo se presenta en el modelo y ejemplo descrito el papel de la Historia del Derecho?

El Derecho romano de la compraventa está marcado por una duplicidad de sistemas de defensa jurídica incluso en la jurisdicción, y esta duplicidad sigue teniendo efectos hasta la actualidad²⁸. Por una parte estaba el Derecho especial de los ediles curules para determinados tipos de mercancías (los esclavos y los animales de tiro). Sus defectos apenas eran reparables y, tras un corto período de tiempo, ni siquiera podían demostrarse. Edilicios son la redhibición (*actio redhibitoria, Wandelung*) –por tanto, la raíz histórica de la actual resolución (*Rücktritt*)– y la rebaja (*actio quanti minoris, Minderung*), caracterizados por plazos cortos y una estricta limitación de los supuestos de aplicación. Por otra parte estaba la acción de compra ordinaria (*actio empti*), concedida por el pretor, que, gracias a una cláusula de *bona fides*, resultaba muy flexible en el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Aquí el vendedor responde primordialmente con una indemnización por daños, y ello en virtud del contrato. Desde la época clásica confluyeron ambos sistemas de remedios jurídicos en una *actio empti* con consecuencias jurídicas más amplias, pero los detalles al respecto son objeto de discusión²⁹.

En Roma encontramos testimonios jurídicos sobre el problema de *minimis* sólo esporádicamente, y siempre para el caso de la redhibición: si la *causa* es sólo *minima*, entonces no cabe la redhibición, siempre que el vendedor estuviera de buena fe con respecto al vicio³⁰. En el ejemplo típico de la venta del esclavo, es

²⁸ Sobre lo que sigue, *vid.*, por todos, Chr. BALDUS, «Una actione experiri debet? Zur Klagenkonkurrenz bei Sachmängeln im römischen Kaufrecht», en *Orbis Iuris Romani (OIR)* 5, 1999, pp. 20-83; sintéticamente, *id.*, *Binnenkonkurrenz kaufrechtlicher Sachmängelansprüche nach Europarecht. Zur Rolle des Richters bei der Koordinierung gesetzlicher Tatbestände*, Baden-Baden, 1999, pp. 61-65; el más reciente estudio monográfico al respecto es el de N. Donadio, *La tutela del compratore tra acciones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004.

²⁹ *Vid.* referencias en los trabajos cit. en la nota anterior.

³⁰ D. 18,1,54 (Paul. 1. *ad ed. aed. cur.*): *Res bona fide vendita propter minimam causam inempta fieri non debet.*

determinante si están disminuidos el «uso» y el «servicio» (*usus ministeriumque*). La principal fuente al respecto nos produce algunos problemas de comprensión, no sólo de índole lingüística, ya que admite varias lecturas posibles³¹. Aquí puede suponerse nuevamente, también con una mirada de conjunto a la restante casuística, que en esencia se trata de una cierta utilidad mínima de la cosa comprada, no de una reducción de valor cuantificable con respecto al precio. Si falta esta utilidad, entonces procede la redhibición. Con todo, debe tenerse cuidado a la hora de establecer conclusiones sobre las ideas fundamentales, y aún más con las generalizaciones.

En la Edad Media cambia el cuadro de la situación³². En Acurio se encuentra un llamativo testimonio sobre la concurrencia entre la *actio redhibitoria*, por una parte, y la rebaja y la *actio empti*, por otra: sólo puede pedir la redhibición quien no haya comprado con conocimiento del vicio. Con ello se alude en realidad a la gravedad del defecto, pero con el revestimiento de una valoración hipotética. En correspondencia con ello se desarrolló el Derecho común posterior: defecto (*vitium*) es sólo lo que menoscaba la utilidad de la cosa; y únicamente puede pedir la redhibición por tal vicio quien no tenga ningún interés en la conservación de la cosa –un interés meramente disminuido conduce sólo a la rebaja. Así se pronuncian después algunos ordenamientos particulares, y luego también la doctrina del Derecho común: sólo puede resolver el contrato quien no puede hacer uso de la cosa o no la hubiera comprado de haber conocido el defecto. Esto es tanto más importante cuanto que, en la misma época –en oposición a la tendencia que puede observarse en

Tr. «La cosa vendida de buena fe no debe declararse como no comprada por una causa mínima».

³¹ D. 21,1,1,8 (Ulp. 1. ad ed. aed. cur.): *Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impedit, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur.*(...)

Tr. «Por consiguiente, si hubiere habido algún vicio o enfermedad tal que impida el uso y el servicio del hombre, dará lugar a la redhibición, con tal que hayamos tenido presente que cualquier cosa sumamente leve no hace ciertamente que sea considerado enfermo o defectuoso».

Otra traducción posible: «Por consiguiente, si hubiera habido un vicio o una enfermedad tal que impida el uso y servicio del esclavo, tendrá lugar la redhibición, teniendo en cuenta que no cualquier cosa que sea mínima produce el efecto de que se tenga por enfermo o defectuoso».

³² Para los desarrollos medievales y de inicios de la Edad Moderna, cfr. P. M.^a VECCHI, «La garanzia nella vendita in diritto comune», en M. J. Schermaier (ed.), *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, München, 2003, pp. 67-109 (con fuentes y bibliografía; en el mismo volumen hay muchos otros trabajos útiles de naturaleza histórica, comparatista y dogmática). La misma problemática de la rebaja es objeto de un amplio proyecto de investigación en la Universidad de Heidelberg.

la antigua Roma— la *actio empti* retrocede respecto a los remedios edilicios. Aquí puede verse una ponderación de intereses: el interés del vendedor en la conservación del contrato sólo se sacrifica si el interés del comprador ha naufragado completamente.

Así pues, nos encontramos, en los albores de las grandes codificaciones, con una doctrina que no parte del Derecho procesal romano, sino de una ponderación de intereses muy convincente desde el punto de vista ético-jurídico. De qué forma consiguió abrirse paso esta idea y en qué codificaciones, esto es, qué ordenamientos jurídicos —como el alemán desde 1900 hasta 2001— hubieron de combatir contra una recaída parcial en un privilegio anacrónico favorable al desistimiento es algo que queda pendiente de un estudio detallado.

Con todo, una cosa es clara: en muchos lugares han aparecido fórmulas prácticas, pero en ninguno fórmulas mágicas. El análisis histórico-comparativo no buscará tales cosas, sino que intentará describir de un modo tan preciso como sea posible la lógica de las fórmulas empíricas, es decir, al nivel de valores porcentuales que pongan en relación el valor del defecto con el valor de la cosa, en general o con referencia a aquellos ordenamientos jurídicos que se ocupan del problema regulativo de manera constructivamente comparable; será luego tarea de la ciencia jurídica preguntarse si esos paralelismos son casuales.

En esta comprimida presentación del problema puede verse ya la doble función que tiene precisamente el Derecho romano: por un lado, desde un punto de vista genético, es la base del Derecho actual —de muchos de sus contenidos, pero también de numerosos anacronismos, en especial a causa de una fijación irreflexiva en formulaciones y construcciones heredadas; por otro, funcionalmente, señala qué valores y qué soluciones son posibles. Los anacronismos han de afrontarse mediante la descontextualización³³: quien sepa que los ediles no eran materialmente competentes para una acción dirigida al cumplimiento ulterior del contrato y para la mayoría de los objetos de compraventa no considerará el recurso inmediato a la resolución como un principio intemporal del Derecho romano, sino como una solución parcial provocada por motivos en parte razonables de naturaleza histórico-procesal, cuya incorporación al ordenamiento jurídico común sólo tuvo lugar poco a poco. El intento del BGB de 1896 de atribuir un privilegio a la resolución frente al cumplimiento ulterior fracasó en la prácti-

³³ Para el concepto, véase K. W. NÖRR, «Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts», en *ZEuP*, 1994, pp. 67–76. En la discusión romanística actual, «descontextualización» a veces no se refiere exactamente al procedimiento descrito por Nörr; *vid.*, v. gr., D. Mantovani, «El Derecho Romano después de Europa: la historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo», en *Revista General de Derecho Romano (RGDR)*, 6, 2006 [<http://www.iustel.com> (13 de septiembre de 2006)].

ca, y no por casualidad³⁴. Sólo ese privilegio otorga asimismo a las limitaciones del derecho de resolución un alcance que no conocían para el ámbito específico de aplicación del instituto en su época. Pero si el instituto se desliga de su específico contexto de aplicación romano (o del Derecho común), entonces serán también visibles los valores que hoy nos interesan –bajo las condiciones de una libre concurrencia de pretensiones materiales en un procedimiento civil unitario–, desde la conservación del contrato hasta la buena fe, pasando por la aceptabilidad del incumplimiento. Aquí ofrece la *actio empti*, esto es, un instituto no orientado en su origen a la retroacción de efectos, mucho más material en las fuentes que los remedios edilicios.

También la Historia de los dogmas (*Dogmengeschichte*), informada por el Derecho moderno, requiere, pues, en primer lugar, una aclaración de lo específico de cada época, de lo históricamente contingente, y sólo en un siguiente paso una nueva combinación de los elementos restantes. Pero este análisis y recombinación es un proceso de conocimiento abierto. Puede –como toda investigación– no planearse para obtener resultados predeterminados³⁵, tampoco con la vista puesta en las necesidades dogmáticas y sistemáticas del presente.

XI. CUESTIONES ABIERTAS

En este punto se abren nuevos interrogantes de carácter fundamental, esto es, metodológico y filosófico. ¿En qué se funda el hecho de que el ordenamiento no pueda fijar límites de relevancia cuantitativos inmutables y aceptables para todas las partes? ¿En la variedad de formas de las relaciones de la vida? Esto podría ser un falso argumento, pues la tarea del Derecho es, justamente, regular de modo satisfactorio aquellos casos en los que el legislador no pudo pensar en concreto. ¿En la limitación intrínseca de la regulación legal, en la necesidad de depositar confianza en los jueces? Estos argumentos, preferidos en tiempos de dudas sobre la Codificación, tienden a enmudecer cuando lo Público queda insatisfecho con las decisiones particulares. ¿En la generalidad de los principios que se encuentran detrás de la ley? Precisamente por eso es tan necesaria la concretización.

³⁴ *Vid.*, para los problemas del antiguo § 459 BGB, U. Büdenbender, en B. Dauner-Lieb et al. (eds.), *Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 2002, § 8, esp. núm. 1 s.

³⁵ En contraposición a determinadas ideas –en su mayoría inspiradas en motivos fiscales y/o por una mala imitación de modelos norteamericanos– de la actual política de investigación; *vid.* al respecto, desde el punto de vista de lo señalado en el texto, Chr. BALDUS, «Bezahlt die Forscher auch fürs Lesen. Zeitressourcen und Interdisziplinarität», en *Forschung und Lehre* 13, 2006, pp. 450 ss.

Como quiera que sea, se requiere un mecanismo de descubrimiento del Derecho que lleve en todo caso a una solución capaz de suscitar discusión e, idealmente, de generar consenso.

XII. RESULTADOS Y PERSPECTIVAS

Voy a hacer una recapitulación a partir de los problemas de aplicación y de carácter esencialmente cronológico. El derecho de resolución del contrato (en el BGB: *Rücktritt*) por causa de un defecto material de la cosa es estructuralmente una excepción, no la regla. En el caso regular, los remedios jurídicos del comprador se dirigen al restablecimiento de la situación conforme al contrato. Por tanto, sólo excepcionalmente se puede exigir la resolución del mismo.

Esta relación de regla y excepción se vio perturbada en el BGB de 1896, puesto que el antiguo Derecho de compraventa quedó anclado, selectiva y anacrónicamente, en determinados elementos del Derecho romano, a saber, a los remedios edilicios. En el Derecho romano, en cambio, era ya posible reconocer en el orden jurisdiccional, que dependía de los bienes objeto de la venta, lo que era la regla y lo que era la excepción. En el caso de la mayoría de los bienes, a través de la *actio empti* se exigía primeramente una indemnización por el incumplimiento, y sólo para algunos casos se podía resolver el contrato, quedando gobernada esta acción por el principio de la *bona fides*. Aquí tienen su punto de partida todas las consideraciones en torno a la confianza y su lesión irreparable, la aceptabilidad del incumplimiento y la falta de ella.

La relación regla-excepción es restaurada en la reforma del BGB, bajo influencias del Derecho comparado y del comunitario, y además para todos los objetos de venta. Con ello vuelve a situarse la resolución del contrato en su correcto lugar sistemático: como último recurso.

Pero, ¿cómo se determinan, entonces, los presupuestos específicos de este remedio? La referencia solamente al fin y el sentido de la norma no es suficiente, puesto que la Directiva pretende lograr el equilibrio entre conservación del contrato y protección del comprador. Por tanto, no se dará una determinación abstracta de los criterios de la «insignificancia». Pero bien pueden los tribunales civiles europeos –y, en su cúspide, el TJCE– sintonizar entre ellos su jurisprudencia. En este proceso de sintonización cada ordenamiento jurídico aporta sus tradiciones, y eso debe ocurrir abiertamente.

La ciencia jurídica puede y debe ayudar en este proceso, tanto del lado comparatista como desde el Derecho comunitario. Quien compra o vende en el mercado interior se ve gravado por los retrai-

sos y los déficit en la armonización, precisamente al nivel de la aplicación de las normas –una simple introducción de los textos normativos unitarios no es capaz de mover gran cosa–.

La ciencia del Derecho privado comunitario puede servirse para este fin de una interpretación histórica en sentido amplio, de una elevación representativa de los materiales que sirven para llenar de contenido las cláusulas generales del Derecho privado. La Historia del Derecho y el Derecho comparado no están emparentadas sólo en cuanto al método, sino también en el objetivo: ambas disciplinas sirven para sondar y equilibrar aquello que en el Derecho privado comunitario está necesitado de una concretización.

En el caso que hemos puesto como ejemplo, muchas cosas hablan en favor de la idea de que, a nivel europeo, los valores porcentuales y las cuotas de consumo excesivo ya no van a ser más que medios auxiliares para la objetivación de una decisión valorativa fundamental: sólo puede resolverse el contrato por aquel a quien ya no resulte aceptable mantenerse en su palabra, sea porque ha sido defraudado en su confianza, sea por la importancia de un defecto o por otras valoraciones de intereses. Tales valoraciones deben declinarse cruzadamente, a la luz de al menos algunos ordenamientos jurídicos representativos. En los casos-tipo, esto puede encontrarse en las citadas reglas prácticas. Pero para aquel que, p. ej., adquiere un automóvil de lujo, cuyo precio y presentación publicitaria hacen esperar una cierta perfección, puede resultar muy relevante un defecto que, expresado en porcentajes, se considera insignificante. Lo único importante es que se logre un consenso en cuanto a qué parámetros valorativos se van a utilizar.

¿Qué es lo que se puede generalizar desde un punto de vista metodológico? No existe «la» interpretación histórica: la hay en un sentido estricto y en uno amplio; y tan razonable resulta ser preaviso a nivel europeo con la primera como importante se muestra la segunda, es decir, la que tiene un carácter histórico-comparativo y orientado a fines europeo-sistématicos.

Desde un punto de vista histórico-jurídico, la interpretación europea pone al descubierto defectos estructurales de la interpretación histórica en sentido estricto. Lo que en el siglo XIX era moderno no se adecúa a los complejos procesos de decisión de los actuales procedimientos de creación normativa. El Estado particular puede considerar estos cambios como irrelevantes y dejar inalterada su doctrina metodológica, en la medida en que el estado de cosas haya de juzgarse sin referencias comunitarias; la Comunidad, sin embargo, para cuya constitución la defensa de los sujetos privados representó desde el principio un valor básico central de forma diferente que para el Estado del siglo XIX, no puede hacerlo así. No puede fijarse en un deter-

minado momento histórico y deducir de éste determinados aspectos a los que deban anudarse consecuencias disfuncionales.

Otra cosa sucede con la interpretación histórica en sentido amplio, con la que se pregunta por las ideas jurídicas conservadas y practicadas durante mucho tiempo. Esta no aísla puntos de vista particularmente ligados a una determinada situación, sino que entrelaza la experiencia de generaciones; tiene en su favor la presunción de funcionalidad y la familiaridad con el Derecho privado. Ahora bien, tal interpretación exige lo que tantas veces falta: conocimientos sólidos de la historia de los dogmas y de la codificación, así como del Derecho comparado, y un sentido del desarrollo de problemas, conceptos y sistemas.

Un último punto va más allá de la Historia de los dogmas. En la Historia del Derecho hay desde hace años una disputa teórica sobre si es metodológicamente equivocado abordar la Historia jurídica retrospectivamente a partir de las cuestiones del presente, o bien lo defectuoso es justamente lo contrario, es decir, hacerse la ilusión de que es posible una contemplación «puramente histórica». Mi posición se desprende ya del propio uso de la palabra «ilusión»³⁶. Quien crea poder librarse en la observación del Derecho del pasado de sus propios condicionamientos está fabricando ya las causas determinantes de su propia ceguera.

Así, el historiador del Derecho resulta especialmente sensible a las ilusiones de naturaleza comparable en el Derecho vigente. Quien opine seriamente que un operador jurídico medio en cualquier lugar de Europa va a leer una norma cualquiera de otro modo que a través de los anteojos de su propia formación, se equivoca, aunque sólo sea por la sobrecarga de muchos tribunales con casos cotidianos. Pero, si se consigue montar los citados anteojos en una óptica más integradora, ya se habrá logrado mucho. La interpretación histórica en sentido amplio no sólo contextualiza el Derecho comunitario, sino que también amplía el conocimiento de los ordenamientos jurídicos vecinos e instruye la mirada hacia aquella condicionalidad, limitabilidad y apertura históricas del Derecho que está parcialmente olvidado, pero que sigue actuando de manera tanto más real. Si el Derecho privado comunitario tuviera repercusiones en este sentido en el Derecho intraestatal, constituyéndose así en catalizador de una metodología transformada, entonces no llegaría a ser ese factor distorsionador del sistema que se insinúa desde una cierta visión unilateral, sino más bien el espinazo necesario en la carne demasiado grasa que representa lo que queda del Derecho nacional.

³⁶ Esto es, en sentido negativo o peyorativo (el único que existe en alemán).

La cláusula contractual

GIANLUCA SICCHIERO

Profesor de Instituciones de Derecho Privado
en la Universitá Ca'Foscari de Venecia

RESUMEN

En el artículo se acusa la falta de atención que la doctrina ha mostrado sobre esta materia no sólo en Italia sino en toda Europa. Se parte de la distinción entre la cláusula en sentido formal y en sentido sustancial, y se analizan las ventajas e inconvenientes de ambas nociones. La primera de ellas considera que la cláusula es aquella parte del contrato que se individualiza bajo una única rúbrica, a diferencia de la noción sustancial que viene caracterizada por la idea de indivisibilidad, esto es, la «cláusula» en sentido sustancial se definiría como aquel precepto del contrato que no puede ser descompuesto en comandos más simples. En base a tal distinción, en el artículo se afronta, entre otros, el problema de la denominada «cláusula bilateral», en el sentido de analizar si ésta constituye una única cláusula formal o dos cláusulas materiales.

Los códigos civiles europeos y el *common law* no se ocupan de la cláusula contractual.

Incluso la doctrina, que ha escrito tratados enteros sobre el contrato, apenas ha afrontado la cuestión.

En el *common law*, por ejemplo, uno de los textos más famosos sobre el contrato dedica 150 páginas a las diferentes hipótesis de cláusulas, pero no contiene alguna definición de cláusula¹; otros se limitan en cambio a indicarla en «*a distinct section or provision of a legal document or instrument*»².

En la literatura alemana Von Thur³, afrontando el problema de la nulidad parcial del contrato, regulada en el parágrafo 139 del BGB, indicaba que «*wenn die Willenserklärung mehrere logisch.*

¹ CHITTY, *On contracts*. 1, Londra, 1999, part three, «The terms of the contract», pp. 583-732.

² Black's law dictionary, St. Paul, Minnesota, 1999, *ad vocem*.

³ *Der allgemeiner Teil des BGB*, II, I, Monaco-Lipsia, 1914, p. 194.

unterscheidbare Festsetzungcn enthält (das Gesetz spricht von Punkten), kann man sie in einzelne Bestandteile zerlegen»⁴.

Se trataba de una sugerencia que podría haber sido desarrollada propiamente en relación con la cláusula contractual; en cambio, no ha tenido éxito. De hecho cincuenta años después, en una de las más conocidas monografías sobre la nulidad parcial, se utilizan de manera indistinta los términos *Bestimmung, Abrede, Klausel*, como si tratase de sinónimos⁵; signo inequívoco de que no se ha profundizado en la distinción entre cláusula en sentido formal y en sentido sustancial.

En estudios más recientes sobre la disciplina introducida por la directiva sobre las cláusulas abusivas núm. 93/13, se aprecia la distinción entre *Klausel* y *Bestimmung*. Se trata por tanto de verificar el problema de la ineficacia no referida a la forma sino al contenido dispositivo del acto⁶; también aquí, sin embargo, nos encontramos lejos de un estudio en profundidad del problema.

Mayor consideración merecen algunos estudios españoles recientes, también inspirados por la legislación sobre cláusulas abusivas, que han acogido el problema de la nulidad parcial de la cláusula y por tanto el de la necesidad de profundizar en el significado que se debe de atribuir al término, distinguiendo entre el aspecto formal de la cláusula y su contenido⁷.

En Francia el problema de la cláusula parece casi ignorado: de ella se habla sólo como «*disposition particulière d'un acte juridique (convention, traité, testament) ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités (prix, date ou lieu d'exécution, etc.), soit de l'assujeter à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun (on parle alors de clauses spéciales)*»⁸. Incluso uno de los mayores civilistas del país transalpino se limita a decir que «*le clause est une partie de contrat portant sur un point particulier. Le clause est au contrat ce que l'article est à la loi*»⁹.

⁴ La cita de VON THUR hace referencia a los párrafos 154 y 155 del *BGB*.

⁵ VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte*. Colonia, Berlino, Bonn e Monaco, 1968, p. 84; v. anche, ad es., p. 54, en la que se usan como sinónimos *Klausel* o *Bestandteil*. o p. 119, en la que *Klausel* vale como *Teil*.

⁶ V. ad es. MÉDICUS, *Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, in *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, Colonia, 1987. pp. 90-91.

⁷ Cfr. PAGADOR LÓPEZ, «Concepto de cláusula», en AA.VV., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigido por NIETO CAROL, Valladolid, 2000, p. 276; PASQUAL LIAÑO, «Régimen aplicable y Efectos», en AA.VV., *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Elcano, 1999, pp. 301 ss.

⁸ «*Vocabulaire juridique*», dirigida por CORNU, VII ed., *Presses universitaire de France*, s.d., *ad vocem*.

⁹ CARBONNIER, «*Droit civil. Les obligations*», *Presses universitaires de France*, 1991, p. 42; contra FRANZONI, «*Degli effetti del contratto*», en *Commentario Schlesinger*, Milano, 1999, p. 39.

Este silencio parece pesar actualmente más, porque se observa que «*il devient urgent que le droit engedre una théorie générale des clauses*»¹⁰.

En realidad la cuestión no era ignorada en el pasado, si se observa que de cláusula se hablaba ya en las fuentes más antiguas, e históricamente su significado se encuentra en aquellas romanas en la individualización de una parte, un capítulo de la ley o del edicto¹¹: «*quindi l'espressione clausula edictalis, significa un capo dell'editto del pretore urbano o peregrino o degli editti provinciali*»¹², de las que daría testimonio un pasaje de Marcello¹³; «*caput editi quod a Iuliano introductum est id est... nova clausula*»¹⁴.

La citada noción –en la que se subraya el aspecto preceptivo¹⁵– sería sucesivamente trasladada del campo del derecho público al del derecho privado, donde viene «*usata per indicare una delle particolari pattuizioni che possono aggiungersi ai vari negozi giuridici*»¹⁶.

¿Pero la cláusula del contrato constituye verdaderamente un problema para los juristas? ¿O bien la falta de estudios sobre la cuestión es la prueba de que no hay necesidad de hablar de ella?

En realidad hoy existe una referencia expresa: la directiva núm. 93/13 sobre cláusulas abusivas habla en el artículo 3 de cláusula o elementos de cláusula¹⁷.

¹⁰ FRISON-ROCHE, *Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et regulation économique*, Riv. trim. dr. civ., 1998, I, p. 49; que el tema de la cláusula, referido a su estructura en relación con el problema de la nulidad parcial «no ha sido suficientemente explorada por la doctrina» es afirmado también por PASQUAL LIAÑO, «Régimen aplicable y Efectos», en AA.VV., *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, dirigido por Bercovitz Rodríguez-Cano, Elcano, 1999, p. 304.

¹¹ También en la doctrina italiana moderna el término viene utilizado en tal modo: ad es. da ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano, 952, p. 49, que define como cláusula edictal la fórmula *pacta conventa seervabo* del edicto del pretor urbano que figura en el Digesto (D. 2.14.7.7); usan la misma terminología también TALAMANCA, «La tipicità dei contratti romani fra *conventio* e *stipulatio* fino a Labeone», en AA.VV., *Contractus e pactum, Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo repubblicana*, Napoli, 1988, pp. 54-56, 60-61, passim; BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975, pp. 481, 486, 641.

¹² BRUGI, voce «Clausula edictalis», en el *Digesto*, VII, 2, Torino, 1897, p. 363; las mismas palabras se utilizan en GRASSETTI, «Clausola del negozio», *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 184.

¹³ D. 37.8.3.

¹⁴ BRUGI, ibídem.

¹⁵ FRAGALI, «Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio», *Giust. Civ.*, 1959, I, p. 315.

¹⁶ COSI SACCHI, voz Clausola, *Enciclopedia giuridica italiana*, III, II, 2, Milano, 1913, p. 631.

¹⁷ El artículo 3.2 en la versión francesa del texto de la directiva indica de hecho que «le fait que certains éléments d'une clause o qu'une clause isolée...»; la traducción es idéntica en otros idiomas; en el inglés indica que «the fact that certain aspects of a term or one specific term...»; en el alemán «die Tatsache, daß bestimmte Elemente einer Vertragsklausu-

Podría entonces considerarse oportuno distinguir la cláusula contractual del elemento de cláusula. O bien indicar que el legislador europeo ha querido superar cualquier ambigüedad y usar una terminología tan amplia para prevenir cualquier discusión inútil sobre la noción de cláusula.

Quizás la segunda opción es la mejor: de hecho el artículo 3 de la directiva no señala reglas diversas para la cláusula abusiva o para el elemento abusivo de una cláusula, por lo que la distinción no conduciría a ningún resultado práctico.

Estoy sin embargo convencido de que hay fuertes razones para fijar la noción de cláusula del contrato, a la cual he dedicado un estudio recientemente publicado en Italia¹⁸.

Deseo mostrar algunos resultados de este estudio partiendo de un ejemplo.

En Italia la ley núm. 197 del año 1991 prohíbe los pagos al contado por un montante superior a los 10.333 euros, que deben realizarse a través de otros medios indicados por la ley. Ello para prevenir el blanqueo de dinero procedente de operaciones ilícitas.

La prohibición es ineludible: los italianos hablarían de «*ordine pubblico economico*».

Supongamos ahora que un contrato contiene la siguiente cláusula: «el precio de venta es de 15.000 € a pagar al contado».

¿Qué sucede con este contrato?

El artículo 1419 CC italiano indica que «*la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole, importa la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità*¹⁹».

El parágrafo 139 del BGB contiene una fórmula opuesta²⁰: la nulidad de una cláusula del contrato provoca la nulidad del entero contrato, salvo que resulte que los contrayentes lo habrían concluido incluso en ausencia de esta cláusula.

sel oder cine einzelne Klausel...»; en el español «el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada...»; en el italiano publicado en la G.U.C.E., 15 de julio de 1993, núm. 55, habla del «fatto che taluni elementi di clausola o che una clausola isolata...».

¹⁸ SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Cedam (Padova), 2003, p. 305; in precedenza v. SICCHIERO, «Studi preliminari sulla clausola del contratto» en *Contratto e impresa*, 1999, pp. 1194 ss.

¹⁹ El apartado segundo añade sin embargo que «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contrato, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative».

²⁰ Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein wurde.

En ambos casos, sin embargo, es necesario que el contrato sea autosuficiente incluso sin la cláusula nula; en el caso examinado, si se elimina la cláusula relativa al precio de la venta, el contrato no se sostiene en pie.

Por tanto debemos pensar que es nulo todo el contrato.

Todos advierten sin embargo que la solución es demasiado drástica. De hecho la ley italiana no prohíbe pagar la suma de 15.000 euros, sino su pago en efectivo; no está prohibido por tanto aquel tipo de contrato, sino que se prohíbe únicamente la modalidad de pago.

Por tanto eliminar el contrato sería una consecuencia excesiva respecto a la *ratio legis*.

El problema debe afrontarse entonces de otro modo, partiendo de la cláusula y no del contrato.

El término «*clausola del contratto*» puede asumir de hecho dos significados diversos.

El primer significado puede denominarse formal: es cláusula cualquier parte del contrato; la llamaré propiamente noción formal de cláusula (*Klausel, clause, term*).

El segundo significado puede denominarse sustancial: es cláusula cualquier proposición que produzca un efecto jurídico; la llamaré noción sustancial de cláusula (*Bestimmung*, ingl. e fr. *Determinazione*).

La cláusula «*il prezzo della vendita e di 15.000 € da pagare in contanti*» debe analizarse en función de lo apenas indicado: según la noción formal es única; no lo es en cambio según la noción sustancial.

De hecho esta cláusula puede dividirse en dos cláusulas ulteriores: a) el precio de la venta es de € 15.000; b) el precio debe pagarse al contado.

Si se procede así, no será por tanto nula toda la cláusula. Dado que hemos dicho que se trata de dos cláusulas sustanciales, será inválida sólo aquella que hace referencia al pago al contado; seguirá siendo en cambio válida la que hace referencia al precio.

Una vez eliminada sólo la cláusula sobre el pago al contado, y no la relativa al precio, el contrato es autosuficiente. Se podrá en este caso individualizar un problema diverso: ¿habrían concluido las partes el contrato en ausencia de la parte inválida? La respuesta hace referencia sin embargo al contrato y no a la cláusula por lo que no pretendo detenerme aquí²¹.

²¹ Se puede señalar que los alemanes, frente al § 139, han inventado la *salvatorische Klausel* que, si es insertada por las partes, impide declarar la nulidad del contrato (v. ad. es. LARENZ-WOLF, *Allgemeiner Teil des buergerlichen Rechts*, Mónaco, 1997, p. 852; MAYER-MALY, in AA.VV. *Munchener Kommentar zum BGB*, dirigido por Sacker, Mónaco, 1993, sub § 139,

Añado en cambio que la necesidad de individualizar la cláusula sustancial ha sido objeto de algunas decisiones de la corte de casación italiana.

Se trataba de hecho de valorar la nulidad de algunos pactos contenidos en cláusulas de los contratos colectivos del trabajo: ¿debía sustituirse toda la cláusula que contenía un pacto inválido o por el contrario sólo este último, permaneciendo inalterables las otras partes de la cláusula?

La respuesta ha seguido la orientación previamente citada: la casación ha afirmado que la cláusula va individualizada en el precepto (comando) que produce el efecto prohibido y no en el conjunto de los comandos que estén unidos sólo formalmente (con un único número o una única rúbrica); en consecuencia, la nulidad y la sustitución hacen referencia no a la entera cláusula (noción formal, *Klausel*), sino sólo a aquella parte contraria a la ley (noción sustancial, *Bestimmung*)²².

En Italia prevalece esta noción de cláusula²³, aunque algunos autores disientan, prefiriendo la noción formal²⁴. También la doctrina española parece compartir tal orientación, al menos en las palabras de quien afirma que una cláusula es cada una de las reglas de conducta (en sentido material) que configuran las posiciones de las partes en un contrato²⁵.

p. 1184). Los italianos, que en el artículo 141,9 CC siguen la regla opuesta, usan en cambio la cláusula de inescindibilidad, para hacer que se declare la nulidad de todo el contrato cuando no quieren que sea jamás modificado. La cláusula de inescindibilidad plantea graves problemas cuando estamos en presencia de una nulidad «di protezione»; los jueces italianos, en estos casos, los resuelven como indica la directiva sobre cláusulas abusivas en su artículo 6, coma I. De hecho en estas hipótesis declaran nula la cláusula de inescindibilidad, para impedir que sea usada contra el sujeto que la nulidad trata de proteger (Cass., 16 de noviembre de 1996, n. 10050). Naturalmente las cuestiones a afrontar son muchas más (ad. es., qué hacer si las partes no han dicho nada al respecto), pero aquí no hay suficiente espacio para afrontar tales argumentos.

²² Cass., sez un., 16 de octubre de 1958, n. 3294; idéntica en la sustancia Cass., 28 de abril de 1959, n. 1245, en *Foro italiano*, 1959, I, c. 732. En un mismo sentido, sucesivamente, Cass., 26 de junio de 1987, n. 5675, en *Foro italiano*, 1988, I, c. 170; id., 4 de abril de 1984, n. 2183, en *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1984, p. 792; id. 16 de febrero de 1984, n. 1184; id. 11 de abril de 1979, n. 2123; id. 22 de junio de 1962, n. 1631, en *Foro italiano*, 1962, I, c. 1940.

²³ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, II, 1, p. 144. Cfr., entre otros, ROPPO, *Il contratto en el Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 458; BIANCA, *Diritti civile, Il contratto*, Milano, 2001, p. 315; GRASSETTI, voz *Clausola del negocio*, cit., p. 185; BETTI, «Teoria generale del negozio giuridico», en el *Trattato Vassalli*, Torino, 1960; pp. 150-153; SCOGNAMIGLIO, «Dei contratti in generale» en el *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 239; CARRESI, «Il contratto» en el *Trattato Ciccu-Messineo*, Milano, I, 1987, pp. 214-215; CASELLA, *Nullità parziale del contratto ed inserzione automatica di clausole*, Milano, 1971, pp. 18 ss.

²⁴ SACCO, en SACCO-DE NOVA, *Il contratto, nel Trattato Sacco*, II, Torino, 1993, p. 503; [Bigliazzi] GERI, «Sul significato del termine «clausola» in relazione al II comma dell'articolo 1419 CC» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, spec. pp. 688-689; NATOLI, «Su una "rimeditazione" relativa al II comma dell'articolo 1419, CC, en *Rivista giuridica del lavoro*, 1958, II, pp. 545 ss.

²⁵ PAGADOR LÓPEZ, *Concepto de cláusula*, cit., p. 274; PASQUAL LIAÑO, ibídem.

Las indicaciones precedentes permiten examinar un caso diverso.

Piénsese en la cláusula que indique que «*con la firma del presente contratto si da quietanza per il pagamento del prezzo di € 15.000 pagato in contara*». Aquí, en realidad, no habrá una nulidad de la cláusula, porque ésta contiene una declaración confesoria; indica, esto es, como ha tenido lugar en concreto el pago, pero no contiene una obligación determinada para los contrayentes. Por tanto su contenido descriptivo no será sancionable, propiamente por su falta de idoneidad para vincular a las partes a seguir el contrato según la modalidad prohibida por la ley.

En este punto es por tanto necesario profundizar en la noción sustancial de cláusula (*Bestinigung*), mientras que la noción formal no presenta problemas, dado que viene individualizada en una parte cualquiera del contrato.

La noción sustancial de cláusula podría definirse mejor así: es cláusula cualquier precepto indivisible del contrato que produzca efectos jurídicos.

¿Por qué indivisible?

Porque cada vez que se pueda descomponer la cláusula en ulteriores comandos, tendremos entonces más cláusulas.

Piénsese por ejemplo en una cláusula que regule el transporte marítimo de las mercancías.

La hipotizamos así: «*la consegta deve effettuarsi entro il 31 luglio CIF molo di Venezia*».

Formalmente la cláusula es única. Según la noción sustancial está sin embargo compuesta de al menos tres obligaciones distintas: a) la mercancía debe entregarse antes del 31 de julio; b) la mercancía debe entregarse en el puerto de Venecia; la entrega debe efectuarse CIF, es decir, *cost insurance and freight*.

Pero esta última indicación puede a su vez contener múltiples pactos. De hecho la cláusula CIF precisa, según el significado usual, que el vendedor debe asumir los gastos de transporte hasta el puerto de destino indicado y debe asegurar la mercancía, mientras los riesgos de ésta se transfieren al comprador²⁶.

Por tanto, sólo componiendo la cláusula y separando todas las obligaciones o los derechos derivados se puede verificar cuáles son las consecuencias jurídicas que la cláusula produce.

Sólo verificando las consecuencias producidas se puede comprobar qué cláusulas (noción sustancial) van eliminadas en cuanto contrarias a la ley y cuáles mantenidas.

²⁶ Incoterms, ed. 2000, p. 123.

En definitiva, si del análisis del texto contractual resultase que el efecto se produce no en virtud de una proposición contractual sino de una de sus partes, debemos por tanto entender que esta proposición no se identifica con la cláusula, sino que contiene varias²⁷; precisamente por la posibilidad de distinguir, en su interior, ulteriores proposiciones, cada una de las cuales dirigida a obtener un efecto diverso, o bien una de las cuales tenga carácter descriptivo y la otra contenido preceptivo.

Lo apuntado hasta ahora permite afrontar el problema de la llamada cláusula bilateral²⁸, es decir de la regla contractual que con una única formulación prevé obligaciones o derechos recíprocos a cargo de las partes.

En Italia el apartado segundo del artículo 1341 CC impone una específica aprobación por escrito de algunas cláusulas, retenidas particularmente gravosas («*vessatorie*») para quien se adhiera a un contrato predisuelto a través de formularios o módulos.

Sin embargo, en más de una decisión el Tribunal Supremo ha considerado que cuando una cláusula sea «bilateral», regulando, por tanto, ciertas cuestiones a ventaja no sólo del que las predispone sino también del adherente, desaparezca la obligación de su específica suscripción²⁹.

Dicha orientación, abandonada por una reciente decisión del Tribunal Supremo³⁰ y discutida por la literatura³¹, no era persuasiva: no es nada extraño que un pacto del acuerdo vincule ambas partes de la misma manera sin que salga a relucir el problema de la bilateralidad de la cláusula misma.

Hay algunas cláusulas que el mismo artículo 1341 CC indica que son, con mucha seguridad, bilaterales, por ejemplo aquéllas en

²⁷ ROPPO, cit., p. 458; CASELLA, cit., p. 20; CRISCUOLI, *Nullità*, cit., p. 143. También NATOLI, cit., p. 548, que sigue la tesis opuesta, admite de todas formas que «la nulidad parcial de la cláusula, la parte de la cláusula no está prevista».

²⁸ Según G. PATTI, «Condizioni generali di contratto» en G. y S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Milano, 1993, p. 351, con dicho término se hace referencia a la cláusula predisuelta por uno de los contrayentes pero formulada en un modo tal que puede hacerse valer, al menos en abstracto y según las circunstancias, a favor y a cargo de ambos contrayentes.

²⁹ Cfr., por ej., Cass., 14 de julio de 1986, n. 4540; id., 28 de abril de 1981, n. 2594, *Giurisprudenza italiana*, 1982, I, I, c. 1449; por algunos aspectos –esto es para igualar los efectos del pacto de prueba en el contrato de agencia en la cláusula de receso–, id., 22 de enero de 1991, n. 544, *Giustizia civile*, 1991, I, p. 853. Entre los jueces del fondo de la cuestión Tribunal de Turín, 15 de setiembre de 1989, *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 2, c. 834.

³⁰ Cfr. Cass., 27 de febrero de 1998, n. 2152, *Foro italiano*, 1998, I, c. 1051, aunque ya id., 21 de diciembre de 1978, n. 6145.

³¹ Por ej., por GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, pp. 314-315; SCOGNAMIGLIO, *Contrato*, cit., pp. 278-279, y BIANCA, *Contracto*, cit., p. 352. Observaciones en sentido contrario en TAMPONI, «La risoluzione per inadempimento» en AA.VV., *I contratti in generale*, en el *Tratt. Rescigno dei contratti*, por E. GABRIELLI, Turín, 1999, p. 1520.

que se prevea la competencia arbitral en lugar de la ordinaria, cláusulas que sirven de la misma manera a ambos contrayentes.

Pero el problema puede enfocarse también valorando la cláusula bilateral en su aspecto estructural. De hecho esa cláusula sólo aparentemente es una, ya que camufla dos opuestos preceptos, porque ve a las partes recíprocamente una vez sujeto activo y otra sujeto pasivo de la regla allí contemplada.

En tal situación la especialidad de la cláusula bilateral consiste justamente en su construcción, que ve –si se permite la terminología sólo descriptiva– cada parte en un caso en el lado activo del efecto y en el otro en el lado pasivo; una vez aventajado y otra desaventajado.

En tal caso la conclusión parece simple: la reunión de los dos preceptos en una única regla no impide distinguir los preceptos en cuestión; por lo tanto, el juez podrá constatar si los contrayentes han respetado la ley (o en el caso específico, si han aprobado correctamente la cláusula de acuerdo con el artículo 1341 CC o si han intentado sortear la ley con el pretexto de la naturaleza «bilateral» de la cláusula).

Es necesario distinguir, ya que, separando los componentes de la cláusula, nos encontramos con dos efectos que se distinguen entre sí, porque la cláusula bilateral en realidad es una única cláusula formal que contiene dos cláusulas materiales.

De ahí la consecuencia que la frustrada aprobación de la cláusula, de acuerdo con la regla del artículo 1341 CC italiano, hará ineficaz el precepto que no respete la regla formal; en cambio, continuará siendo eficaz el otro precepto, que se sustrae a esa regla.

Es decir, no será nula toda la cláusula; ésta deberá descomponerse en dos cláusulas; será ineficaz sólo la que viola el artículo 1341 CC; la otra continuará siendo válida.

La función de esta propuesta es evidente: salvar en lo posible la autonomía de los contrayentes; eliminar sólo aquellas cláusulas que estén en contraste con normas imperativas de ley, preservando la eficacia de las otras partes del contrato.

Si no me equivoco, se trata de un objetivo perseguido también por algunos autores alemanes que dan dicha lectura al parágrafo 139 BGB. De hecho, aunque tal disposición indique como regla general la nulidad del contrato cuando sea nula una de sus partes, se propone igualmente una lectura distinta, considerando que la nulidad de todo el contrato represente más bien una excepción³².

³² VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte*, cit., p. 97, escribe que «die Anwendung des § 139 darf keineswegs automatisch zu einer vollständigen Vernichtung des teilweise unwirksamen Rechtsgeschäfts. Vielmehr wird eine Aufrechterhaltung häufig dem richtig

Aun y así, hemos dicho que la cláusula material (*Bestimmung*) debe producir efectos jurídicos.

En efecto, si la cláusula, en vez de imponer, describe hechos, no podrá ser nunca nula, porque los vetos de la ley afectan sólo las imposiciones que producen consecuencias prohibidas.

La ley no tiene interés en las descripciones de hechos que ocurren y a esto me refiero pensando en los denominados «antecedentes o premisas de contrato».

La praxis conoce, de hecho, un mecanismo formal muy utilizado de predisposición del texto contractual, que divide el cuerpo de las disposiciones en dos secciones: las premisas en apertura, que contienen la mayoría de las veces declaraciones sobre intenciones u objetivos de las partes, y las cláusulas preceptivas a continuación, normalmente enlazadas con una remisión a las premisas como parte integrante y material del contrato³³.

No se conoce el origen de esta praxis; que en cualquier caso pone en evidencia la preocupación de las partes por explicarse, esclarecer las razones que les induce a un determinado acuerdo y plantea el problema de la relevancia que asumen los antecedentes³⁴.

Un punto parece indiscutible, esto es, que el intérprete que interpreta el contrato no puede olvidar el contenido de las premisas³⁵, también por la obligación de respetar el criterio de la totalidad previsto en el artículo 1363 CC italiano³⁶. Tal obligación, según el Tribunal Supremo, se aplica cuando el juez que conoce del fondo de la cuestión efectúe la necesaria conexión entre las indicaciones de las premisas mismas y el contenido de las sucesivas cláusulas³⁷.

Pero la relevancia de las premisas no se limita sólo a los efectos de una completa identificación del significado de las declara-

verstandenen Parteiwillen entsprechen», también CANARIS, «Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen», en *Festschrift Steindorf*, 1990, p. 539.

³³ Un mecanismo similar y conocido también en *common law*; cfr. BURROWS, *Interpretation of documents*, Londra, 1946, p. 48; LEWISON, *Interpretation of contracts*, Londra, 1989, p. 208; donde una noción puramente formal: «the premises are those parts of deed with precede the habendum».

³⁴ V. de hecho ROPPO, *Contracto*, cit., p. 460.

³⁵ BIGLIAIII GERI, *Interpretazione*, cit., pp. 268 ss.; CATAUDELLA, *Contratti*, cit., p. 46, n. III.

³⁶ V. de nuevo BETTI, *Teoria int.*, cit., I, pp. 307 ss., 367, *passim* así como id. *Int. Legge*, cit., pp. 15 ss., 78, 107, *passim*; CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 135; IRTI, «La sintassi delle clausole (nota intorno all'art. 1363 CC)», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, pp. 426-427; SACCO, *Il contratto*, cit., 378; BIGLIAIII GERI, cit., p. 157.

³⁷ Cass., 4 de junio de 1981, n. 3629, *Giustizia civile*, 1981, I, p. 2952. Sobre la necesidad de que la búsqueda hermenéutica sobre el significado de las cláusulas en particular se extienda según el artículo 1363 CC también a las premisas del contrato v. la motivación Cass., 6 de mayo de 1998, n. 4592, *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 1998, spec., p. 252; 16 de junio de 1997, n. 5387, *Contratti*, 1998, spec., p. 339.

ciones de los contrayentes, porque la indicación de las razones, motivos y objetivos de las partes es idónea muchas veces a superar las dudas que se plantean cuando el juez deba indagar si las declaraciones mismas expresan la voluntad y los intereses de los contrayentes.

Se presenta intuitiva la función que las premisas en cada caso asumen para la identificación y relevancia del error³⁸ o para la verificación de la gravedad del incumplimiento; que deben relacionarse con los intereses de las partes.

La relevancia de las premisas se percibe también en tema de conjeturas³⁹.

De hecho las declaraciones contenidas en el contrato no constituyen necesariamente indicios de una eventual decisión de ambos de atribuir a esa enunciación un significado dispositivo⁴⁰.

Así pues, la simple identificación del motivo no es suficiente para determinar su relevancia, sino resulta también que las partes lo hayan insertado concordemente en la estructura del caso en particular (es decir, en la economía del negocio), asumiéndolo como finalidad de una de sus determinaciones preceptivas⁴¹. La observación probablemente puede compartirse: la premisa que indica, por ejemplo, que la casa se adquiere en vistas del propio matrimonio, no consiente considerar que el contrato esté condicionado a la celebración del matrimonio. De hecho normalmente los motivos de las partes, como desde siempre se indica en Italia en base al artículo 1345 CC no tiene relevancia en la economía de la relación⁴². Se podrá acaso averiguar por qué razón esto se haya reflejado en el contrato, por qué esto puede ser relevante; piénsese por ejemplo si la declaración de que se adquiere la casa para casarse sirviera para obtener una financiación con un tipo de interés bajo a través de un ente que subvencione la compra de la casa destinada a residencia para los esposos.

³⁸ ROPPO, cit., p. 460.

³⁹ ROPPO, cit., p. 464.

⁴⁰ CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, p. 150; ROPPO, cit., pp. 460, 475.

⁴¹ CAMARDI, cit., p. 151.

⁴² Sobre el pacífico apunte de que el motivo es normalmente irrelevante a efectos de la validez del acto, fuera de la hipótesis del artículo 1345 CC, ver GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., II, I, p. 317; ROPPO, cit., pp. 317, 318; BIANCA, *Contrato*, cit., p. 461; SACCO, *Contrato*, cit., pp. 684 ss. En jurisprudencia para la afirmación que con fines investigativos sobre el contenido del contrato son irrelevantes los motivos perseguidos por el contrayente aunque estén determinados por la voluntad negocial, allí donde no se hayan exteriorizado en una condición o pacto contractual y, por ej., Cass., 15 de setiembre de 1999, n. 9840.

Pero podría también suceder que el motivo haya devenido parte del contenido del contrato⁴³ convirtiéndose en un comportamiento debido a efectos del cumplimiento contractual. En esta hipótesis, entonces, la premisa tendrá sólo formalmente naturaleza declarativa, teniendo en cambio valor en concreto como resultado al que el contrato tiende.

De ahí la observación que la premisa del contrato puede constituir, por eso mismo, uno de los elementos preceptivos del acuerdo aunque sea circunscrito, pero sólo aparentemente, entre las declaraciones meramente descriptivas; en ese caso, también dichas premisas acaban adquiriendo valor dispositivo, transformándose en cláusulas de perfil material (*Bestimmungen*).

Se puede pues afirmar que las premisas no configuran nunca una parte irrelevante del texto del contrato, aun cuando no camuflen en realidad verdaderas cláusulas en sentido preceptivo, su importancia no podrá no tomarse en consideración, como la referencia a los casos de la presuposición y del error demuestran.

Pero volvamos a las cuestiones generales.

Para distinguir entre cláusulas en sentido formal y cláusulas en sentido material no es siempre posible limitarse a la formulación de la cláusula, porque a menudo ésta engaña.

Ante todo es preceptivo advertir que la cláusula no asumirá necesariamente la forma de la proposición lingüística, pudiendo ser representada también por símbolos: piénsese en las advertencias contenidas en las etiquetas de las prendas de vestir, a las que puede asignarse sin duda carácter descriptivo –la prenda no se estropea si se lava en las formas indicadas, pero también es probablemente función preceptiva–, a efectos de la garantía por vicios ocultos la prenda no debe lavarse en las formas prohibidas, en caso contrario la garantía caducará.

Otro ejemplo: la declaración «desconozco el peso» pronunciada en un discurso entre amigos, se refiere a situaciones que no relevan del perfil jurídico.

Si, en cambio, está contenida en una póliza de conocimiento de embarque, indica que el transportista no conoce el peso de la mercancía que tiene que transportar, pero al mismo tiempo impide al cargador que pueda hacer valer la presunción de correspondencia –hasta prueba contraria– de la cantidad de mercancía por él embarcada según las condiciones del seguro por el mismo estable-

⁴³ Sobre lo cual v. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996, as CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milan, 1966, p. 132.

cidas de acuerdo con el artículo 462 del código de navegación italiano⁴⁴.

Así pues, puede suceder que una cláusula parezca descriptiva, pero en realidad tenga un contenido preceptivo (*Bestimmung*): sólo la forma de la cláusula no es suficiente para determinar su contenido.

Tales observaciones permiten introducir otro problema: el de la interpretación de la cláusula del contrato.

Como es sabido, la hermenéutica es la actividad de selección de los significados atribuibles a los signos lingüísticos⁴⁵.

Ninguna palabra lleva en sí una verdad del mundo sensible; de hecho no debiéramos plantearnos el problema de la interpretación si fuera cierto que las palabras tienen un único significado, natural, objetivo, intrínseco⁴⁶.

Tampoco la interpretación jurídica⁴⁷ se sustraerá a dicha necesidad⁴⁸, aunque cumple una tarea ulterior: debe también localizar, al interno del

⁴⁴ Cass., 3 noviembre de 1983, n. 6470, en *Foro italiano*, 1984, I, c. 1015. Cfr. también *Corte d'Appello di Venezia, 7 luglio 1994, Diritto della navigazione*, 1995, p. 185; Tribunal de Venecia, 18 abril 1992, asimismo, 1993, p. 441; Tribunal de Ravenna, 8 mayo 1992, así como, p. 443; MORELLI, *Sulle clausole a stampa «ignoro peso» e simili in polizza di carico nel sistema delle Regole dell'Aja*, p. 443.

⁴⁵ GADAMER, *Veritá e metodo*, trad. it. por Vattimo, Milan, 1992. pp. 441 ss., 457; BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, ed. por Crifó, Milano, 1990. Sobre la relación entre ambos autores MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, ahora en *Diritto e valori*, Bolonia, 1985, pp. 59 ss.; ARGIROFI, *Valori, prassi, ermeneutica*, Torino, 1994.

⁴⁶ S. FERRERI, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000, p. 26; pero para DENOZZA, «La struttura dell'interpretazione», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, pp. 20 ss, la cuestión así está planteada y vagamente metafísica porque un problema de significado de los textos, relevante desde el punto de vista de la interpretación jurídica, no puede plantearse sin tomar en consideración el proceso comunicativo del que el texto es un componente.

⁴⁷ La literatura sobre la interpretación jurídica en general es vastísima. De Italia vénanse las sugestivas páginas de SACCO, «L'interpretazione», en *Le fonli del diritto italiano*, II, en el *Trattato Sacco*, Torino, 1999, pp. 159 ss., donde la reconstrucción de la opinión de la literatura del último siglo, que se encuentra también en RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, ed ibi pp. 62 ss., en la literatura alemana y en AA. VV., *L'interpretazione del contratto*, por IRTI, Padova, 2000. De enfoque distinto v. TWINING-MIERS, *Come far cose con regole*, trad. Milano, 1990, pp. 264 ss.; una lectura de teoría general en VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione Lineaments di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, pp. 105 ss.; una filosófica en ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, 2000, donde se plantea la posibilidad de localizar en la interpretación (la correcta interpretación) el mecanismo de conexión entre justicia y derecho. Para un enfoque histórico v. GIULIANI, PALAIIO y FERRANTI, *L'interpretazione dalla norma civile*, Torino, 1996; la relación entre la interpretación de la regla y su aplicación era estudiado por TARELLO ya en «Orientamenti analítico-lingüistici e teoria dell'interpretazione», *Rivista italiana di diritto e procedura civile*, 1971, p. 1. La especificidad del mecanismo interpretativo en el ámbito del derecho administrativo se contempla en L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, specc., pp. 19-20 y 29 ss.; inclusive un extenso debate crítico con la evolución de las teorías sobre la interpretación.

⁴⁸ Se señalan, en todo caso, otras opiniones, por ej., DENOZZA, p. 1, así empieza su ensayo: «intendo dimostrare che l'interpretazione giuridica dispone di strumenti che le

texto contractual, las proposiciones preceptivas y aquéllas declarativas, distinguiendo las cláusulas materiales de las formales. La interpretación de la cláusula, en realidad, es parte de la interpretación del acto que la contiene. Cuando se asigna un sentido a una específica proposición del contrato, claro está, se procede mediante la valoración global del entramado de disposiciones que lo componen, pasando a continuación a asignar a cada cláusula un sentido determinado aunque provisional⁴⁹.

Dicho significado luego se reexamina porque debe resultar congruo en relación al significado del acto que lo contiene y que representa el contexto.

En efecto, es cierto e indudable que también el idioma se sustenta en reglas⁵⁰; hay, por lo tanto, la normal posibilidad de asignar siempre un significado a la proposición. Aun y así, una valoración del significado de la cláusula fuera del contexto en que está insertado podría no consentir resultado alguno⁵¹ ya que, como es notorio, la cláusula totalmente oscura no puede producir efectos⁵². O si no –lo que es lo mismo– esa valoración podría llevar a dos hipótesis de significado sintáctico perfectamente compatibles e igualmente plausibles, de hacer imposible una elección razonable, causa del carácter necesariamente elíptico del lenguaje⁵³.

consentono di attribuire al testi normativi significati non equivoci; cfr. también Russo, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, por ej., pp. 40, 51 ss., 102, 137, pero es hilo lógico de todo el ensayo.

⁴⁹ Cfr. BETTI, *Teoria int.*, cit., pp. 309-310; IRTI, *La sintassi*, cit., p. 425; id., *Testo e contesto*, Padova, 1996, pp. 1 ss., 12 ss., 44 ss., *passim*.

⁵⁰ Sobre el argumento cfr. SCHAUER, *Le regole del gioco*, Bologna, 2000. V. también SACCO, *L'interpretazione*, cit., pp. 216 ss., pero sobre la vaguedad de los sintagmas de uso común (carácter este a no confundir con la «trama abierta» de las reglas: SCHAUER, cit., pp. 70 ss.) v. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle Jbniti*, cit., p. 6; VIOLA-ZACCARIA, cit., pp. 106, 116, 169-170. Segundo CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione*, Milano, 1961, pp. 47, 197, 219, habría una presunción que en términos jurídicos, salvo «derogaciones expresas», poseen el mismo significado que asumen en el lenguaje común; así también BURROWS, *Interpretation of documents*, cit., pp. 64 ss., para el cual «*prima facie words must be taken to have been in their ordinary and grammatical sense*»; POLLOK, *Principles of contract*, Londra, 1950, p. 199; LEWISON, *The interpretation of contracts*, cit., pp. 4, 65 ss.

⁵¹ «Aggiusto un freno collegando una barra a una leva». Claro, si se da el restante mecanismo. Sólo en conexión con éste la palanca es palanca de un freno; aislada de su apoyo no es ni siquiera una palanca; puede ser cualquier cosa posible, como también nada; WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, trad. it., Torino, 1974, p. 12; DE MAURO, *Introduzione alla semantica*, Roma-Bari, 1975, p. 229, que en p. 214 recuerda que para Wittgenstein el significado de los términos consiste en su uso; sobre la opinión de Wittgenstein, v. también RUSSO, cit., pp. XXIII, 52, 59 ss., 66, 73, 101, *passim*. Más en general cfr. también BETTI, *Teoria int.*, cit., pp. 113, 174; VIOLA-ZACCARIA, cit., pp. 106, 109, 121, 182, 191, *passim*; HART, *C'ontributi all'analisi del diritto*, trad. it., Milan. 1964, pp. 39 ss., 67, 79, *passim*.

⁵² STELLA RICHTER, «L'interpretazione dei contratti dei consumatori», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, p. 1029 (y, en cierto punto, Cass., 10 de mayo de 2000, n. 5995); donde la denegación de la demanda, si fundada en la cláusula oscura, porque el autor no ha probado el fundamento de la pretensión; IRTI, «Principi e problemi di interpretazione contrattuale», en AA.VV., *L'interpretazione del contratto*, por Irti, cit., pp. 630-631, que refleja las indicaciones de CARRESI, últimamente en *Accertamento e interpretazione nel contratto, Contatto e impresa*, 1989, pp. 921, 932, *passim*.

⁵³ BETTI, *Teoria int.*, cit., pp. 217, 339, 805; SCHAUER, cit., p. 37.

Piénsese en el ejemplo que puede extraerse del *common law*: en un caso, el número 1.000 debía entenderse como 1.200, tratándose del antiguo *Anglicus numerus* de los inventarios anglo-normandos⁵⁴.

La literatura italiana considera que de las reglas de interpretación subjetiva contenidas en los artículos 1362 ss. CC, se deduzca el principio de la necesidad de verificar siempre el sentido de un determinado texto contractual en base a un doble procedimiento interpretativo. Ante todo deberá fijarse el significado literal de la declaración según el código lingüístico compartido por la comunidad de hablantes a que pertenecen los contrayentes⁵⁵; esta verificación se presenta como prioritaria desde el perfil lógico porque está dirigida a la búsqueda de un significado completo del acto de voluntad⁵⁶.

Pero esto no es suficiente, porque es indispensable tomar también en consideración el comportamiento global de las partes⁵⁷, sin el cual no puede aspirarse a percibir los matices del significado que las mismas habían entendido dar a las normas pacticias a que se han vinculado y que expresa la ineludible necesidad de coherencia, prohibiendo de hecho compartir un sentido que tenga *contra factum proprium*⁵⁸.

Lo que para los autores italianos no es nunca suficiente, en definitiva, es la simple interpretación literal de la cláusula: nadie cree,

⁵⁴ FERRERI, cit., p. 312 (donde otros ejemplos en que, a pesar de la palabra *evidence role*, el juez inglés atribuye un significado especial a las cláusulas del contrato en virtud del «custom or trade usage». Y el caso de los conejos Smith vs. Wilson, ahora en *English reports, King's Bench Division*, vol. 110. p. 266 (donde se lee la entera vicisitud de la que se extrae ('abstract'), y en POLLOK, cit., p. 202: «in a lease, inter alia, of a rabbit warren, lessee convenanted that, at the expiration of the term, he would tease on the warren 10.000 rabbits, the lessor paying for them 60 £ per thousand: Held, in an action by the lessee against the lessor for refusing to pay for the rabbits left at the end of the term, that parol evidence was admissible to show that, by the custom of the country where the lease was made, the word thousand, as applied to rabbits, denoted twelve hundred». Otras hipótesis de lenguaje ambiguo para el *common law* in LEWISON, cit., pp. 154 ss.

⁵⁵ ROPPO, *Contracto*, cit., pp. 470-471.

⁵⁶ Como indica IRTI, *La sintassi*, cit., p. 425, porque tal actividad es el primer paso que da el intérprete cuando se acerca al texto del contrato; BETTI, cit., pp. 309, 310.

⁵⁷ Obviamente se habla del comportamiento común de los contrayentes y no del sentido que cada uno quiera atribuir autónomamente a la declaración: v. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 377; ROPPO, cit., p. 473; CATADELLA, *Il contratto Parte generale*, Torino, 2000, p. 145, que salvaguarda la hipótesis del comportamiento contrastante con la interpretación que la tendría interés en dar a la regla contractual; sobre la *declaratio contra se* como criterio de selección de elementos hermenéuticos v. también BIGLIAMMI GERI, «Interpretazione del contratto», en *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991, p. 126; GENTILI-SICCHIERO, «Contratto collettivo e rilevanza della contrattazione successiva», en *Giurisprudenza italiana*, 2001, pp. 2024-2025.

⁵⁸ Así GENTILI-SICCHIERO, cit., p. 2025; GENTILI, *Sull'interpretazione dei contratti normativi, Contratto e impresa*, 1999, p. 1190: pero v. ya en antiguo GIORGI, *Teoría delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Firenze, 1904, p. 195: cuando las partes contrayentes hayan ejecutado una convención, la manera en que la ejecutan aporta luz sobre su voluntad.

en efecto, en el antiguo axioma legal *in claris non fit interpretatio*⁵⁹,⁶⁰ como si se tratara de encontrar un sentido existente aunque oculto, una especie de tesoro enterrado⁶¹.

A esto se añada que para los italianos está en desuso la idea de que la interpretación esté dirigida a averiguar la voluntad meramente psicológica de las partes.

En efecto, para nosotros las reglas sobre la interpretación no representan consejos para el juez, para ayudarlo, esto es, a averiguar la voluntad de los contrayentes. Todo lo contrario, ya que el juez debe interpretar el contrato siguiendo esas reglas, no tendrá que encontrar la verdad (que no existe) sino atribuir un significado relevante según el derecho a las declaraciones de los contrayentes.

Aun y así, debe decirse que los jueces italianos han escogido una solución completamente distinta: para el Supremo existiría el denominado principio del gradualismo⁶², según el cual el significado literal de las cláusulas específicamente consideradas puede también resultar suficiente para la interpretación del contrato. Al juez se le consentiría valorar el comportamiento de las partes sólo cuando la interpretación literal dé resultado negativo.

Los problemas que deben afrontarse, a propósito de la cláusula del contrato son obviamente muchos más. El de la interpretación es mucho más amplio de cuanto indicado más arriba; sería necesario tratar la posibilidad de localizar la «cláusula autosuficiente», es decir, que continúe siendo válida aunque sea nulo el contrato que la contiene, pero también la noción de cláusula estilística, la sufi-

⁵⁹ Entre los muchísimos autores italianos v. por todos GRASSETTI, *L'interpretazione del negocio giurídico*, Padova, 1938, reedición 1983, p. 210; GALGANO, *Diritto civile*, cit., p. 436; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., pp. 230-232; BETTI, *Teoría int.*, cit., pp. 339-340; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 381, y *L'interpretazione*, cit., pp. 185-186; BIANCA, cit., p. 421.

⁶⁰ En realidad ese criterio es insuficiente también desde el perfil lógico si se observa que la calificación de claridad deriva necesariamente de una interpretación ya habida: por todos v. TROPER, «Una teoría realista dell' interpretazione», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, p. 479; GADAMER, cit., pp. 457-458; VIOLA-ZACCARIA, cit., pp. 111-117. Es notorio que entre los filósofos la posición más radical era la de NIETZSCHE, *Sämdiche Werke*, *Der Wille zur Macht*, Kroner ed., Stuttgart, 1980 (12 ed.): «gegen den Positivismus, welcher bie dem Phanomen stehnbleibt "es gibt nur Tatsachen", würde ich salten: nein, gerade Tatsachen gibt es nicht, nur Interpretationen» (§ 481, p. 337). De hecho «was kann allein Erkentniß neinsein? "Auslegung", Sinnheinlegen, –nicht "Erklärung" (in den meisten Fällen Bine neue Auslegung liber eine alte unverständlich gewordne Auslegung, die jetzt selbst nur Zeichen ist). Es gibt keinen Tatbestand, alles flüssig, unfassbar, zurückweichend; das Dauerhafteste sind noch unsre Meinungen» (§ 604, p. 414).

⁶¹ La metáfora es de TWINING E MIERS, cit., p. 224.

⁶² Cfr. *ex multis*, Cass., 16 de enero de 2002, n. 397; 8 de marzo de 2001, n. 3424; id., 11 de mayo de 2000, n. 6028; id., 11 de junio de 1999, n. 5747, o del «racional gradualismo» según id., 30 de mayo de 1995, n. 6050. En Italia esto sucede por la cláusula arbitral.

ciencia o no del acuerdo sobre las cláusulas para la conclusión del contrato e ir así prosiguiendo.

Algunos de estos problemas se resuelven en Italia de distinta manera que en los demás países, mientras que otras veces hay soluciones convergentes.

Aquí no hay siquiera el espacio como para indicarlos todos, pero puedo decir que casi siempre las cuestiones que tienen que ver con la cláusula (y no el contrato) encuentran una adecuada respuesta sobre la base de la distinción antes mencionada entre cláusula en sentido formal y en sentido material.

El hipotecante no deudor: ¿Un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Profesor Titular de Universidad Hispalense Derecho Civil

RESUMEN

En defensa de nuestra jurisprudencia negamos en este trabajo la resurgida teoría del hipotecante por deuda ajena como «fiador real»:

En lo teórico, porque tal tesis constituye una contradicció in terminis perturbadora de categorías clásicas como, sobre todo, la distinción entre derechos reales y personales, entre cargas reales y personales y, por ende, entre garantías reales y personales, desconociendo la diferencia radical, esencial, que entre tales categorías existe en su naturaleza jurídica y, por ello mismo, en su régimen jurídico. Que tanto la hipoteca dada por tercero como la fianza tengan en común el ser ambas garantías ajenas y accesorias del crédito sólo justifica la comparación, no la asimilación, como especies del mismo tronco o género por ser garantías, pero especies o ramas distintas, de diversa naturaleza y, también por ello, de diverso régimen: la fianza, como garantía personal en la que el fiador debe y responde, y la hipoteca, como garantía real, en la que el tercero hipotecante no debe ni responde.

En lo práctico, admitir la tesis del «fiador real» conllevaría, como se pretende, aplicar por analogía el régimen legal de la fianza a la hipoteca dada por tercero, protegiendo con ello en demasiá al hipotecante, por una especie imaginaria de favor pigneratoris, en detrimento de la hipoteca, del acreedor y, por ende, del crédito territorial y del tráfico jurídico inmobiliario. Aun aceptando la analogía, la tesis es inconducente, porque ninguna norma de la fianza tiene aplicación para el hipotecante no deudor: ora por su incompatibilidad con el régimen o, precisamente, con la naturaleza jurídico-real de la hipoteca (como así sucede, vgr., con los arts. 1822, 1825 a 1829, 1837, 1844, 1845, 1847, 1850 y 1854 ss CC); ora por su innecesariedad (vgr., las normas que son efecto de la accesoriad de toda garantía o las relativas al pago de deuda ajena); ora por su excepcionalidad (vgr., arts. 1843, 1851 a 1853 CC, entre otras); ora por todas las razones dichas conjuntamente (como así sucede con los arts. 1830 ss y 1856 CC, sobre el beneficio de excusión).

SUMARIO: I. *Ese mal llamado «fiador real»: contradictorio y perturbador en lo teórico e inconducente en lo práctico.*–II. *Normas de la fianza inaplicables al hipotecante no deudor por su innecesariedad:* 1. Normas de la fianza fundadas en su accesoriiedad, y otras normas colaterales: en especial, los artículos 1823 a 1826, 1835, 1841 y la primera parte de los artículos 1847, 1853 y 1975 CC. 2. Normas de la fianza relativas al pago hecho por el fiador: los artículos 1838 a 1842 CC.–III. *Normas de la fianza inaplicables al hipotecante no deudor por su excepcionalidad:* 1. El favor *fideiussoris*, ¿y el favor *pigneratoris*? La inaplicabilidad de los artículos 1843, 1851 y 1852 CC. 2. La inaplicabilidad de los singulares artículos 1824.II y 1853 *in fine* CC.–IV. *Normas de la fianza inaplicables al hipotecante no deudor por su innecesariedad o por su excepcionalidad, según se interprete la ratio y el alcance de los artículos 1849 y 1975 in fine CC.*–V. *Normas de la fianza inaplicables al hipotecante no deudor por su incompatibilidad con el régimen o con la naturaleza de la hipoteca:* 1. Normas de la fianza incompatibles con la naturaleza jurídico-real de la hipoteca: los artículos 1822, 1847 *in fine* y todos los que regulan la subfianza. 2. Normas de la fianza incompatibles con los principios de especialidad y de indivisibilidad, y por ende con la propia naturaleza, de la hipoteca: los artículos 1825, 1826.II, 1827.II, 1837 y, con él, los artículos 1844, 1845 y 1850 CC. 3. Otras normas de la fianza incompatibles (e innecesarias) con las de la hipoteca: los artículos 1823.I, 1827 a 1829 y 1854 ss CC.–VI. *Normas de la fianza inaplicables al hipotecante no deudor por su excepcionalidad, innecesariedad e incompatibilidad: los artículos 1830 a 1834, 1836 y 1856 CC o el llamado beneficio de orden o excusión:* 1. Naturaleza y fundamento de la excusión del fiador: ¿consecuencia lógica de la accesoriiedad o de la subsidiariedad? Privilegio singular fundado en la equidad, en el favor *fideiussoris*, e inaplicable, por su excepcionalidad, a la hipoteca. 2. El intento de conceder, por analogía o por acuerdo, la excusión al hipotecante no deudor con fundamento en una anacrónica resurrección de la histórica excusión del tercer poseedor y en una errónea alabanza del *Code* y del Proyecto CC-1851: su incompatibilidad con los principios de publicidad y especialidad de toda hipoteca. 3. La pretendida excusión convencional de eficacia *inter partes* en favor del hipotecante no deudor: su nulidad por ser *contra naturam* y *contra legem*.

I. ESE MAL LLAMADO «FIADOR REAL»: CONTRADICTORIO Y PERTURBADOR EN LO TEÓRICO E INCONDUCENTE EN LO PRÁCTICO

Sea por lo que fuere, en los últimos tiempos la práctica parece mostrarnos un mayor uso de la hipoteca por deuda ajena. En parte, parecen demostrarlo las varias y recientes SSTS, que, secundando a las más antiguas, abordan tal figura para negarle la consideración de fianza y, por tanto, la aplicación analógica de las normas que

regulan ésta¹. Frente a tal jurisprudencia ha resurgido, recientemente también, en una importante parte de nuestra doctrina la posición opuesta: la de considerar al hipotecante no deudor como figura idéntica, para unos, o similar, para otros, a la del fiador, y la de aplicarle, por ende, algunas o casi todas las normas que regulan la fianza². Se hablará, entonces, del hipotecante no deudor como «fiador real». No es una opinión original. Ha mucho ya que así lo creyeron importantes juristas, primero, en Francia³, y, luego, por su influencia, en Italia⁴.

¹ Limitándonos, de momento, a citarlas, son destacables las SSTS de 9 de marzo y 14 de diciembre de 1874, 26 de mayo de 1950, 28 de mayo de 1991, 6 de octubre de 1995, 23 de marzo de 2000, 9 de marzo de 2001, y de 3 de noviembre de 2004. En la misma línea se mueve la «jurisprudencia registral», que iremos igualmente viendo en este trabajo.

² MORENO QUESADA, L., *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, 1993, pp. 406, 411, 414 ss.; AZPITARTE CAMY, R., *La hipoteca por débito ajeno*, en Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo, vol. VIII, Madrid, 1988, pp. 63-124; y, como más recientes, LÓPEZ LIZ, J. (*Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH*, Barcelona, 1987, pp. 161 y 162); CORDERO LOBATO, E., «Comentario a la STS de 6 de octubre de 1995», en *CCJC*, 1996, pp. 237-254; FELIU REY, M., «Fianza real. Subrogación por pago de tercero interesado y solidaridad no uniforme», en *La Ley*, 2001 (núm. 5429), pp. 1-16; BILOCHE RINCON, I., *El fiador hipotecario*, Valencia, 2002 (tomada de internet http://www.tirantonline.com/DFRC_1001.htm); elogiando el anterior trabajo citado, PANTALEÓN PRIETO, F., en su apocalíptico trabajo «Diálogo sobre las desventuras jurisprudenciales del “fiador hipotecario”», en *La Ley*, 2002 (núm. 5537), pp. 1-5; mucho más moderada y acertada es CARPI MARTÍN, R., *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Madrid, 2002; y a todos ellos se une hoy INFANTE RUIZ, F. J., *Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004, p. 170 ss. Ya, antes que todos ellos, insinuaron tal idea autores como DE LA RICA (en su conferencia tomada por Núñez Lagos), «La obligación personal y la responsabilidad en las nuevas modalidades de hipoteca», en *RGLJ*, 1947, I, p. 71; PUIG PEÑA (en su *Manual*, t. III-2.^º, p. 40); o, en un trabajo conjunto, ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, «Responsabilidad por débito ajeno», en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, I, pp. 183 y 190, mas sin llevar su opinión a sus últimas consecuencias, como en cambio sí lo hace la doctrina patria más reciente, antes referida. Tal vez el germe de esta más radicalizada postura se encuentre en lo que en su día mantuvo, y aún mantiene hoy a pesar de las muchas críticas recibidas, DIEZ-PICAZO, quien, partiendo de la inseparabilidad existente entre débito y responsabilidad, entendió, y sigue entendiendo, que «el constituyente de la garantía –real– es un fiador y en tanto que fiador un obligado al pago, si bien su obligación queda limitada al valor de los bienes especialmente dados en garantía». Así lo decía en sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, ed. 1978, p. 343, y todavía mantiene tal frase en su 5.^a ed., t. II, 1996, p. 80. Aunque esta explicación fue sostenida antaño y aún hoy por algunos, muy pocos ya (vgr., FELIU REY, pp. 3 y 4), otros autores, los más, la corrigen, considerando, con más razón, que mientras el fiador en sentido estricto es garante personal, pues asume una deuda y responde de ella con todo su patrimonio (cfr., arts. 1822 y 1911 CC, entre otros), el hipotecante por deuda ajena, en cambio, es garante real, pues no se convierte en deudor, es extraño a la deuda garantizada (cfr., art. 1857.II CC), y sólo responde de la deuda ajena limitadamente y *ob rem*, con el bien hipotecado.

³ Con posturas más o menos radicales, y con sentido figurado o más sustancial, según se irá viendo, BAUDRY-LACANTINERIE (y CHAUVEAU, t. 26-II, pp. 406 y 407), apoyándose en ABRY Y RAU, SOULIE, J., *Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement réel sous la forme hypothécaire*, Tesis doctoral, Toulouse, 1913; y, más recientemente, GRUA, F., «Le cautoinnement réel», en *Juris-Classeur Périodique*, 1984, núm. 34; MESTRE, J. (y otros –PUTMAN, E., y BILLIAU, M.–, I, pp. 8, 9, y II, p. 7 ss.); CABRILLAC, M., y MOULY, C. (*Droit des sûretés*, 4.^a ed., París, 1997, pp. 272 y 273); SIMLER, P., y DELEBECQUE, P. (*Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 3.^a ed., París, 2000 pp. 21 ss. y 273).

⁴ Aunque se otorgue el mérito de ser el pionero a GORLA, G. (*Pegno e ipoteca. Garanzie reali delle obbligazioni*, Milán, 1935, pp. 98 ss., 102 y 103; y más directamente

Ya en nuestro anterior estudio sobre la hipoteca (*Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998, pp. 392-396, 405 y 406), dimos cuenta crítica, aunque como cuestión colateral, de aquella tesis sobre el «fiador real». Habiéndose sin embargo regurgitado la misma con más brío y numerosos partidarios, y manteniendo, en cambio, nosotros la misma posición contraria anterior, creemos justificado retomar la cuestión, ahora como objeto específico de estudio.

Ante todo, en lo puramente terminológico, la expresión «fiador real» repugna al rigor científico⁵. Es una expresión híbrida, una *contradictio in terminis* perturbadora de categorías clásicas admitidas por todos, como, sobre todo, la de la tradicional distinción entre derechos reales y personales, y, por extensión, la de la división entre cargas reales y personales, entre garantías reales y personales... Si mientras que el fiador debe y responde, el tercero hipotecante –veremos– no debe ni responde, ¿por qué llamarlo «fiador real» cuando se trata simple y llanamente de un hipotecante no deudor? Precisamente ésta, la de «hipotecante no deudor», propuesta hace mucho por Sanz Fernández (nota 31, pp. 448 y 449) en consonancia con el artículo 1857.II CC, es la expresión que finalmente se ha consagrado en nuestro Derecho: antes en el artículo 131.7.^a LH (tras su reforma por ley de 14/5/1981), aunque hoy derogado por la nueva LEC, en la que, no obstante, también se habla de «*hipotecante no deudor*» (arts. 683.1, 685.1, 686 LEC)⁶. Bien es verdad que parte de «culpa» de la expresión «fiador real» corresponde a nuestro legislador, mas sólo si se atiende a la letra, no siempre técnica, ni precisa, de la ley. Refiérase esa «culpa»,

en *Terzo datore e terzo possessore nell'ipoteca*, en Foro di Libardia, 1935, I, pp. 506 ss.), son también destacables CHIRONI, G. P. (*Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno, vol. I: Parte Generale*, Turín, 1917, p. 3, y vol. II: *Parte Speciale*, Turín, 1918, pp. 526 y 527); CICU, A. [*Diritto Civile. Sull'ipoteca (Lezioni)*], Bolonia, 1929, pp. 281 ss.), quien defendía la aplicación al tercero hipotecante de todas las normas de la fianza; y luego, entre otros, PALUMBO, F. (*La concessione d'ipoteca da parte del terzo. Contributo alla teoria del debito e della responsabilità*, Padua, 1937); BARBIERI, D. (*Il terzo datore di ipoteca*, en *Rivista di Diritto Ipotecario*, 1971, pp. 30, 31 y 57); RUBINO, D. (*La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, Turín, 1952, pp. 221 y 222); CILENTO (*Sulla figura giuridica del terzo datore di ipoteca per debito altrui*, en *Mov. Giur.*, 1991, pp. 183 ss.).

⁵ Para DE PAGE, H. (*Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, t. 6: *Les biens. Les sûretés*, Bruselas, 1957, p. 794) la expresión «caution réel» es «imaginnaire» y «regrettable parce que contradictoire»; para DAGOT, M (*Les sûretés*, París, 1981, pp. 29 ss.) es una expresión trampa. Entre los nuestros, QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (pp. 297 y 298), decía que hablar de «fianza real» es hablar «con un significado amplísimo al margen del rigor científico».

⁶ Por su parte, de «terzo datore» de hipoteca habla hoy el *Codice* (arts. 2868 ss.), y de «*hipoteca constituída por terceiro*» habla el CC portugués vigente (vgr., art. 717). Para un estudio de esta figura en el Derecho portugués, SOUSA, M. F., *Concessão de ipoteca por terceiro*, Coimbra, 1943; y SERRA, A., «Fiança y figuras analogas», en *Boletim do Ministério da Justiça*, 1957.

latísima desde luego, a expresiones legales como la de «*fianza hipotecaria*» que usan, entre otros, los artículos 168.4, 192 LH, 268 RH (sobre hipoteca legal por razón de tutela). Pero, como de todos es sabido, ¡en cuántas ocasiones más emplea la norma el vocablo «*fianza*» en sentido amplio, como equivalente a garantía en general, o incluso en sentido impropio, para referirse a otra garantía, diversa de la estricta, verdadera y única fianza de los artículos 1822 ss CC! Lo hace nuestro Derecho en muchísimas ocasiones: cfr., sobre el sentido lato de «*fianza*», el artículo 25 Reglamento Notarial, o los artículos 167, 260 y 261, 491 ss, 522, 803, 1050, 1922.3.^º CC; y sobre el sentido impropio, cfr., sobre todo, el artículo 36 LAU-1995 y, su precedente, el 105 LAU-1964 (que regula, en verdad, una prenda irregular –de dinero–). En todas esas, y otras, normas la palabra «*fianza*» debe entenderse como «garantía», cualquiera que sea su naturaleza –real o personal–⁷, sin con-

⁷ BELUCHE (cit.), al referirse a los artículos 25 RNotarial, 168.4, 192 LH y 268 RH, me atribuye (en nota 102) ser el único que así opina, como en efecto así opiné en mi obra *Derecho o carga real:..., pp. 395 y 396*, al destacar el doble sentido –amplio y estricto– en que nuestro Derecho emplea la palabra «*fianza*». No merezco tal honor, pues al afirmarlo no hice sino recordar lo que constituye lugar común en la doctrina y en la jurisprudencia (véanse las SSTS de 9 de julio de 1929 y 26 de mayo de 1956), incluyendo a los propios partidarios del «*fiador real*», cuya sola cita sería cansina. Tal empleo, a veces amplio y a veces impropio, de la palabra «*fianza*» no es, además, exclusivo de nuestro actual Derecho. Ya sucedió, sin rasgamiento de las vestiduras, en nuestro Derecho histórico. Ya don Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1875, pp. 33 y 34) decía: «El nombre de fiador es genérico, dice López; pero en el sentido de esta Ley –1.^a, tít. 12, p.^a 5.^a, que definía la fianza– es específico». Y, en efecto, sobre tal ley, ya nos decía GREGORIO LÓPEZ, en su Glosa (1) a «*fiador*»: «*Nomen fidejussoris generalis est, ut contineat etiam mandatorem, constitutorem, expromissorem, et sponsorem, secundum Azon...; sed ista lex diffinit, prout in specie accipitur fidejussor*». Y según PETIT, C. (*Fiadores y fianzas en Derecho Romano visigodo*, Sevilla, 1983), también en el Derecho romano-visigodo se empleó la expresión «*fideiussio*» en sentido amplio en textos como el Breviario de Alarico, el *Codex Euricianus* y el *Liber Visigothorum*. Así también sucedió mucho más tarde en otros Códigos europeos, siendo destacable al respecto, por su incidencia en otros Códigos, como el nuestro, el *Code*; en él (como entre nosotros también sucede en la LEC, y también, vgr., en art. 167 CC), en muchas ocasiones se habla de «*caution*» o de «*cautionnement*», tanto en sentido propio, como en sentido amplio, probablemente, como explican TROPLONG (p. 4) y BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 482), porque así también se empleó tradicionalmente tal expresión por influencia del Derecho Romano (*cautio de cavere, caustum*), donde, no obstante el empleo de aquella expresión, también hubo muestras de que la «*caución*» podía ser personal o real, y sin que por ello se confundiera la fianza en sentido estricto con la hipoteca, ni con la prenda (de modo similar a los artículos 260 y 1855 CC, puede verse, D. 20, 6, 5, § 2, de Marciano, D 20, 6, 6, de Ulpiano, y D. 20, 6, 14, de Labeón, entre otros). Ya los romanos decían: «*plus est cautionis in re quam in persona*» (D. 50, 17, 23, de Pomponio). De ahí que no sea del todo criticable, al menos en lo terminológico, que muchos juristas franceses hablen del hipotecante no deudor y de la hipoteca por deuda ajena como «*caution réel*», o como «*cautionnement réel*», pues son expresiones equivalentes a «garante real» o a «garantía real», aunque, seguramente, como decían TROPLONG (pp. 49 y 50) y en parte LAURENT, F. (*Principes de Droit Civil*, Bruselas, 1878, t. 30, pp. 431 y 432), sea más correcto hablar de «*sûreté (réel o personnel)*», como hoy hacen muchos juristas galos para evitar equívocos en general; pues no sólo sirve tal vocablo para diferenciar a la hipoteca de la fianza, sino también para diferenciar ambas garantías específicas de la garantía genérica de la respon-

fundir por ello las garantías reales con las personales (cfr., entre otros, los arts. 522, 1855 CC, 269.6.^º RH, 538.2.2.^º y 3.^º LEC)⁸.

Más allá de la precisión lingüística, en lo sustancial la premisa fundamental para admitir o negar que el hipotecante por deuda ajena sea un «fiador real» y que, por ende, se le aplique el régimen de la fianza, radica, como ha dicho con insistencia nuestro TS⁹, en determinar la naturaleza jurídica de esta figura.

Al respecto, dejando al margen posiciones extremas hoy ya superadas, curiosamente, tanto los partidarios del «fiador real» como sus detractores coinciden en precisar la distinta naturaleza jurídica de ambas formas de garantía: la fianza es una garantía personal, en cuya virtud el fiador se convierte en deudor, asume una deuda propia *per relationem*, en garantía de una deuda ajena, de cuyo cumplimiento responde con todo su patrimonio como cualquier deudor *ex artículos* 1822 y 1911 CC, sin que el acreedor goce de reipersecutoriedad ni de preferencia en el cobro en la posible ejecución del patrimonio del fiador, lo que a la postre no elimina, por tanto, los riesgos de cualquier crédito, cuales son el concurso de acreedores por asunción de nuevas deudas, que se rige por la *par conditio creditorum*, por un lado, y la posible insolvencia del fiador por la enajenación no fraudulenta de sus bienes, por otro. En cambio, la hipoteca es una garantía real, en cuya virtud el hipotecante, por el solo hecho de la hipoteca, no se convierte en deudor (*vid. 1857.II CC*)¹⁰, pero responde –se dice– limitadamente y *propter rem* con el bien hipotecado, y para cuya ejecución el acreedor goza de reipersecutoriedad y de preferencia en el cobro, eliminando así aquellos riesgos arriba citados (cfr., arts. 1876 CC, 104 LH,...).

sabilidad patrimonial universal del deudor que los franceses llaman «*droit de gage générale*» (la de nuestro art. 1911 CC). *Vid.*, por todos, DAGOT (pp. 29-32, 66-68 y 460). Pero entre nosotros, al importarse aquellas expresiones sin más, sin atender a la diferencia del idioma, ni a la diferencia de naturaleza jurídica que hay entre hipoteca y fianza, se llega a lo que se ha llegado.

⁸ El 522 CC que habla de «fianza o hipoteca», o el artículo 269.6.^º RH, que diferencia «hipoteca, prenda o fianza personal», de modo que, por razón de tutela, puede establecerse una garantía hipotecaria, o bien pignorataria, o bien una verdadera fianza (cfr., arts. 260 y 261 CC); una distinción que también evidencia el artículo 1855 CC, sobre fianza legal y judicial, al disponer que «*si el obligado a dar fianza... no la hallase, se le admitirá en su lugar una prenda o hipoteca, que se estime bastante para cubrir su obligación*». Se admitirá, dice, «*en su lugar*», o sea, en sustitución de la fianza, una prenda o una hipoteca, lo que demuestra la diferencia que entre ellas, como formas de garantía, existe. A tales normas puede agregarse hoy la LEC que se refiere expresamente al «*hipotecante no deudor*» (arts. *supra* citados) como diverso del «*fiador*» –y del «*tercer poseedor*»– (art. 538.2.2.^º y 3.^º LEC).

⁹ En sus SSTS de 6 de octubre de 1995 y de 23 de marzo de 2000, entre otras.

¹⁰ Así ya lo defendíamos, refiriéndonos al tercero hipotecante y al tercer poseedor y mostrándonos contrarios a las diversas tesis obligacionistas de la hipoteca, en nuestra obra *Derecho o carga real...*, pp. 373-400 y 445-453, con cita de autores y razones a los que nos remitimos.

Para quienes, como nuestro TS, niegan la calificación del hipotecante por deuda ajena como «fiador real», les basta con la diferencia de naturaleza apuntada. Y así, incluso, debería bastar, si no fuera porque para los adeptos del «fiador real» tal distinción no es bastante para negar su tesis: por un lado, aceptada la diversa *natura iuris*, se centran en las semejanzas, en efecto, existentes entre hipoteca y fianza, sobre todo en el hecho de ser ambas por igual formas de garantía específica (de analogía y de identidad funcional, causal o teleológica, se habla) caracterizadas por su «ajeneidad» (por ser garantías de una deuda ajena, prestadas por un tercero) y por su accesoriiedad; y, por otro lado, aun admitida la distinta naturaleza jurídica, dado que el fiador debe y responde ilimitadamente, con todo su patrimonio, y que el tercero hipotecante no debe, pero responde limitadamente, con el bien hipotecado, se concluye diciendo que entre fianza e hipoteca dada por tercero sólo existe una diferencia de medida, de técnica garantística, o de eficacia, pues ambas garantías implican responsabilidad, aunque de diverso alcance o extensión¹¹. A la vista de tales diferencia –única, de naturaleza– y semejanzas –varias–, en una posición más moderada, y hoy más común, dentro de la tesis *pro* «fiador real» muchos afirman que no todas las normas sobre fianza son aplicables al hipotecante no deudor: no lo serán, dicen, aquellas que sean incompatibles, bien con las normas imperativas y específicas de la hipoteca, bien con su naturaleza jurídico-real, siendo sólo aplicables por analogía aquellas otras normas de la fianza que se sustenten en lo que de común ésta tiene con la hipoteca dada por tercero: en la ajeneidad y en la accesoriiedad de la garantía, añadiendo algunos, como efecto de tal accesoriiedad, la aplicabilidad de las normas inspiradas en el *favor fideiussoris* para así proteger también al «fiador real»¹². Sólo así,

¹¹ Ya en Italia, GORLA (1935, p. 100) decía que «la differenza sta soltanto nella misura e nei modi della responsabilità». Y así también, DE RUGGIERO (II, p. 508), RAVAZZONI, A. («Terzo datore d'ipoteca e fideiussore», en *GI*, 1958, pp. 469 ss.). En Francia, MESTRE (y otros, I, pp. 8 y 9). Entre los nuestros, ROCA y PUIG BRUTAU (pp. 183 y 190); AZPITARTE (pp. 71 ss.); CORDERO (pp. 244, 246, 248 y 249); BELUCHE (pp. 1-3 y 9-11); con ella, su maestro PANTALEÓN (pp. 1-4); CARRASCO PERERA (y otros –CORDERO LOBATO y MARÍN LOPEZ–: *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, 2002, pp. 478-481); CASTILLO MARTÍNEZ (pp. 78 y 79); CARPI (pp. 23, 24, 27, 28, 85 y 86); INFANTE (p. 176).

¹² Así ya hace mucho que lo defendía CHIRONI (I, p. 3, y II, pp. 526 y 527), a quien sigue, en Italia, GORLA, G. (*Del pegno. Delle ipoteche*, en *Commentario del Codice Civile*, a cargo de A. Scialoja y G. Branca, 3.^a ed., Bolonia, 1985, pp. 390-392 y 394); FRAGALI, M. [voz: *Ipoteca (Diritto Privato)*], en ED, XXII, pp. 777 y 778]; RUBINO (1952, pp. 221, 222, 473 y 474); BARBIERI (pp. 30 y 31); BOERO, P. (*Le ipoteche*, Turín, 1984, p. 672). En Francia, SOULIE, seguido por MESTRE (y otros, II, pp. 7 ss.); CABRILLAC y MOULY (pp. 272 y 273). Y en España, AZPITARTE (pp. 65 y 71 ss.), con el añadido del *favor fideiussoris*; CORDERO (pp. 244, 246, 248 y 249); BELUCHE (pp. 1-3 y 9-11), que en este punto secunda bastante la exposición del francés Mestre en la necesidad de proteger al «fiador real»; con ella, su maestro PANTALEÓN (p. 4), insistiendo una y otra vez en la necesidad de proteger

concluye esta tesis «suave», se colma la ausencia de un régimen legal específico sobre la hipoteca por deuda ajena, apenas mencionada en algunas normas (del CC, LH y LEC arriba citadas), y se consigue mediante el recurso analógico un régimen similar al que expresamente contienen otros Códigos (como, en parte, el BGB, y, sobre todo, el italiano de 1942 y el portugués de 1966) sobre el hipotecante no deudor y cuya similitud con el del fiador es, desde luego, innegable, pues en el régimen de la fianza se inspiraron aquellos Códigos para zanjar la añeja discusión sobre la aplicación por analogía de sus normas al «fiador real».

Vistas todas estas razones *in totum* tal vez pudiera convencer la tesis sustentada, pero vistas por separado...

Lo de la ajeneidad de la obligación garantizada en ambas figuras como razón de su analogía decae por sí solo: en la hipoteca es dato coyuntural, no esencial ni estructural, pues cabe, siendo además lo más usual, que la hipoteca sea constituida por el propio deudor; en la fianza, en cambio, aquel dato es esencial, estructural, pues nadie puede ser fiador de sí mismo (*ex arts. 1193 y 1822 CC*), ya que ello nada añadiría en garantía del crédito¹³. Como razón mayor, añádase que –como se verá a lo largo de todo este trabajo– ninguna norma de la fianza se explica aisladamente por la ajeneidad de la garantía, sino porque la garantía de lo ajeno es de naturaleza personal y accesoria.

Lo de la accesoriiedad, por su parte, es rasgo, sin duda, estructural y esencial tanto en la hipoteca como en la fianza, al margen de aquellos casos en que supuestamente aquel rasgo se suaviza o incluso, según algunos, quiebra y al margen de que la hipoteca, a diferencia de la fianza, no sea puro accesoario, por incidir en el régimen de la deuda garantida¹⁴. Mas aun admitiendo incluso la accesoriiedad como rasgo totalmente común entre fianza e hipoteca, tampoco será necesario –como veremos en el epígrafe II.1– acudir

al «fiador hipotecario» como a cualquier fiador, pues de lo contrario más valdría, dice, considerar a aquél como deudor y responsable; CASTILLO MARTÍNEZ (pp. 78 y 80); CARPI (pp. 23, 24, 27, 28, 86 y 87); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 478-481), también añadiendo éste lo del *favor fidejussoris*; e INFANTE (pp. 176 ss.).

¹³ Así lo advierte, como crítica a la figura del «fiador real», TROPLONG (T. 17, pp. 45 y 46).

¹⁴ El propio CHIRONI (pp. 86 ss.), defensor del «fiador real», dice que las garantías personales son más accesorias que las reales. Como decíamos en nuestro anterior trabajo (sobre *la naturaleza jurídica de la hipoteca*, pp. 357-365), apoyados sobre todo en LALAGUNA DOMÍNGUEZ (*Los créditos hipotecarios*, Madrid, 1977, p. 15, entre otras), que la hipoteca sea funcional y estructuralmente accesoria del crédito que asegura no impide que la hipoteca incida en el propio crédito vigorizándolo en cuanto a su posible satisfacción, erigiéndolo en crédito hipotecario, en crédito real, y atrayéndolo, a veces y en algunos de sus aspectos, al régimen jurídico del Derecho de cosas. Se produce entre ambos, crédito e hipoteca, una unión simbiótica con una mutua repercusión que no tiene parangón en el crédito afianzado.

por analogía a las normas de la fianza que se fundan en su sola accesoriedad para deducir que también para la hipoteca rige el principio *accessorium sequitur principale*, máxime cuando –como también veremos– muchas de aquellas normas sobre fianza atienden a la naturaleza de lo accesorio, esto es, a la *natura iuris* crediticia de la fianza¹⁵.

Que tanto la hipoteca dada por tercero como la fianza tengan, pues, en común el ser ambas garantías ajenas y accesorias del crédito es algo evidente. Pero, ¿justifican por sí solos esos rasgos comunes la analogía entre ambas, la aplicación analógica de las normas de fianza a la hipoteca dada por tercero? También los derechos reales y los de crédito en general tienen en común el ser derechos patrimoniales, o, más en concreto, también los derechos de usufructo y de arrendamiento tienen en común el atribuir el uso de la cosa,... Y, ¿acaso justifican por sí sólos tales rasgos comunes la analogía? Esos rasgos comunes (el ser derechos patrimoniales, de uso,...) justifican la comparación, la confrontación, pero no la similitud. Ahí están la inmediatez de poder *in re* de unos frente a la mediatividad de otros, la absolutividad frente a la relatividad en su eficacia,... datos distintivos éstos que se fundamentan, precisamente, en la diversa naturaleza jurídica de unos y otros y que justifican, a su vez, su diverso régimen jurídico (en cuanto a su adquisición, transmisión, extinción,...). Habrá quien, siendo partidario del «fiador real», diga que la hipoteca y la fianza son análogas por ser las «especies de un mismo género» o las «ramas de un mismo tronco»¹⁶. Sí, del mismo tronco o género por ser garantías, pero especies y ramas distintas, de diversa naturaleza¹⁷ y, por ende, de diverso régimen como lo son los derechos reales y los personales, en general, o el usufructo y el arrendamiento en particular. Aquellas frases entrecerrilladas, pues, no justifican, sino que impiden la analogía, por la diversa naturaleza que ambas garantías presentan. Lo de «fianza real», por tanto, no es más que una inviable quimera nacida del incesto, de la unión *contra naturam* de dos especies filiales del mismo género paterno: la fianza, como garantía personal, y la hipoteca, como garantía real. ¿Por qué confundir, o unir,

¹⁵ Precisamente el que la fianza y la hipoteca, como la prenda y la anticresis, sean garantías accesorias es lo que justifica que nuestro CC, y antes nuestras Partidas, las regule de forma consecutiva, aunque separada, precisamente porque mientras la fianza es garantía personal, la hipoteca, y también la prenda y la anticresis, son garantías reales. Así lo advertimos en nuestra obra sobre hipoteca (pp. 298 y 299). Desechado quede, pues, también el criterio sistemático para apoyar la figura del «fiador real».

¹⁶ Así, AZPITARTE CAMY (pp. 71 ss.).

¹⁷ Así lo destacan para negar lo del «fiador real», DE ROVIRA (NEJ, p. 691); GUILARTE ZAPATERO (en Comentarios al CC de Edersa, p. 360); CASTILLO MARTÍNEZ (pp. 78 y 80); y así incluso CARPI (pp. 67 ss.).

dos figuras netamente distintas? ¿Acaso también sólo existe una simple diferencia de medida y, por ende, son confundibles o fusionables en su naturaleza y régimen, los derechos reales y los de crédito, el usufructo y el arrendamiento,...? Incluso en esa distinción más discutida que existe entre el arrendamiento y el usufructo, a nadie se le ha ocurrido decir que el inquilino es un «usufructuario personal», o que el arrendamiento es un «usufructo obligacional». Porque aunque ambos, arrendamiento y usufructo, sean derechos patrimoniales de goce, el uno es de naturaleza personal y el otro de naturaleza real. La diferencia es radical, esencial; y así es aunque a veces haya coincidencia de régimen legal entre ellos (vgr., arts. 1573 CC y 1.6 LAT), que la habrá por voluntad clara y expresa del legislador, lo cual no sucede con la hipoteca y la fianza, precisamente por ser aquél consciente de la diferencia de naturaleza jurídica, que siempre ha de respetarse y que justifica la diferencia en lo restante del régimen jurídico de ambos derechos¹⁸.

Atendida, precisamente, la naturaleza jurídica de las cosas, resulta inadecuado decir que la hipoteca genera una responsabilidad limitada, pues el paso «lógico» siguiente es acercarla a la responsabilidad, ésta sí, del fiador. Este es, creemos, uno de los peligros que se corren al definir pasivamente la hipoteca como estricta responsabilidad patrimonial, aunque sea apellidándola de real, objetiva, *ob rem* o *intra rem*, limitada,...¹⁹ Bien es verdad que aquí también la propia dicción literal del Derecho puede llevar a tales expresiones, pero ya en nuestra anterior obra (*Derecho o carga real...*, pp. 375-379 y 406-422) lo denunciamos como perturbadora imprecisión sustancial y nominal, que confunde la hipoteca, como carga real, y la estricta responsabilidad patrimonial, que sólo es la del artículo 1911 CC. No teniendo que añadir al respecto nada nuevo a lo que ya dijimos en aquella obra, basta aquí, a continuación, su síntesis:

Cierto que la hipoteca en su origen romano constituía una hipótesis de *obligatio rei*, junto a la *obligatio personae*, de vinculación o responsabilidad de una cosa en garantía del *debitum*; pero hoy día, la idea de *obligatio rei*, separada de la genuina *obligatio bonorum* que de hecho ha quedado como *obligatio a secas*,

¹⁸ Sobre ese artículo 1.6 LAT, nos remitimos a nuestro trabajo: *El arrendamiento vacacional por turno: una alternativa legal a la multipropiedad*, en ADC, 2003, pp. 487-597. Y acerca de la naturaleza personal del arrendamiento, y su distinción del usufructo, puede verse, amén del citado artículo anterior, nuestro *Derecho o carga real, cit.*, pp. 131-139 y 279-290.

¹⁹ Para una exposición detallada de esta doctrina, que es hoy mayoritaria, puede verse nuestro *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998, pp. 401-406, sobre todo, con autores y razones allí expuestos.

no es sino mera expresión lingüística figurada que, aun habiendo sido empleada en nuestros textos históricos y actualmente en las normas hipotecarias, ha dejado de ser el concepto técnico que en su inicio fue. La responsabilidad, como estricta noción jurídico-técnica de garantía, queda hoy referida a la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC, con la cual, salvada la excepción del artículo 140 LH (que siempre es hipoteca del propio deudor)²⁰, convive la hipoteca sin alterarla (art. 105 LH). La hipoteca, a diferencia de la responsabilidad *stricto sensu*, es una forma de garantía real y específica (no genérica e inconcreta en su objeto como la responsabilidad patrimonial) que *ab initio* afecta y sujetá un bien predeterminado que se sustraer de aquella indeterminada garantía (especialidad); es una garantía, la hipotecaria, que por adherirse al objeto gravado como la sombra al cuerpo (herencia real), sigue al inmueble hipotecado cualquiera que sea su dueño y aunque haya salido del patrimonio del hipotecante (arts. 1876 CC y 104 LH), otorgándole al crédito hipotecario preferencia o prioridad en el cobro frente a los demás acreedores que concurren en el procedimiento ejecutivo; una garantía real, en fin, que permite unas medidas de conservación (la acción de devastación) y de ejecución (la acción hipotecaria) objetiva y eficazmente más enérgicas que las que proporciona aquella garantía general, y que supone para el titular del bien hipotecado una serie de límites *ob rem* en su poder *in re* que no existen en virtud de la responsabilidad patrimonial del 1911 CC. Son, pues, tantas las diferencias existentes entre la responsabilidad y la hipoteca que no puede concluirse admitiendo entre ellas una simple diversidad de medida y calificando la hipoteca como mera modalidad de responsabilidad. Si bien ambas son situaciones jurídicas pasivas de sujeción patrimonial garantística –que es el género, el tronco–, implican dos especies –o dos ramas– que difieren en su propia esencia, en su naturaleza intrínseca, especialmente porque la garantía real hipotecaria, a diferencia de la garantía general del 1911 CC, es una carga real (idea ésta que ya desarrollamos en nuestra obra, pp. 445-455 sobre todo, a las que también nos remitimos).

Esta distinción entre hipoteca y responsabilidad es, de hecho, empleada ya hoy por algunos para diferenciar al fiador del hipotecante no deudor, diciéndose de éste que no debe, ni responde, sino que se encuentra sujeto, sometido a la carga real hipotecaria²¹. Tal

²⁰ La STS de 6 de octubre de 1995, sobre un caso de hipoteca por deuda ajena, niega que «haya pacto limitativo de responsabilidad, porque el artículo 140 –LH– no es aplicable más que a las hipotecas constituidas por los deudores en sus propios bienes, como se desprende del artículo 105» de la misma LH.

²¹ Así, LACRUZ (anotado por LUNA SERRANO, III-2.^º, p. 199); RUBIO GARRIDO [en *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario (Itinerario histórico y régimen vigente)*], Madrid, 1994, p. 271, nota 156, y en *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza*, Granada, 2002, p. 248; en ambas criticando ácidamente a Díez-Picazo y, en menor medida, a Guilarte Zapatero; últimamente, CARPI (pp. 78 ss., citándonos en nota 102, p. 79). Y ya mucho antes, Q.M.S (pp. 297 y 298); y, en Italia, MONTEL (pp. 171 y 241).

distinción será estimada por algún partidario del «fiador real» como sutileza inútil en la práctica²². Si por sutileza se entiende la precisión, la agudeza o la finura, ninguna objeción ha de hacerse a tal estimación, ni siquiera aunque haya sido empleada, como parece, con tono peyorativo, pues más vale la sutileza que cualquiera de sus antónimos. Pero total desacuerdo mostramos a lo de su inutilidad práctica; la utilidad de tal sutileza es evitar la grosera aplicación, sustentada en una imaginaria analogía, de las normas de la fianza a la hipoteca por deuda ajena. Todo por ver entre la hipoteca y la fianza una simple diferencia de medida, cuando en verdad es de esencia y radical, de raíz²³. Confundir, fusionar hipoteca y fianza es como intentar la disolución de agua y aceite, líquidos ambos por naturaleza inmiscibles.

Y que no se justifique tal alquimia so pretexto de colmar un vacío legal. También en el Derecho Romano o en nuestras Partidas apenas se mencionaba la figura del hipotecante por deuda ajena sin que ello provocara la necesidad de un régimen singular para tal figura, ni mucho menos para equiparla al fiador²⁴. De admitir, incluso, la existencia de una laguna legal y su solución mediante el recurso analógico a las normas sobre la fianza, los errores teóricos y los riesgos prácticos se multiplican:

Por un lado, ¿acaso no se ve que con ello se va a proteger en demasía al hipotecante, por una especie imaginaria de *favor pigneratoris*, en detrimento de la hipoteca, del acreedor y, por ende, del crédito territorial y del tráfico jurídico inmobiliario? No se olvide que el acreedor hipotecario mira a la cosa hipotecada como garantía, importándole poco, o nada, quién sea su dueño. Ya los romanos decían: «*plus est cautionis in re quam in persona*» (D. 50, 17, 23, de Pomponio). Mucho más tarde insistirá en idéntica idea la Exposición de Motivos de la LH-1861, cuando dice:

«Para conocer la importancia y necesidad del sistema adoptado por la comision, debe tenerse en cuenta que el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El que presta

²² Así, literalmente, PANTALEÓN (p. 1). Ya antes, AZPITARTE (p. 65) dijo que los que niegan la analogía entre el fiador y el tercero hipotecante sostienen una tesis «conceptuosa –sí– y prácticamente estéril».

²³ Como crítica a la denominada «fianza real», TROPLONG (t. 17, p. 45), hablaba de una «différence profonde» entre hipoteca y fianza; de distinción radical y esencial, hablan LAURENT (t. 28, pp. 160 y 161, t. 30, pp. 431 y 432); DAGOT (p. 66); y, en España, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (*Derechos reales. Derecho Hipotecario, II: Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 3.^a ed., Madrid, 1999, pp. 122 y 123).

²⁴ «*Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione, sive pro aliena*», decían muchos textos romanos (vgr., D. 20.1.26; 22.3.23; 20.7.16.1,...), siendo la única

con hipoteca, mas bien que á la persona; puede decirse que presta á la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa porque entra en la obligacion: el deudor es solo el representante de la propiedad; al prestamista nada le interesan el crédito, el estado de fortuna, las cualidades morales de la persona á quien da su dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste a reintegrarle en su día de lo que dio. Su crédito no es un crédito personal, es un crédito real; no depende de la persona del deudor; no está sujeto á sus vicisitudes; lo que importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito á la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño. El crédito territorial así queda suficientemente garantido... Con la adopción de este sistema, los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de un crédito proporcional á su verdadera riqueza, se activará la circulación, bajará el interés del dinero, y nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad».

En idéntica línea, reforzándola incluso, se mantendrán luego las siguientes normas y reformas hipotecarias para fomentar el crédito territorial, lo cual no se consigue sino con una hipoteca fuerte y vigorosa. Ahí está, *a.e.*, el progresivo reforzamiento y agilización de la ejecución hipotecaria desde la LH-1909 hasta la actual LEC (cfr., el ap. XVII, párrafo 2.^º de su Preámbulo). Y así es por no hablar también, como muestra del vigor de la hipoteca, del derecho a la ejecución separada impuesto en la LEC y, aunque atemperado, en la Ley Concursal,... Razones de economía general en este mundo neoliberal, guste o no, lo imponen (y así lo veremos en diversos epígrafes del presente trabajo).

Y, por otro lado, ¿no es revelador que en los Códigos extranjeros vigentes que se citan (italiano, portugués,...) se haya tenido que dar solución expresa y directa a la «cuestión» creando *ex profeso* normas nuevas a imagen y semejanza de las del fiador para aplicarlas específicamente al hipotecante por deuda ajena? Al margen, por ahora, de que ello haya sido acertado o desacertado –como creemos y luego veremos (a salvo el 1852, y, tal vez por extensión, el 1844)–, ¿acaso no podría demostrar tal reconocimiento legal específico que de suyo no cabe aplicar por analogía el régimen de la fianza a la hipoteca por débito ajeno? En esta ocasión, pues, el dato de Derecho comparado no debe ser concluyente en ningún sentido por ser arma de doble filo. Pero incluso de admitirse que tales normas extranjeras se han plegado acerta-

preocupación en todos ellos que el hipotecante por deuda ajena consintiera (expresa o tácitamente) tal hipoteca. Y en la Ley 9, tít. 13, P. 5.^a se decía: «Puede empeñarse la cosa ajena, si el dueño consiente». Así también se observa, en parte, hoy en los artículos 1857 CC y 138 LH.

damente a la innegable analogía que previamente a ellas ya existía, ¿por qué no también admitir la aplicación analógica de las normas de la hipoteca a la fianza? ¿O acaso el régimen de los artículos 1822 ss CC es para toda garantía en general? ¿Para qué, entonces, sirve el consecutivo régimen de las garantías reales *ex artículos 1857 ss CC*? Y se admite o no esa recíproca analogía, ¿acaso no debe haber diferencia de trato, de régimen, si una misma persona sale como fiador e hipoteca además un bien suyo en garantía de la misma deuda ajena que afianza? ¿O acaso, ya como fiador, ya como hipotecante, se le van a aplicar idénticas reglas?²⁵ Innecesario es responder a estas cuestiones, cuya indicación se hace aquí con la intención de llevar a la *reductio ad absurdum* aquella tesis *light* del «fiador real», porque, aun aceptando sus condiciones para el recurso a la analogía, a la postre ninguna norma sobre fianza tiene aplicación para el hipotecante no deudor: ora por su incompatibilidad con el régimen o con la naturaleza propia de la hipoteca, ora por su innecesariedad, ora por su excepcionalidad, ora por todas estas razones dichas conjuntamente. Todo porque, en el fondo, no hay laguna legal que integrar. He aquí, pues, que la tesis del «fiador real», amén de perturbadora y contradictoria en lo teórico, sea inconducente en lo práctico. Veámoslo.

II. NORMAS DE LA FIANZA INAPLICABLES AL HIPOTECANTE NO DEUDOR POR SU INNECESARIEDAD

No son pocas las normas sobre fianza que resultan inaplicables al tercero hipotecante por su innecesariedad; y en gran parte ello es así, sin que deba sorprender, por la propia innecesariedad de algunas de tales normas, incluso para la fianza, residiendo su única virtualidad en ser normas tributarias del pasado, para aceptarlo sin más, para matizarlo o para «corregirlo» conforme a las nuevas reglas generales del CC, y así zanjar viejas disputas.

²⁵ Así plantean tal hipótesis para negar lo del «fiador real», LAURENT (t. 28, p. 172); DE PAGE (t. 6, pp. 656 y 826). Sobre tal hipótesis, en general, puede verse PETRUCCI, C., «Intorno alla figura del fideiussore che abbia garantito anche ipotecariamente l'obbligazione principale», en *GCiv*, 1958, I, pp. 382 ss. Téngase, además, en cuenta que en España, según JURADO JURADO, J. J. (*Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, Barcelona, 2001, pp. 102 y 107), hoy son muy frecuentes las hipotecas por deuda ajena, aunque por exigencias del Banco el hipotecante también se obliga como fiador solidario renunciando a los beneficios de excusión y división, lo que para este autor demuestra que el hipotecante y el fiador son figuras bien distintas.

1. NORMAS DE LA FIANZA FUNDADAS EN SU ACCESORIEDAD, Y OTRAS NORMAS COLATERALES: EN ESPECIAL, LOS ARTÍCULOS 1823 A 1826, 1835, 1841 Y LA PRIMERA PARTE DE LOS ARTÍCULOS 1847, 1853 Y 1975 CC

Por su innecesariedad resultan inaplicables al hipotecante no deudor, y a la hipoteca en general, aquellas normas de la fianza cuya *ratio* sea clara y aisladamente la accesoriedad (cfr., los arts. 1824.I, 1825 *in fine*, 1826, 1835, 1841, 1847, 1853 y 1975 CC, estos tres últimos en su primera parte)²⁶. Muy en conexión con esa primera parte de esos últimos preceptos citados están otros que también se explican por la accesoriedad, siendo por ello aplicables a toda garantía, cualquiera que sea su naturaleza, real o personal. Así sucede, vgr., con los artículos 1155, 1181, 1190, 1193, 1197, 1207 y 1208, 1302 CC (cfr., arts. 82 y 144 LH, 190 y 240 RH). Aunque la mayoría de tales preceptos hablen de «*obligación accesoria*», «*subsidiaria*» o incluso de «*fianza*», tales expresiones, una vez más, son latas, y estrictamente referidas, como ya nos aclaraba García Goyena, a cualquier garantía del crédito por fundarse aquellas normas en la accesoriedad de toda garantía, en que lo accesorio sigue a lo principal²⁷. Asimismo, para extraer y aplicar tal principio y sus consecuencias (las del *accessorium sequitur principale*) en la hipoteca no es

²⁶ Así incluso lo advierten algunos de los partidarios de la tesis de la «fianza real» como CORDERO (p. 249), a quien sigue CARPI (p. 137). No, en cambio, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 26-II, p. 392), refiriéndose al artículo 2012 *Code*, correlativo a nuestro artículo 1847 CC.

²⁷ *Vid.*, por todos, GARCÍA GOYENA, F. (en sus *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, III, Madrid, 1852, pp. 148, 149, 156, 157, 161, 171, y IV, pp. 168 y 339), refiriéndose al artículo 1115 Proyecto CC-1851 (antecedente del vigente art. 1181 CC, aunque éste no menciona el «*derecho hipotecario*» que aquél sí mencionaba), al artículo 1127 Proyecto CC-1851 (antecedente de nuestro art. 1197), al 1138 (predecesor del vigente art. 1207 CC), al 1143 (correspondiente al art. 1190 CC actual, aunque frente a éste aquél hablaba solamente de «*fiadores*»), al artículo 1158 (casi idéntico el actual art. 1193 CC), al artículo 1767 (integro en el actual 1853), y al artículo 1990 Proyecto CC-1851 (que se recoge en la primera parte del actual art. 1975 CC). Ya en Derecho Romano se decía: «En toda clase de liberación de las obligaciones quedan también liberadas las garantías accesorias, como los deudores adjuntos, las hipotecas y las prendas...» (D. 46.3.43, de Ulpiano, trad. A. D'Ors). Podría hacer pensar lo dicho en que, siendo innecesario aplicar al hipotecante no deudor las normas de la fianza fundadas en la accesoriedad, en cierto modo dichas normas en sí también resultan innecesarias para la propia fianza. Y así es en cierto modo. No están de más, pero tampoco se las añoraría si faltasen. Así lo dicen, refiriéndose al artículo 1824.I CC, GUILLARTE ZAPATERO (p. 69); y, siguiéndole, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (*La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988, p. 37). Como tampoco hoy se afirma aquel artículo 1817 Proyecto de CC-1851 (muy similar al actual art. 1847 CC, que mantiene idéntica redacción a la del art. 1761 Proyecto-1851), sobre el cual decía LUZURIAGA (IV, p. 209): «Nada hay que decir para explicar y justificar lo dispuesto en este capítulo; la hipoteca debe cesar cuando cesa la obligación á que está afecta», pues, como decía GARCÍA GOYENA del precepto correlativo a la fianza (IV, p. 165): «Estdinguida la obligación principal, no puede subsistir la fianza que es su accesoria»; y, en general, comentando el artículo 1772 Proyecto CC-1851, que definía la prenda, decía (III, pp. 172 y 173): «La prenda es, como la fianza, accesorio de otra obligación principal, y sufrirá como ella todas las consecuencias de este concepto».

necesario acudir a aquellas normas sobre fianza. Basta con las normas, más generales por referidas a cualquier garantía específica, contenidas en los artículos 1212, 1528 CC y con los artículos 1857.1.^º y 1858 CC, entre otros, sobre garantías reales.

Mención especial y separada, por no sólo fundarse en la accesoriedad, merece el artículo 1835 CC, que también se explica por la eficacia relativa de los contratos *ex artículo 1257 CC*, por el famoso principio «*res inter alios acta tertio nec nocet nec favet*», a lo que se une el hecho de que en general toda transacción es de interpretación estrecha (cfr., arts. 1815.I, 1283 y 1713 CC). Lo dejaba bien claro García Goyena al comentar el artículo 1748 Proyecto CC-1851 (el actual 1835), «cuya equidad y justicia –decía– son evidentes por estar basados en los principios generales del Derecho», y al remitirse a lo comentado sobre los artículos 1722 y 1724 (sobre transacción, siendo éste reiterativo del 1748)²⁸, 1127 (el vigente 1197) y el 1138 (el vigente 1207); no se remitía a este último porque la transacción del 1748 (actual 1835) implicase siempre novación extintiva²⁹, sino porque al igual que aquellos otros preceptos se inspiraba en la regla de que lo accesorio sigue a lo principal, y no al revés (lo que justifica el 1835.I CC). Siendo, por tanto, ese el doble fundamento del artículo 1835 CC³⁰, idéntica solución es predictable del hipotecante no deudor, mas no por aplicación analógica de dicha norma³¹, sino por aplicación directa de todas aquellas normas generales, sobre accesoriedad y sobre eficacia *inter partes* de los pactos, de las que se deduce esa doble razón³². Añádase, asimismo, que el principio de especialidad registral impide de suyo que sin más la transacción afecte a terceros, a personas que no intervienen en la transacción (cfr., arts. 20 y 144 LH, y 240 RH).

²⁸ Decía ese artículo 1724: «*Cuando haya fiador de las obligaciones sobre que se transige, se observará lo dispuesto en el artículo 1748*», remitiéndose, además, en su comentario (IV, p. 134) al artículo 1138 (sobre novación). Y a tener en cuenta era el artículo 1722: «*La transacción hecha por uno de los interesados, no perjudica ni aprovecha á los demás interesados*»; y en su comentario (IV, p. 133) decía GARCÍA GOYENA, «*Inter alios acta vel judicata alii non nocere*», advirtiendo que «esto es común á todos los contratos: artículo 977», precedente del actual artículo 1257 CC.

²⁹ Lo creía, en cambio, MANRESA (XII, p. 272), aunque hoy la común opinión advierte que no es así necesariamente, pudiendo ser una novación meramente modificativa, pues para aquel otro caso, el de novación extintiva, bastaría con el artículo 1207 CC.

³⁰ Aluden, aislada o cumulativamente, a esa doble razón del artículo 1835, matices aparte, FALCÓN, M. (*Derecho civil español, Común y Foral*, Barcelona, 1901, p. 368), que habla de subsidiariedad; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (pp. 819 y 820); Q.M.S. (pp. 599 y 600); PUIG BRUTAU (p. 616); DÍEZ-PICAZO (p. 455); LACRUZ (p. 357); GUILARTE ZAPATERO (p. 165); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 181 ss.); RUBIO GARRIDO (pp. 361 ss.). En Italia, RAVAZZONI, A. [«*Fideiussione (Diritto Civile)*», en *NssDI*, VII, pp. 281 y 282].

³¹ En cambio, así lo creen CARRASCO PERERA (y otros, p. 482); CORDERO (pp. 250 y 251); y siguiéndole, BELUCHE (p. 22).

³² Por eso, incluso de inocuo puede estimarse al actual artículo 717.2.^º CC portugués, sobre hipoteca dada por tercero, que se remite al artículo 635 del mismo (nuestro 1835).

Un último apunte queda por hacer acerca del 1835 CC. Suele ser opinión común que la transacción hecha entre deudor y acreedor nunca afecta al fiador si le es perjudicial, atendidos la accesoriiedad y el alcance restrictivo de la fianza (arts. 1826 y 1827.I CC), pero que sí le afecta automáticamente cuando le es favorable; pudiendo decirse lo mismo a la inversa para cuando la transacción es hecha entre fiador y acreedor (cfr., art. 1839.II CC, al que volveremos en el epígrafe II.2)³³. Y lo mismo entienden algunos para el hipotecante no deudor³⁴. Pero, amén de que lo beneficioso o lo perjudicial sea subjetivamente apreciable, en principio la accesoriiedad y el carácter restrictivo de la fianza habrían de impedir siempre el efecto reflejo de la transacción, sea o no provechoso, de modo que más correcto es entender *ex artículo 1835.II CC in fine* que la transacción afectará o no a quien no fue parte en ella según preste o no su consentimiento, que puede ser expreso o incluso tácito (vgr., oponiendo el fiador la transacción hecha por deudor y acreedor *ex art. 1853 CC*)³⁵. Lo mismo puede decirse del hipotecante no deudor *ex 1257.II CC*, aunque aquí su consentimiento, de no haber sido parte en la transacción, habrá de ir acompañado de su constancia registral por exigencias de especialidad (cfr., arts. 20 y 144 LH, y 240 RH). Así lo dijo la RDGRyN de 7 de junio de 2001, que, aunque cita los artículos 1835 y 1851, más rectamente se apoya también en los artículos 20 LH y 1257 CC. Y, por supuesto, otro cantar será la dificultad, la práctica imposibilidad, de que el hipotecante no deudor pueda oponer la transacción acordada o consentida en el pleito correspondiente (cfr., arts citados LH y artículos 557.1.6.^o y 698.1 LEC).

Tampoco es necesario acudir al artículo 1823.I *in fine* CC para demostrar, ni permitir que también la hipoteca prestada por un tercero pueda serlo a título oneroso o a título gratuito. A los intereses del presente estudio, bastará con decir que el artículo 1823.I CC, aunque recordatorio de la causa en general y previsor de que en los contratos de fianza junto a la función genuina de garantía puede

³³ Así, ENNECCERUS (II, pp. 813 y 814); siguiéndole PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (pp. 819 y 820); TROPLONG (t. 17, pp. 444-446); RAVAZZONI (*NssDI*, pp. 281 y 282); GUI-LARTE ZAPATERO (p. 165); FALCÓN (p. 368); CARRASCO PERERA (*Fianza, accesoriiedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, pp. 181 ss.).

³⁴ CARRASCO PERERA (y otros, p. 482); CORDERO (pp. 250 y 251); siguiéndole, BELUCHE (p. 22); y eso a pesar de que Cordero es consciente del principio de especialidad registral. Llegará incluso a decir Cordero (cit.): «dado el carácter accesorio de la hipoteca, cuando la transacción consista en una reducción cuantitativa de la obligación (una remisión parcial), la misma aprovecha automáticamente –dice– al hipotecante, quien verá reducido el montante de la responsabilidad hipotecaria». Aquí, amén de obviar la exigencia de especialidad, también parece olvidar la de la indivisibilidad.

³⁵ Así, MANRESA (XII, p. 272); claramente LACRUZ (p. 357), criticando expresamente a la anterior doctrina que distingue entre transacción favorable y perjudicial; DIEZ-PICAZO (p. 455); y, aunque algo ecléctico, Q.M.S. (pp. 599 y 600).

haber una causa (o llámeselo motivo causalizado o concausa) gratuita u onerosa, no añade nada al –difícil de interpretar, por lo demás– artículo 1274 CC, referible a cualquier contrato³⁶.

Lo mismo puede decirse del párrafo segundo del artículo 1823 CC: en cuanto a su inciso inicial, puesto que toda garantía lo es de una deuda, poco importa como hipótesis admisible que tal deuda sea principal, accesoria (como prevé el art. 1823.II), individual o colectiva, y que en este caso sea solidaria, parciaria o mancomunada, siempre que sea válida (cfr., arts. 1824.I, para fianza, 1861 CC y 105 LH, para las garantías reales). Y para su aseguramiento, poco importa, también por hipótesis, que la garantía sea real o personal. Por eso, sin necesidad de acudir al artículo 1823.II, cabe la hipoteca en garantía de una deuda principal, de la propia deuda del fiador (siempre que el hipotecante no sea el propio fiador que asegura su propia fianza, pues no sería entonces hipoteca por deuda ajena),... Por supuesto, lo que no cabrá en materia de hipoteca es una figura equivalente a la del subfiador (*vid.*, *infra*, epígrafe V.1).

Tampoco es necesario acudir al inciso final del artículo 1823.II CC para que las situaciones que en él se contemplan puedan darse en la hipoteca. Porque si en general, en virtud de los artículos 1158 y 1159 CC, cabe el pago por tercero, con el consentimiento del deudor, ora ignorándolo éste, o incluso contra su voluntad, ¿por qué no va ser posible garantizar el pago de una deuda en esas tres hipótesis diversas (con consciente, ignorante o prohibente deudor)? Quien puede pagar una deuda ajena, también puede previamente garantizarla. Quien puede lo más,... No se olvide, además, que las garantías han de pactarse, al menos, entre el garante y el acreedor (cfr., arts. 1827, para fianza, y arts. 1875 CC y 145 LH, para la hipoteca, especialmente para la hipoteca por deuda ajena, siempre voluntaria).

³⁶ Así, en general, GULLÓN BALLESTEROS, A., *Onerosidad y gratuitad en la fianza convencional*, en La Ley, 1999-3, pp. 789 ss., para quien la onerosidad o la gratuitad no tipifica la fianza, porque el artículo 1823 CC comprende en este punto una remisión al artículo 1274 CC. Siguiéndole, entre otros, DÍEZ-PICAZO (I, pp. 83 y 84); CASANOVAS MUSSONS, A. (*La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 69); CARRASCO (pp. 182 y 183). Y, en particular, para analizar la gratuitad o la onerosidad de la hipoteca acuden al artículo 1274 CC, CHAMORRO PIÑEIRO (pp. 158-162), sobre hipoteca en general, y el propio MORENO QUESADA (p. 122), sobre hipoteca por deuda ajena. Más radical, y muy particular, es la posición de CASANOVAS MUSSONS (p. 69, nota 27), para quien el artículo 1823 CC no tiene ningún sentido en materia de garantías reales: «En primer lugar –dice–, porque, a pesar de su inclusión en sede de contratos, la regulación que les dedica el CC atiende fundamentalmente al derecho real que establecen. Pero, sobre todo, porque no son contratos obligacionales. Luego, no hay obligación que justificar causalmente. Piénsese, por lo demás, en lo absurdo que resulta hablar de liberalidad en el deudor que da en prenda o hipoteca sus bienes. Es igualmente absurdo pensar que pueda hacerlo mediante contraprestación. La noción de causa no puede predicarse de estos contratos. Tampoco, por lo tanto, cuando el que pignora o hipoteca sus bienes no es el deudor, sino un tercero (art. 1857, *in fine*)».

2. NORMAS DE LA FIANZA RELATIVAS AL PAGO HECHO POR EL FIADOR: LOS ARTÍCULOS 1838 A 1842 CC

Esa última precisión, acerca del artículo 1823.II *in fine* CC, nos impone por lógica un salto en el régimen legal de la fianza, para así llegar a los artículos 1838 y 1839.I CC. Al respecto, salvo muy contadas opiniones, la común doctrina, integrada incluso por muchos de los adeptos del «fiador real», coincide en negar la aplicación de aquellos preceptos al hipotecante no deudor por su innecesidad, porque para llegar a igual régimen bastan los artículos 1158, 1159, 1210.3.^o y 1212 CC³⁷. Aunque tal mayoría pudiera eximirnos de mayor detenimiento en la cuestión, merece la pena detenerse para en parte justificar los artículos 1838 y 1839.I CC; fundamentalmente porque en ellos, conforme al espíritu general de la codificación, se simplifican, o quedan orillados y allanados según G.^a Goyena (III, p. 140 y IV, 157), y se imponen *ope legis* los efectos del pago hecho por el fiador según la práctica consagrada antes de la codificación que iba más allá de lo preventido mucho antes de ella en el Derecho Romano y luego en las Partidas. Sin necesidad de entrar en la disputa acerca de la dualidad o unicidad de acciones que contemplan los artículos 1838 y 1839.I, y aceptando, por ser la razón común en la doctrina y la unánime en la jurisprudencia, la tesis de la dualidad (con la única coincidencia de la subrogación del 1839.I CC para exigir el *quantum* del núm. 1.^o del 1838 CC)^{38 39}, permítasenos aquí una exégesis separada de ambos preceptos:

El artículo 1838 CC, aunque acorde o semejante a otras normas (vgr., a los arts. 1727 a 1728 CC, sobre mandato, y al 1893 CC,

³⁷ Así, entre muchísimos otros que irán saliendo al hilo de nuestras explicaciones, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (en Enneccerus, II, pp. 827 y 828); PEÑA BERNALDO (p. 188, nota 102); MORENO QUESADA, L. (pp. 200-202); CASTILLO MARTÍNEZ (p. 86); RUBIO GARRIDO (pp. 145, 146 y 180); CORDERO (pp. 245 y 250); y, siguiéndole, BELUCHE (pp. 26 y 27). En la doctrina francesa, refiriéndose al artículo 1251.3.^o *Code* (correlativo a nuestro 1210.3.^o), DE PAGE, H (*Traité élémentaire du Droit Civil Belge*, t. 7: *Les priviléges. Les hypothèques...*, Bruselas, 1957, pp. 657 y 658); y, en Italia, acerca del artículo 1203.3.^o *Codice* (nuestro 1210.3.^o), PETTI, G. B. (*La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padua, 2000, p. 265); y CICERO, C. (*L'ipoteca*, Milán, 2000, pp. 434 y 435).

³⁸ Uno de los primeros en así advertirlo fue MANRESA (XII, pp. 304 ss.), a quien siguen luego otros (VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Valladolid, 1936, pp. 619 y 620; BURÓN GARCÍA, G., *Derecho civil español...*, Valladolid, 1898, pp. 953 y 954; DE ROVIRA, en EJE, pp. 246 y 247,...); lo que, como dice GUILARTE (cit.), demuestra que el reembolso y la subrogación son cosas distintas, aunque complementarias.

³⁹ Para su cita y explicación, pueden verse, entre otros, GUILARTE ZAPATERO (pp. 205-208, y en su obra *Jurisprudencia sobre fianzas y demás garantías*, Madrid, 1997, pp. 47 y 48); y CARRASCO PERERA (y otros, pp. 257 y 258).

sobre gestión de negocios ajenos)⁴⁰, simplifica la cuestión relativa al reembolso del fiador que paga, por cuanto prescinde de la vieja casuística observada en el Derecho Romano y mantenida, aunque en menor medida, en las Partidas acerca de la posible relación concreta que previamente, antes del pago, existiese o no entre fiador y deudor, cuando tradicionalmente el regreso de aquél frente a éste se explicaba especialmente por una previa relación de mandato (expreso o tácito) o por la idea de la gestión de negocios ajenos⁴¹. Hoy, al artículo 1838 CC le basta objetivamente con que el deudor, consciente o ignorante de la fianza, no se haya opuesto a ella (cfr., último párrafo del 1838 CC), al margen ya de motivos varios y posibles por los que el fiador prestó la fianza y luego pagó, motivos éstos que, por supuesto, de haberlos y estar causalizados habrán de ser tenidos en cuenta para negar o para atemperar el regreso⁴². Con

⁴⁰ Más genéricamente algunos autores, apoyándose sobre todo en la doctrina alemana (especialmente en Von Tuhr), fundamentan el reembolso del artículo 1838 CC en el enriquecimiento injusto, en el 1158.III, en que el deudor impagador no puede enriquecerse en perjuicio del fiador *solvens*. Así, MANRESA (XII, pp. 291 ss.); VALVERDE (pp. 618 y 620); PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (II, pp. 832-834, y III-2.^o, pp. 280-282); PUIG PEÑA (pp. 571, 583 y 584); GUILARTE ZAPATERO (pp. 208 y 209); DÍEZ-PICAZO (p. 440); INFANTE (pp. 76 y 77). No obstante, como luego veremos y advierten los propios PÉREZ GONZÁLEZ (cit.); GUILARTE (cit.); y RUBIO GARRIDO (pp. 155-157), hay ciertas diferencias entre los artículos 1838 y 1158 que justifican, precisamente, la necesidad de aquél.

⁴¹ Conforme a la romanística común, siendo por ello innecesario citarla (pudiéndose ver una exposición conjunta de la misma en REYES LÓPEZ y BUGUÉS OLIVER, «Notas para un estudio histórico-crítico de la fianza», en ADC, 1996, II, pp. 1484, 1488-1496, 1502 y 1503), en el Derecho romano clásico y justiniano el reembolso dependía de la previa relación existente entre fiador y acreedor, de modo que sólo cabía el regreso por *actio mandati contraria* (si el fiador obró a instancia o encargo, expreso o tácito, del deudor, como en cualquier mandato), por la *actio negotiorum gestorum contraria* (si el fiador afianzó espontáneamente, con la ignorancia del deudor o en su ausencia) o, como añaden algunos (vgr., PACCHIONI, en su *Manual de Derecho Romano*, II, trad., Valladolid, 1942, p. 66; y los Arias, *Derecho Romano*, II, Madrid, 1977, pp. 664 y 665), por la *actio pro socio* (si entre fiador y deudor mediaba un contrato de sociedad); en cualquier otro caso (vgr., si se afianzó por pura liberalidad *-donandi causa-*, por interés propio, o contra la voluntad del deudor *-pro invito-*), el fiador carecía de derecho al reembolso. En nuestras Partidas destacaban al respecto las leyes 11 a 13, título 12, p. 5.^a, siendo reseñable en este punto la ley 12, que, como explica CASANOVAS MUSSONS (pp. 161 y 162), recoge la clásica trilogía de casos, apuntada por AZON ex D. 17.1.6.2, en que el fiador carece de reembolso. Decía dicha Ley de Partidas: «*Mandando vn ome a otro entrar fiador por el; o entrando el otro fiador por el de su voluntad, delante aquel a quien fia sin su mandado, e non lo contradiciendo; o entrando fiador por el, a otra parte, sin su sabiduria, e si su mandado, e quanto lo sabe, consiente en lo que el otro fizoo, e le plaze; o si entra fiador otrosi por el sin su mandado, sobre cosa que otro deue dar, o fazer, a que sea a su pro, maguer non lo consienta; en qualquier destas maneras que entrasse fiador vn ome por otro valdria la fiadura. E quando pagare el fiador por aquel a quien fia, tenudo es el otro, de gelo dar, e fazer cobrar. Fueras ende tres casos. El primero es, si el que entra fiador, paga el debdo, e lo faze con entencion de le dar por el otro, aquello que fia, o de lo pagar por el, para nunca gelo demandar. El segundo es, si la fiadura es fecha por pro de si mismo, de aquel que entra fiador. E del tercero es, si quando entra fiador, lo fizo contra defendimiento de aquel a quien fio. Como si dixesse: Non vos ruego, que entres fiador por mi, ante vos lo defiendo; o diciendo otras palabras semejantes destas».*

⁴² Porque es posible que exista una causa concreta adicional que excluya el reembolso (vgr., que la fianza se haya prestado *donandi causa, pro solvendo*, con renuncia al regreso,...), lo cual también puede ocurrir también tratándose de una hipoteca atendida su causa concreta o

ello no hace tal norma sino atender a lo dispuesto, también de forma sintética y objetiva, por el artículo 1158 CC, prácticamente sin apartarse de él⁴³; mas no por ello deja el 1838 de ser necesario, pues mientras que el artículo 1158 habla de cualquier tercero, esté o no interesado en el pago de la deuda, el artículo 1838 CC se refiere en concreto, como ejemplo innegable de interesado en el pago, al fiador, a un sujeto tan interesado en el pago, que no es tercero, auténtico *poenitus extraneus*, sino deudor, con deuda propia aunque accesoria o en garantía de otra, la principal garantizada. Era necesario dejar claro en el artículo 1838 CC que un deudor que paga su propia deuda tiene derecho de reembolso contra otro deudor, justificándose tal regreso porque aquél es accesorio a éste, porque aquél debe y cumpliendo con su propia obligación fideiusoria paga también la deuda de éste⁴⁴.

Hay, sin embargo, quien no opina de este modo, creyendo que también entra en el artículo 1838 CC el fiador que prestó fianza contra la expresa voluntad del deudor⁴⁵. No lo dice el último párrafo del artículo 1838 CC, que sólo se refiere al deudor ignorante de la fianza y que, por tanto, no se opone a ella. Pero para quienes de aquella forma opinan así debe deducirse del artículo 1823.II CC *in fine*, que admite la validez de la fianza prestada aun contradiciéndola el deudor. De admitirse tal interpretación sistemática de los artículos 1823 y 1838, habría de concluirse que el artículo 1838 es norma singular frente al artículo 1158.II y III CC, siendo, entonces, incluso más fácil rechazar su aplicación al hipotecante no deudor (*ex art. 4.2 CC*), al cual habría que aplicar la regla general del 1158. Aun tentados por tal simpleza, ha de rechazarse la premisa que conduce a esta interpretación del 1838 *in fine*, aunque a simple vista la confrontación de los artículos 1158, 1823 y 1838 pueda justificarla. No sucede así en otros Códigos, donde la conju-

motivo causalizado. No en vano, para nuestra jurisprudencia, criticada en este punto por buena parte de nuestra doctrina, la gratuitud u onerosidad de la fianza, o de cualquier garantía en general, está muy en conexión con los intereses del garante en el reembolso y la subrogación.

⁴³ Así, CASANOVAS MUSSONS (p. 3), para quien el 1838 se fundamenta en la norma general del 1158.

⁴⁴ Así lo advierten, entre otros, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (cit.); GUILARTE ZAPATERO (cit.); y RUBIO GARRIDO (cit.).

⁴⁵ Así, refiriéndose al artículo 2028 *Code*, TROPLONG (T. 17, pp. 294 y 295), dice que ha de darse a tal fiador la *actio mandati contraria* como así se la concedía el Derecho Romano; lo cual no fue así. En Italia, acerca del artículo 1950 *Codice*-1942, RAVAZZONI (NsSdI, p. 293, y de su monografía *La fideiussione*, 2.^a ed., Milán, 1973, pp. 237-240). En nuestra doctrina, en parte, MANRESA (XII, pp. 291 ss.); VALVERDE (pp. 619 y 620); y, sobre todo, LACRUZ BERDEJO (p. 351), para quien el reembolso sí opera «cuando –la fianza– se haya prestado contra su voluntad –la del deudor– (caso verosímilmente no considerado por el legislador por su aspecto académico, difícil de encontrar en la práctica –¡pero ahí está el 1823.II *in fine!*–), ya que el reembolso corresponde al fiador por serlo –y haber pagado–, no en razón de sus relaciones con el deudor».

gación de sus normas correlativas a nuestros artículos 1158, 1823 y 1838 es total, por cuanto en ellos se alude sólo al hecho de que el tercero *solvens* tenga o no interés en el pago y, en sede de fianza, a que el deudor conozca o ignore la fianza, de tal forma que si el tercero paga contra la voluntad del deudor o la fianza es prestada en contra de la expresa voluntad de éste, aun siendo válidos el pago y la fianza, el fiador que paga carecerá de reembolso⁴⁶. El «original» añadido de nuestro 1823.II *in fine* obedece al artículo 1734.II Proyecto CC-1851, que, como dice García Goyena, responde a lo que ya decía en su primera parte la Ley 12, Tít. 12, P. 5.^a Dada, pues, la autorizada procedencia del actual precepto, no parece que deba pensarse en un error cometido por éste, sino en su acierto, siendo nuestro 1823 más completo que la norma correlativa de otros Códigos. Y lo es porque dicho artículo 1823.II se mueve en un plano diverso al del 1838: aunque ambos parten de la garantía de una deuda ajena, la principal, y, por ende, del posible pago hecho por el garante, el 1823 se refiere a la constitución de la fianza en sí, que siempre se ha de establecer, voluntaria o forzosamente, entre fiador y acreedor, como partes imprescindibles del contrato, siendo secundaria, por prescindible cuando es fianza voluntaria, la intervención del deudor (cfr., párrafo primero del propio 1823 y arts. 1827.I, 1828, 1854 CC). Por eso, como luego se verá, el artículo 1823.II *in fine* más bien ha de conectarse con el artículo 1839. En cambio, el artículo 1838 CC, muy en conexión con el 1158, atiende a las consecuencias del pago ante la posible relación preexistente entre deudor y fiador (el 1158 entre deudor y tercero solvente), y por eso mismo si el deudor se mostró contrario a la fianza, en principio el fiador carece del reembolso del artículo 1838. Así ya lo era desde el Derecho Romano, pasando por la Ley de Partidas citada. Y así lo explicaba García Goyena al comentar los artículos 1099, 1734.II y 1752 del Proyecto CC-1851 (antecedentes directos de nuestros actuales artículos 1158 –aunque éste inspirado en el Anteproyecto de CC-1882–, 1823.II y 1838, respectivamente)⁴⁷. ¿Acaso entonces no le queda a dicho fiador *prohibente debito*

⁴⁶ Esa es la opinión común, gala e italiana, a salvo las opiniones aisladas de Troplong y de Ravazzoni arriba indicadas, a la vista de los artículos 1236, 2014.I y 2028 *Code*, de los artículos 1238, 1901 y 1915.I *Codice*-1865, y de los artículos 1936.II y 1950.I *Codice* vigente.

⁴⁷ Lo que para CASANOVAS MUSSONS (pp. 163 y 164), ha de ser muy tenido en consideración para su interpretación, pues no se pretende con el CC ningún cambio frente a la tradición jurídica anterior, esto es, que no se pretende conceder acción contra el deudor a un fiador, el *prohibente debitore*, que nunca la tuvo. El artículo 1099 Proyecto CC-1851 decía en sus dos últimos párrafos: «*Puede hacerse igualmente –el pago– por un tercero, ignorándolo el deudor(...)* En este caso, el tercero tendrá derecho para repetir contra el deudor lo que hubiere pagado; si pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra este». Y decía GARCÍA GOYENA (III, p. 128), que dicha norma «es el 1236 Francés, aunque en mi concepto el nuestro

tore ningún recurso contra el deudor? Sí, la *actio in rem verso* o de enriquecimiento injusto del artículo 1158.III CC, que en este punto se apartó del 1099 Proyecto-1851, y que el actual artículo 1838 no excepciona; para lo cual opera la subrogación del 1839.I CC que, como veremos, es referible a todo fiador⁴⁸.

es mas claro y circunstanciado: tiene ademas la adicion, “Si pago contra la voluntad, etc.”». Y sobre tal adición, añadirá Goyena (III, p. 129): «Este caso, que es de Derecho Romano y Patrio, no se halla en los artículos extranjeros: *invito beneficium non fit*, y el que pagó no tiene de qué quejarse, antes bien debe presumirse que quiso donar». Luego viene el artículo 1734.II Proyecto CC-1851, que dice: «*Puede tambien constituirse –la fianza– no solo á favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo el fiador*» (exactamente nuestro actual artículo 1823.II, salvo en la última palabra, donde en lugar de «*el fiador*» se dice «*éste*»). Y ya advierte GARCÍA GOYENA (IV, p. 142) que «hasta y «aun prohíbiéndolo» es el artículo 2014 Frances». Añadía sobre los casos de fiador «*Mandándolo, ignorándolo*» que «el fiador que pagase en este caso, podria repetir contra el deudor, ó á virtud de la subrogación del artículo 1117, número 3 –actual 1210.3.^o, que veremos luego al tratar el 1839–, ó como gestor de negocios, artículo 1892 –correlativo al actual 1893 CC– (...) Concuerda esta parte del artículo con la Ley 12, título 12, partida 5, y las 6, párrafo 2, 18, y 20, párrafo 1, título 1, libro 17 del Digesto», también antes citados. Y terminaba su comentario con la última parte, la novedosa, de nuestro actual 1823.II, comparándolo con otros Códigos (p. 143): «*Y aun prohíbiéndolo:* se ha añadido esto á los artículos extranjeros por hallarse en las leyes 6, párrafo 1, 40, título 1, libro 17 del Digesto, y 13 –y la 12–, título 12, Partida 5 que niega al fiador en *este caso* el derecho de repetir contra el deudor. Lo establecido sobre el pago al final del artículo 1099 –visto al principio de esta nota– es aplicable á este artículo». Sobre el artículo 1752 Proyecto CC-1851 (el actual 1838), GOYENA (IV, p. 157) dice que concuerda con el «párrafo 6, título 21, libro 3, Instituciones, y –con la– ley 12, título 12, Partida 5, que exceptúa tres casos, tomándolos del Derecho Romano, y que están igualmente exceptuados espresa ó tácitamente en todos los Códigos; por ejemplo, el de haber salido uno fiador, prohíbiéndolo el deudor; vé el final del artículo 1099». E insistirá (p. 157): «El que fió, mandándolo ó consintiéndolo el deudor, tiene contra este la accion *contraria* de mandato que es mas llana que la subrogación»; añadiendo, acerca del último párrafo del artículo 1752 (el último del actual 1838 CC) (p. 158): «Por Derecho Romano y Patrio procedia en sustancia lo mismo, ley 4, título 1, libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; pero como no podia darse accion de mandato contra el deudor ignorante, se daba al fiador la de *negotiorum gestorum*: el artículo es mas sencillo». Y terminará Goyena reiterando (en esa misma p. 158): «Si el fiador entró y pagó, prohíbiéndolo el deudor, no tenia accion alguna en Derecho Romano y Patrio, ley 6, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; ahora se estará al artículo 1099 según dejó ya observado». Con esta remisión al principio se cierra el círculo, el comentario que ha de hacerse hoy de los actuales artículos 1823.II y 1838 CC (a salvo el 1158 *in fine*, al que nos referimos a continuación en texto).

⁴⁸ Así, hoy, conectando los artículos 1823.II, 1838, 1210.3.^o y 1158.III CC, CASANOVAS MUSSONS (pp. 161-166 y 183), para quien mientras el 1158.III atiende al enriquecimiento del deudor, el 1838 atiende al entero empobrecimiento del fiador *solvens*; RUBIO GARRIDO (pp. 172-174); CARRASCO PERERA (pp. 42 y 43; y con otros, pp. 257 ss.); ALONSO SÁNCHEZ, B. (*Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, pp. 37 y 38). El propio GARCÍA GOYENA, con AGUIRRE en Febrero (IV, p. 80), decía que el fiador que prestó fianza contra la voluntad del deudor carecía de reembolso «por manera que en este caso se presume que el fiador lo hizo –el pago– con intencion de donar» (así también HEINECCIO, J., *Recitaciones del Derecho Civil*, trad., Madrid, 1830, p. 93; GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, Madrid, 1874, pp. 374 y 375); pero añadía (p. 81): salvo que el fiador pruebe lo contrario, en cuyo caso podría admitirse contra el deudor una acción de enriquecimiento injusto (pp. 81 y 82) «que pueda repetirse contra el deudor por todo aquello en que se hizo mas rico pues que la equidad no permite que uno se enriquezca á expensas (*sic*) y con daño de otro». Así también, reproduciendo esta última frase, GUTIÉRREZ (pp. 65 y 66). Y explica CASANOVAS MUSSONS (pp. 164 y 165), que si bien el artículo 1099 Proyecto CC-1851 no recogía tal solución, así lo hará finalmente el artículo 1158 CC por haberlo así ya dispuesto el Anteproyecto CC de 1882-1888, por influencia del CC argentino, que, según explican Vélez Sarsfield y Salvat (influidos por

Sin embargo, a la vista de esto último surge aquí cierta innecesidad y contradicción en el artículo 1838 CC, pues, aunque en apariencia más amplio que el artículo 1158.III CC, los conceptos económicos que en él se incluyen pueden deducirse de otras normas más generales (vgr., acerca de los números 2.^º y 3.^º, cfr., arts. 1100.I y 1108 CC, que, aunque ubicados en sede de obligaciones contractuales, son normas generales aplicables a cualquier deuda y responsabilidad, como la extra-contractual de los arts. 1902 ss CC, y acerca del núm. 4.^º del 1838 CC, cfr., arts. 1106, 1893 *a fortiori* y 1902 CC)⁴⁹. Por eso, es verdad, nada habría de impedir que el fiador *prohibente debitore* exigiese el pago de esos otros conceptos en tanto los acredice.

Todo lo dicho acerca del reembolso del fiador que paga, puede también decirse del tercero hipotecante *solvens*, mas sin necesidad de acudir al artículo 1838 CC⁵⁰, máxime cuando tal garante, a diferencia del fiador, no es deudor, porque su función de garantía no es pagar, sino sujetar un bien propio a su posible ejecución para el pago forzo-

Maynz), adopta la idea más equitativa del enriquecimiento injusto antes que la de presumir el *animus donandi* en el tercero *solvens*.

⁴⁹ Así explican tales números del 1838 CC, MANRESA (p. 304 ss.); Q. M. S. (pp. 617-619); DÍEZ-PICAZO (pp. 442 y 443). Por su parte, LACRUZ (pp. 350 y 351), en lugar de acudir a los artículos 1106 y 1108 CC prefiere apoyarse en los artículos 1728.III, 1729 y 1893, sobre mandato y gestión de negocios ajenos, para así evitar que el 1838 CC pueda ser aplicado al fiador prohibido por el deudor.

⁵⁰ En cambio, defienden la aplicación de tal norma al hipotecante no deudor CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (cit.); AZPITARTE CAMY (p. 109); LALAGUNA (pp. 82-84), para él siempre que el hipotecante pague con el conocimiento del deudor; CARRASCO PERERA (y otros, p. 480); INFANTE (pp. 177 y 178), quien, aunque reconoce la aplicabilidad directa del artículo 1158.II CC, cree mejor aplicar al hipotecante no deudor el artículo 1838 CC: por un lado, porque éste es más amplio que aquél, lo cual ha quedado desmentido, o al menos cuestionado, con lo dicho en texto en el párrafo anterior, y, por otro, siguiendo a CARPI (pp. 181-186), «porque su fundamento –el del 1838 CC– se encuentra en la causa de garantía»; mas ¿acaso entonces el 1838 es aplicable al fiador *prohibente debitore*? Aunque apoyado Infante en Carpi, ésta sólo acude al artículo 1838 CC, no para el caso de pago voluntario por el tercero hipotecante (al cual aplica el 1158 CC), sino para el caso de ejecución hipotecaria (que no contempla expresamente el 1158), aduciendo entonces la analogía funcional porque en tal norma subyace, más allá del enriquecimiento injusto, la idea de función de garantía. Tampoco esto parece convincente: primero, porque el mecanismo de la garantía en la hipoteca, como advierte antes la propia Carpi, es diferente al de la fianza; en aquélla, especialmente si se trata de hipoteca por deuda ajena, se hipoteca un bien para su posible ejecución ante el impago voluntario, no para pagar voluntariamente la deuda; segundo, téngase en cuenta que en el Derecho comparado (especialmente, en el artículo 2866 CC italiano-1942), sólo se recoge expresamente el regreso para el caso de ejecución hipotecaria a favor del tercer poseedor; y, tercero, si para Carpi Martín no es aplicable el 1158 al caso de ejecución hipotecaria, pues sólo contempla el caso de pago voluntario, cosa desde luego discutible (pues el pago puede ser en general voluntario o coactivo), ¿qué le hace pensar que el artículo 1838 comprende tanto el pago voluntario como el ejecutivo? Si ella restringe el significado de «pago» o de «cumplimiento» del 1158, ¿por qué no lo hace también para el 1838 CC? Nosotros abogamos por el significado lato en ambas normas, y, por ende, bastará siempre con acudir al 1158 CC para el pago –voluntario o no– hecho por el hipotecante no deudor. En Francia, defienden la aplicación del artículo 2028 CC francés (nuestro 1838) al «fiador real», SIMLER y DELEBECQUE (pp. 48 y 152); CABRILLAC y MOULY (pp. 213 y 274). Así también PALUMBO (pp. 52 ss.), refiriéndose al artículo 1915 CC italiano-1865 (nuestro 1838), mas no porque fiador e hipotecante se asimilen, sino porque tal norma se fundamenta en el enriquecimiento injusto.

so de una deuda ajena, encajando por tanto con mayor corrección en la figura del tercero interesado en el pago del artículo 1158.I CC. Así las cosas: si el hipotecante prestó hipoteca con la aquiescencia del deudor y paga, entonces, tendrá derecho al reembolso conforme a la primera parte del artículo 1158.II CC (o, si se quiere, como pretende Beluche, *ex arts. 1727 a 1729 CC si hubo estricto mandato*). *Ídem* si el hipotecante prestó hipoteca ignorándolo el deudor (o, si se quiere, con Cordero y Beluche, *ex art. 1893 CC*, si se estima que hubo gestión de negocios ajenos). Y si hipotecó aun contradiciéndolo el deudor, gozará de la acción de enriquecimiento injusto *ex artículo 1158.II in fine y III CC*. Y en todos los casos puede el hipotecante reclamar intereses, gastos, daños, ... siempre que los pruebe, por aplicación de las normas generales arriba (en el párrafo anterior) citadas⁵¹.

Otro tanto de lo mismo puede colegirse del artículo 1839.I CC, que aislada e históricamente considerado fue necesario en su momento para imponer *ipso iure y ope legis* la subrogación por pago del fiador en la posición del acreedor, legalizando así lo que ya venía siendo práctica habitual, dentro y fuera de nuestras fronteras, frente a la voluntaria –y sólo a veces forzosa– cesión de acciones y derechos del acreedor que en las normas anteriores se contemplaba (vgr., el *beneficium cedendarum actionum* del Derecho Romano Justiniano⁵²; o la llamada carta de lasto –documento en que el acreedor cedía sus acciones– de nuestras Partidas y del Fuero Real)^{53 54}. Y a los efectos de la subrogación

⁵¹ Así, PEÑA BERNALDO (p. 188, nota 102); CORDERO (pp. 245 y 250); siguiéndole BELUCHE (pp. 26 y 27), quien por aplicación de tales normas generales advierte de la innecesidad de ciertas normas extranjeras que sobre el reembolso del tercero hipotecante se remiten a la norma que específicamente regula el reembolso del fiador (así, § 1143 BGB, y artículo 2871 CC italiano-1942); y en la jurisprudencia la STS de 23 de marzo de 2000, aplicando los artículos 1108 –salvo que los intereses fuesen convenidos– y 1158.II CC. En contra de aplicar tales normas (arts. 1100, 1108 y 1893), CARPI (p. 186, nota 294), diciendo, acerca de los intereses, que su cómputo es diferente en aquellas normas y en el 1838, lo que, en nuestra opinión, simplemente evidencia una diferencia de régimen particular, pero no puede conducir, como ella defiende, a la aplicación del 1838 al hipotecante por deuda ajena.

⁵² Véase REYES LÓPEZ y BUGUÉS OLIVER (pp. 1488-1490), siendo sobre todo destacables la Novela 4.1 *in fine* de Justiniano, el D. 46.1.36 y el C. 8.40.2.

⁵³ Son la Ley 11, tít. 18, lib. 3, del Fuero Real, y de las Partidas, la extensísima Ley 11, y también, en parte, la Ley 13, ambas del título 12, P. 5.^a. Como síntesis que de la Ley 11 hacía la doctrina patria del momento, resume ESPÍN CÁNOVAS (*NEJ*, p. 323) «tres supuestos: 1.^º Si el fiador paga, como tal fiador, en su propio nombre, puede compelir al acreedor a que le ceda sus acciones, bien contra el deudor principal, bien contra los otros fiadores por la porción que a cada uno de éstos le corresponda; 2.^º Si el fiador paga no como tal fiador, sino en nombre del deudor, no puede pedir al acreedor que le ceda sus acciones contra los demás fiadores, porque el pago produce los mismos efectos que si fuese hecho por el propio deudor, es decir, que extingue el crédito. La ley que comentamos le concede, sin embargo, un derecho de regreso, aun en este caso, contra el deudor principal; y 3.^º Si el fiador no expresa al pagar, si lo hace como fiador o en nombre del deudor, puede no obstante exigir al acreedor que le ceda sus acciones siempre que lo haga al verificar el pago, pues si lo hace después se estima que pagó en nombre del deudor».

⁵⁴ Así lo advirtió GARCÍA GOYENA (IV, pp. 139 ss.), refiriéndose al Proyecto CC-1851: Tras distinguir el artículo 1116 del Proyecto-1851 entre subrogación con-

en los derechos y accesorios (hipotecas, fianzas, ...) del crédito pagado ninguna relevancia tienen el conocimiento y, en su caso, la voluntad del deudor acerca del pago hecho por el fiador. Porque la subrogación del 1839.I, a diferencia del reembolso del 1838, se fundamenta en el pago, no en la fianza en sí. Aquí sí es donde tiene sentido aludir al artículo 1823.II *in fine* para conectarlo con el artículo 1839.I CC: siendo válida según aquella norma toda fianza concertada entre fiador y acreedor, cualquiera que sea la actitud del deudor al respecto, el pago hecho por aquél le subroga automáticamente en la posición del acreedor contra el deudor (como dice el 1839.I CC) –y contra terceros (*ex art. 1212, y cfr., arts. 1528 y, sobre todo, 1852 CC*)–. Siendo, por tanto, el artículo 1839.I CC aplicable a todo fiador que paga, aunque lo ignore o lo repreuebe el deudor, constituye tal norma una excepción al artículo 1159 CC⁵⁵. No es que por ello el 1839.I sea norma excepc-

vencial y legal, el artículo 1117 Proyecto-1851 decía: «*La subrogación tiene lugar por disposición de la ley á favor:... 3.º Del que paga por tener interés en el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1068;*» y refiriéndose a ese núm. 3.º, decía GOYENA (p. 140): «Como la tiene el deudor mancomunado –entiéndase, solidario– y el fiador: vé el artículo 1099, párrafo 1» (al que ya antes, en nota, al tratar el reembolso y el pago por tercero nos referimos como antecedente del actual 1158 CC), añadiendo que «la subrogación del fiador que paga es plena y absoluta contra el deudor principal», y concluyendo así (p. 140), que en el artículo 1117 «quedan orilladas las muchas cuestiones sobre la necesidad de la carta de lasto á los fiadores y co-deudores mancomunados». Porque (p. 141), «la equidad no permitiría prevalecerse de que los comprendidos en este número hayan omitido el pedir la subrogación: ellos tenían derecho para pedirla; y no debe presumirse que el acreedor, que no podía negarla en el caso de habersele pedido, haya tenido la intención de no poner al que le paga en estado de utilizar sus recursos, ni que el pagador haya renunciado á un derecho tan importante». Luego, acerca del artículo 1753.I Proyecto CC-1851 (nuestro actual 1839), insistirá GARCÍA GOYENA (IV, p. 158) en lo ya dicho: «*Se subroga: á virtud de lo dispuesto en el número 3 del artículo 1117 (...).* Es un tercer beneficio –junto con la excusión y la división– que la ley concede al fiador: este no tiene necesidad de pedir la subrogación; la ley misma la pronuncia, porque resulta del hecho mismo del pago, y habemos dejado a un lado las vanas sutilidades que hacian necesario el sustituir á una subrogación, que no se daba expresamente, una pretendida acción de mandato». Y así venía siendo la práctica, como nos explica don Benito GUTIÉRREZ (p. 62) refiriéndose a la carta de lasto de las Partidas: «La ley copia en sus menores detalles el derecho romano, pero la práctica universal... ha rechazado este rigorismo; de modo que, ó no se reputa necesaria la cesión de acciones, o se permite pedirla en cualquier tiempo después de hecha la paga. En efecto, la doctrina generalmente admitida es la del Código civil francés: el fiador que paga se entiende subrogado de derecho en el lugar y acciones del acreedor». Interesantes al respecto resultan las explicaciones de TROPLONG (T. 17, pp. 313 y 314), acerca de los artículos 1251.3.º y 2029 CC francés (nuestros artículos 1210.3.º y 1839 CC), que recogen la doctrina propugnada en el s. XVI por DUMOULIN malinterpretando, dice, ciertos textos romanos, porque, en verdad, en el Derecho Romano: se ignoraba la figura de la subrogación; el pago de la deuda implicaba su extinción; la cesión de créditos estaba prohibida, y porque tales escollos se salvaban con el *beneficium cedendarum actionum* que el fiador debía ejercitar contra el acreedor antes del pago.

⁵⁵ En cambio, para PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (II, pp. 807 y 808), si bien para la validez de la fianza no se requiere de la intervención del deudor (*ex artícu-*

cional, sino que insiste en la subrogación legal que consagra con alcance general el artículo 1210.3.^º CC, sin que por esto deba til-darse al 1839.I de norma innecesaria por reiterativa⁵⁶, pues, como se dijo antes de los artículos 1158 y 1838 CC, si el fiador está inter-resado en el pago (art. 1210.3.^º CC), lo está por ser él mismo deudor, aunque en garantía, no pudiendo por ello ser estimado como mero tercero, aunque lo diga *a contrario sensu* el artículo 1822.I CC⁵⁷.

Lo mismo puede decirse del hipotecante no deudor, mas sin tener que acudir al artículo 1839.I CC, porque aquél, a diferen-cia del fiador, no es deudor, encajando por tanto con mayor corrección en el tercero interesado en el pago del artícu-lo 1210.3.^º CC. Aun siendo éste el sentir común de la doctrina, opiniones hay que lo niegan, ora porque al hipotecante no deu-dor ha de aplicársele el artículo 1839.I CC⁵⁸, ora, más radical-mente, porque el tercero hipotecante no encaja ni en el 1210.3.^º ni en el 1839.I, debiéndosele por tanto negar la subrogación legal (así, como única al menos, la STS de 23 de marzo

los 1822 y 1823.II CC), para que haya o no subrogación por pago sí ha de tenerse en cuenta que el fiador actuara o no con la aquiescencia del deudor, de modo que para tales autores el artículo 1839 CC no excepciona lo dispuesto en las reglas de los artículos 1158 y 1159 CC. Por todo lo dicho en texto, conforme a la común opinión, no parece que así sea. Cosa diversa, por supuesto, como así sucede –vimos– con el reembolso, es que exista una causa concreta adicional que excluya la subrogación (vgr., que la fianza se haya prestado *donandi causa, pro solvendo*, con renuncia a la subrogación, ...), lo cual también puede ocurrir tratándose de una hipoteca atendida su causa concreta o motivo causalizado (así lo dicen, refiriéndose precisamente al tercero hipotecante, RUBINO, pp. 477 y 478; y siguiéndole, BARBIERI, p. 52; BOERO, pp. 677 y 678; MAIORCA, C., «Ipoteca [Diritto Civile]», *NssDI*, IX, p. 115; y, entre nosotros, BELUCHE, pp. 27 y 30, acerca de la renuncia a las acciones de reembolso y subrogación).

⁵⁶ Como, en cambio, sí creen, matices aparte, Q.M.S. (pp. 625 y 626); GUILARTE ZAPATERO (p. 215); PUIG BRUTAU (p. 610); CARRASCO PERERA (y otros, p. 261).

⁵⁷ Así lo aclara RUBIO GARRIDO (pp. 155-157). Ya lo decía GARCÍA GOYENA (III, p. 128) comentando el artículo 1099 Proyecto CC-1851 (antecedente, con diferencias, de nuestro 1158), en su primer párrafo («Puede hacerse el pago por cualquier persona que tenga algún interés en el cumplimiento de la obligación»), diciendo que dicho interés «es siempre la medida de la acción; podrá, pues, pagar el fiador con arreglo á lo que se dispone en el título *De la fianza*, y quedará subrogado al acreedor, número 3, artículo 1117» (nues-tró vigente artículo 1210.3.^º CC).

⁵⁸ Así, CAMY (p. 417); AZPITARTE (p. 109); CARRASCO PERERA (y otros, p. 480); PANTALEÓN (pp. 2 y 3), aunque estos dos últimos por estimar que el 1839 no añade nada al 1210.3.^º; INFANTE (pp. 177 y 178), quien, aunque reconoce la aplicabilidad directa del artículo 1210.3.^º CC, cree mejor aplicar el 1839, justificándolo (con CARPI, p. 185), «porque su fundamento se encuentra en la causa de garantía», ¿o más bien en el hecho del pago? En Francia, SIMLER y DELEBECQUE (pp. 48 y 152); CABRILLAC y MOULY (pp. 213 y 274); en Italia, GORLA (1935, p. 101), aunque recuérdese que por entonces para este autor el hipotecante por deuda ajena es deudor, aunque con responsabilidad limitada.

de 2000)⁵⁹ ⁶⁰. Al ser ambas tesis rechazables, es necesario detenerse en la cuestión.

Cierto es que la subrogación por pago no se presume (art. 1209 CC), y que los casos de subrogación legal del artículo 1210 CC son taxativos⁶¹, mas ello no se contradice con la cierta amplitud existente en la redacción de tales casos; como hace poco recordó Rubio Garrido⁶², conforme al ideal de concisión y sencillez que inspiró a todo el CC en general, la redacción del 1210 CC, dada la reducción de sus diversos números frente a los seis números del 1117 Proyecto CC-1851, es amplia, contemplando su núm. 3.^º a cualquier

⁵⁹ Dice tal STS de 23 de marzo de 2000 en parte de su Fundamento Jurídico segundo que al hipotecante por deuda ajena le resultan inaplicables los artículos 1210.3.^º y 1212 CC porque «*a los efectos de pago de la cantidad que reclama no puede considerarse «tercero», al ser un «obligado» al pago porque mediante el contrato de hipoteca sujetó directamente la casa de su propiedad al pago de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 1876 del CC) respondiendo del crédito garantizado, garantía que se llevó a efecto incumplida la obligación mediante la ejecución hipotecaria*». La razón de esas comillas ha sido justificada por la doctrina de muy diversas formas: benévolamente, por BERCOVITZ, en su Comentario –a dicha STS–, en *CCJC*, 2000, p. 385;utilmente por FELIU REY, pp. 3 y 4; y, cómo no, agriamente por PANTALEÓN, pp. 2 y 3, para quien si el hipotecante no deudor fuese, como dice la STS de 2000, un garante obligado, habría que aplicarle el 1839 CC. En lo que más importa, en el fondo, dicha STS ha sido unánimemente criticada por la doctrina porque el hipotecante por deuda ajena no es deudor, sino tercero y además interesado en el pago (amén de los citados, arremete también contra la STS citada, BELUCHE, pp. 26 y 27, con nota 258; y en general aplica el 1210.3.^º CC al hipotecante no deudor desde siempre la común doctrina, a la que ya nosotros nos unimos en nuestro *Derecho o carga real*, cit., pp. 390, 391, 450 a 452, sobre todo, con razones y autores a los que nos remitimos). Siendo ésa la crítica unánime excúsenos aquí de entrar en el análisis concreto de aquella STS y, por tanto, de hacer más leña del árbol caído.

⁶⁰ Posición muy particular es la de LALAGUNA (pp. 82-84), para quien el hipotecante no deudor carece de subrogación pues el pago extingue la deuda y la hipoteca se extingue por consolidación. Siendo cierto esto último, no lo es lo primero que sin más desmorona la figura de la subrogación por pago. En otra posición particular, CARPI (pp. 187-192) sólo estima aplicable el 1210.3.^º cuando el pago hecho por el tercero hipotecante ha sido voluntario, pero cuando el crédito es satisfecho por la ejecución hipotecaria, CARPI niega la aplicación de aquella norma y por ser meramente reiteración de aquélla la del 1839, niega en si la subrogación, todo por entender que el 1210.3.^º CC, de interpretación restrictiva *ex 1209 CC*, sólo se refiere al pago voluntario; de ahí el sentido, para esta autora (p. 191, nota 303), del 1839 CC que concede la subrogación al fiador aun en caso de pago forzoso. Ya hemos visto que la necesidad del 1839 CC ha sido históricamente otra, no la que apunta Carpi. Además, ¿por qué interpretar de diferente modo la palabra «*pago*» en los artículos 1210 y 1839 CC? Como dijimos en una nota anterior criticando a Carpi acerca de los artículos 1158 y 1838 CC, abogamos por una interpretación amplia. Mas incluso de ser restrictiva la del 1210.3.^º, como pretende Carpi, ¿por qué no también lo es la del 1839 que, como dice esta misma autora, es fiel trasunto de aquella norma más general? Claro que lo niega Carpi inventándose una razón del 1839 que nunca tuvo para que así no se niegue al fiador la subrogación en caso de pago coactivo. Mas, ¿si es, en cambio, justo negársela al tercero hipotecante que sufre la ejecución hipotecaria? Para Carpi si lo es, salvo (dice, p. 191) que haya pacto por el cual el acreedor conceda el derecho de subrogación al hipotecante ejecutado. O sea, ¡otra vez la antigua y hoy superada carta de lasto!

⁶¹ Razones éstas aducidas por la STS de 23 de marzo de 2000 y por CARPI (cit., en nota anterior), para no aplicar el artículo 1210.3.^º CC al tercero hipotecante.

⁶² En su obra *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, Madrid, 1997, p. 198, y que reitera en su obra sobre fianza, pp. 145 y 146. También, BERCOVITZ (pp. 885-887); FERNÁNDEZ VILLA, J. (*El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 CC*, Granada, 1999).

pagador «que tenga interés en el cumplimiento de la obligación», entre los que podrían incluirse el fiador (art. 1839 CC), el tercer poseedor (art. 867 CC), ... Y es ahí donde también encarárá el hipotecante no deudor, cuyo interés en el pago radica sencillamente en evitar la ejecución hipotecaria de su inmueble. Está, por ello, dicho sujeto facultado para pagar, por estar, precisamente, interesado en el pago. Tanto que, dada la inherencia real de la hipoteca (arts. 1876 CC y 104 LH), podría incluso decirse que tiene la carga real de pagar⁶³.

Ello es así salvo que quiera darse un salto en la dicción literal del artículo 1210 (y en la del 1158 CC, vgr.), para así conectar el «interés», no con el pago –con el «cumplimiento», como dice el 1210.3.^º–, sino con la «obligación» (o incluso con la subrogación misma), pareciendo entonces necesario para el 1210.3.^º que el pagador deba de estar de una u otra forma obligado e interesado en la propia subrogación⁶⁴. Con esta torcida interpretación⁶⁵, que tal vez sea el germen de otras desviaciones más recientes (como las de la STS citada), se cae en el error que, inevitablemente por su clara pero errónea dicción, cometen otros Códigos –no sus intérpretes–, donde literalmente se habla del «obligado –“tenu”, “tenuto”– por otro o con otro al pago», acaso como si debiera tratarse de un verdadero deudor y de que la subrogación legal por pago y, en general, el pago por «tercero interesado en el pago» sólo fuese predictable de los co-deudores solidarios y de los fiadores que pagan⁶⁶. Tal vez

⁶³ Al respecto, sobre dicho sentido de «carga», como diverso de «obligación», nos remitimos, para mayor detalle, a nuestro *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, cit., pp. 208-233, sobre cargas reales y personales en general, pp. 379-392 y 445-455, sobre la carga real de pagar la deuda para así eludir la ejecución cuando el titular del bien hipotecado no es el propio deudor.

⁶⁴ Dan ese «salto» DÍEZ-PICAZO (pp. 482 y 483); y en parte HERNÁNDEZ MORENO, A. (*El pago del tercero*, Barcelona, 1983, pp. 184-192).

⁶⁵ Porque, como dice BERCOVITZ (p. 40), tal distinción entre interés en el pago e interés en la obligación es artificiosa, inconsistente, pues «quien tiene interés en una obligación lo tiene en igual grado con respecto a su cumplimiento y viceversa». En similar sentido, RUBIO GARRIDO (en su obra sobre subrogación, pp. 197 y 198).

⁶⁶ Así, del CC francés, cfr., artículos 1236 y 1251.3.^º (que habla de «qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette»), los artículos 1238 y 1253.3.^º CC italiano-1865, y del vigente el artículo 1203.3.^º (que habla de «colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo»). Sobre el *Code*, refiriéndose a los preceptos citados y a otros (vgr., artículos 2167 y 2168, que hablan del tercer poseedor como «obligado al pago»), ya autores como LAURENT (T. 31, pp. 209-212), o TROPLONG (T. 3, pp. 332-335), y, ya antes del CC francés, POTIER (IX, p. 452), critican aquella expresión por errónea, y que el Código tomó, dicen, del artículo 101 de la Costumbre de París, al parecer, por influencia del Derecho canónico (sobre todo de Grenier), donde se hablaba de la «pena de pagar». Pero como ya dice el propio POTIER (cit.): «Observez que le paiement de la dette hypothécaire n'est, de la part du détenteur de l'héritage hypothéqué, que in *in facultate solutionis*, pour éviter le délais: il n'est pas *in obligatione*; car le tiers détenteur n'est point débiteur de cette dette, il ne l'a point contractée, ni succédé ou participe aux obligations personnelles de ceux qui l'ont contractée».

por ello en alguno de tales Códigos haya sido necesario crear una norma *ad hoc* para contemplar la subrogación legal por pago de ciertos sujetos (vgr., arts. 2866 –antes, art. 2022 CC-1865– y 2871 *Codice-1942*, sobre el tercer poseedor y sobre el tercero hipotecante, respectivamente)⁶⁷. Pero tal adición no es necesaria en nuestro CC ante la correcta dicción del artículo 1210.3.^º CC.

Otra forma de tergiversar el artículo 1210.3.^º CC es atender aisladamente a su último inciso para concluir que, al modo en que parecen hacerlo aquellos otros Códigos, tal norma prácticamente sólo es aplicable al codeudor solidario y al fiador (cfr., arts. 1145.II y 1839.I CC, respectivamente). Ciertamente, tales eran los ejemplos que el propio García Goyena (cit.) hacía comentando su precedente, el artículo 1117.3.^º Proyecto CC-1851 (en su remisión explícita al art. 1068 e implícita al 1099), cuando había otros supuestos recogidos en tal precedente, que, sin embargo, hoy no recoge el artículo 1210 CC. ¿Acaso por ello, por ese silencio, esos otros supuestos quedan hoy excluidos del artículo 1210.3.^º CC? No; de lo contrario, de sólo aplicarse el 1210.3.^º al codeudor solidario y al fiador, o bien sobra aquél o bien sobran los artículos 1145.II y 1839.I. Ya hemos visto que el artículo 1839.I CC no sobra. Tampoco sobra el 1210.3.^º CC que, en su amplia y concisa redacción, comprende más casos. Precisamente al respecto, como anillo al dedo viene traer uno que, aunque difiera del hipotecante no deudor por no ser garante, se identifica con él por su ajeneidad a la deuda y a la responsabilidad garantida con la hipoteca: es el caso del tercer poseedor⁶⁸. En el Derecho Romano⁶⁹ y en las propias Partidas (Ley 18, tít. 13, P. 5.^a)⁷⁰ se preveía expresamente que si tal sujeto pagaba la deuda garantida con el bien hipotecado que había adquirido, se subrogaba –permítasenos lo

⁶⁷ Lo dice FRAGALI (pp. 806-808 y 814).

⁶⁸ Sobre la subrogación legal, *ex* artículo 1210.3.^º CC, por pago del tercer poseedor de finca hipotecada, pueden verse, como recopiladoras de otras muchas anteriores, las recientes observaciones de CASTILLO MARTÍNEZ (pp. 174-177); de DÍEZ GARCÍA, H. (*El tercer poseedor de finca hipotecada*, Pamplona, 1998); y de ARIJA SOUTULLO, C. (*El tercer adquirente de bienes hipotecados*, Valencia, 2002, pp. 117-127), amén de las propias en nuestro *Derecho o carga real*, cit., pp. 390, 391, 450-452.

⁶⁹ Entre otros textos (vgr., D. 20.6.12.1, de Paulo), tal vez sea destacable la Nueva 4.2 de Justiniano, sobre el «tercer poseedor», en su remisión al capítulo primero sobre el fiador antes indicado.

⁷⁰ Que decía en su última frase, que es la que aquí importa: «*Otrosi dezimos, que estando un ome en tenencia alguna cosa, e demandandogela otro alguno, diciendo que a el fuera empeñada; si este que es tenedor della, quisiere luego pagar lo que deuia auer aquell que hizo la demanda, deuelo el otro recibir, maguer non quiera. Ca, pues que le pagan aquella debda que auia sobre la cosa, non le finca otro derecho ninguno. Ante dezimos, que aquel derecho que el auia sobre ella por razon de aquella debda, ante que fuese pagada, que lo deue otorgar al otro que gelo pago, si gelo demandare*». Y añadía G. LÓPEZ, en su Glosa núm. 4.^º, «*et debet cedere tam personalem, quam hypothecariam, ut ibi habetur*».

anacrónico de la expresión— en el crédito satisfecho; era algo parecido al *beneficium cedendarum actionum* y a la carta de lasto del fiador, cuando nada tenían, ni tienen, que ver ambos sujetos. Tal vez por esa tradición, el artículo 1117, en sus números 5.^º y 6.^º, y, reiterándolo innecesariamente, el artículo 1815 Proyecto CC-1851 recogieron tal caso como otro más de subrogación legal, para dejar bien claro que ya no se trataba de un beneficio dependiente de la voluntad del acreedor⁷¹. O sea, algo parecido a la necesaria aclaración que para el fiador supuso el artículo 1753 Proyecto CC-1851 (el actual 1839 CC), ya entonces contenido en el más general artículo 1117.3.^º (el actual 1210.3.^º CC). Finalmente, sin embargo, no habrá rastro alguno de aquellas normas específicas sobre la subrogación legal por pago del tercer poseedor de bien hipotecado, tal vez porque al dictarse el CC-1889 el artículo 105 RH-1861⁷² (mantenido en el RH-1870) hacía referencia a tal cuestión (cuando aún la hacía ya la citada Ley de las Partidas). Pero, ¿qué sucedió después, cuando ya desaparece esa norma reglamentaria; acaso, entonces, fue tal silencio negativo, excluyente del tercer poseedor del ámbito del artículo 1210 CC? No. La supresión del artículo 105 RH en el nuevo RH-1909 se debió a que siendo el RH norma adjetiva o registral, no había de inmiscuirse en cuestiones sustanciales relativas a derechos personales, que, precisamente, ya estaban contempladas en el artículo 1210⁷³. La razón formal de su no expresa inclusión en el 1210.3.^º es, recuérdese, estilística: la concisión y sencillez que impregna a todo el CC. Y la razón sustancial de la lógica inclusión del tercer poseedor en el 1210.3.^º es bien sencilla: el tercer poseedor es un tercero (no deudor, ni responsable), facultado para el pago, aunque no como pueda estarlo cualquier *poenitus extraneus*; aquél

⁷¹ Y así también antes los artículos 1728 y 1925 Proyecto CC-1836. En cuanto al Proyecto CC-1851, decía en su artículo 1117: «*La subrogación tiene lugar por disposición de la ley á favor:... 5.^º Del que adquirió un inmueble y paga á cualquier acreedor que tenga hipoteca sobre el mismo inmueble anterior á su disposición. (...) 6.^º Del poseedor de una finca hipotecada con otras pertenencias á diversos dueños que paga en su totalidad un crédito impuesto sobre todas ellas...*». Y reiteraba su artículo 1815: «*El tercer poseedor que paga al acreedor se subroga plenamente en su lugar*». De esta última norma dirá LUZURIAGA (IV, p. 209), que «la doctrina general acerca de la subrogación de las obligaciones está aplicada en el artículo 1815, que en rigor pudiera haberse escusado con lo dispuesto ya en el 1117». RUBIO GARRIDO (cit.); y BERCOVITZ (cit.), también aluden al caso del hipotecante no deudor refiriéndose al artículo 1117 Proyecto CC-1851, mas en él no aparece literalmente tal caso.

⁷² Que decía: «*Si el tercer poseedor de la finca hipotecada pagare el crédito hipotecario, se subrogará en lugar del acreedor, y podrá exigir su reembolso al deudor; si ya no se le hubiere descontado su importe del precio en que haya adquirido la finca*».

⁷³ Así, MORELL Y TERRY (IV, pp. 63, 151-153). Y luego insistirá en ello ROCA SASTRE (como nos recuerda CLEMENTE MEORO, M. E., «*El tercer poseedor de los bienes hipotecados como tercero adquirente*», en *RGD*, 1992, p. 11297, nota 88).

está especialmente interesado en el pago, precisamente para eludir la venta en subasta pública del inmueble de su propiedad. A dicha norma, de alcance general, puede sumarse una reciente norma también general sobre el tercer poseedor, el artículo 659.3 LEC, y el más antiguo artículo 867.II CC, aún vigente, que sin ser norma singular, sino expresión de la regla general del 1210 CC, se refiere a un caso particular de tercer poseedor (el del legatario de cosa hipotecada). Y si del tercer poseedor hay que predicar la subrogación legal por pago, ¿cómo cabe negarla al hipotecante no deudor? Éste, como aquél, es tercero por ser ajeno a la deuda y a la responsabilidad, pero es constituyente de la hipoteca, titular del inmueble hipotecado, a la vista de todo lo cual es también un tercero interesado en el pago, para así evitar la ejecución del inmueble de su propiedad. Habrá, pues, de aplicarse igualmente el artículo 1210.3.^o CC sin necesidad de recurrir al artículo 1839.I CC.

Tampoco es necesario aplicar por analogía al tercero hipotecante el artículo 1839.II CC, que, referido a la transacción (recuérdese el 1835 CC, en el epígrafe II.1), se fundamenta particularmente en evitar el enriquecimiento injusto del fiador, lo que también subyace en cualquier caso de subrogación por pago de tercero (cfr., arts. 1213 y 1528 CC)⁷⁴.

Y siendo innecesario aplicar los artículos 1838 y 1839 CC al hipotecante no deudor, tampoco es necesario por lógica aplicarle el artículo 1840 CC. La hipótesis que plantea el artículo 1840 CC habría de limitarse al caso de hipoteca prestada por tercero, al menos, con conocimiento del deudor, no ya si éste ignora tal garantía (cfr., arts. 1158 y 1159 CC), y sólo para el caso de pago hecho por el hipotecante fuera de cualquier procedimiento ejecutivo, pues de hacerlo dentro de uno cualquiera, no parece posible que el deudor pueda ignorar de buena fe tal pago ante la exigencia de que ambos son intervinientes en dicho proceso al ser ambos requeridos de pago [cfr., los recientes arts. 683.1, 685.1, 686 LEC, ya antes, el art. 126.I *in fine* LH, y el art. 236.c).1 y d).1 RH, preceptos estos últimos que, aunque literalmente referidos al tercer poseedor, por su propia lógica, la de atender a la diversa personalidad del deudor y del titular del bien hipotecado, son igualmente aplicables al tercero hipotecante]. Añádase a ello, en cualquier caso, la dificultad

⁷⁴ Así, GUILARTE ZAPATERO (pp. 165 ss.). Ya lo decía GARCÍA GOYENA (IV, p. 158), comentando su precedente, el artículo 1753.II Proyecto CC-1851: «Si es justo que el fiador tenga una completa indemnización, también lo es que no se enriquezca á la sombra de la fianza por la sola disposición de la ley». Incluso así lo evidenciaba el añadido final del artículo 1753.II Proyecto-1851, que hoy no tiene el 1839.II: «*Sin embargo, si –el fiador– ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor mas de lo que realmente haya pagado, a menos que el acreedor le haya hecho cesión expresa del resto*».

de paralizar la ejecución, judicial o notarial, hipotecaria iniciada (véase del epígrafe III.2 el comentario al art. 1853 CC, al que ha de conectarse este art. 1840 CC)⁷⁵. Mas ni siquiera para el caso que contempla el artículo 1840 CC resulta necesario aplicarlo al tercero hipotecante. Para empezar, el artículo 1840 CC no impone en su primera parte ningún deber especial, ni singular en sentido técnico, sino un simple deber, o carga según muchos, de diligencia media para el fiador que quiera asegurarse, sin riesgo, la subrogación por pago y, en su caso, el reembolso, al margen de que haya prestado la fianza con o sin conocimiento y voluntad del deudor. Por eso, si el fiador paga sin oponerse al pago habiendo razón para ello (cfr., art. 1853 CC), tal oposición lógicamente podrá serle hecha por el deudor cuando aquél se subroga en la posición del acreedor, pues el pago ha sido inútil y no puede perjudicarle; y ello aunque antes del pago el fiador comunicase, o no, el hecho del pago al deudor. Es mero efecto general de la subrogación legal por pago, de que el fiador reemplace tras el pago al acreedor en el crédito con sus mismas condiciones. Por eso, tal régimen es predictable de cualquier garante, e incluso de cualquier tercero que pague una deuda ajena (cfr., arts. 1158.I y 1159 CC)⁷⁶.

Y por eso, tampoco es necesario aplicar el artículo 1841 CC al hipotecante no deudor para llegar a la misma solución que dicha norma, introducida por mera inercia histórica⁷⁷, propone. Porque, hoy, ahí están, con alcance general y como fundamento lógico del 1841 CC, las normas sobre obligaciones condicionales, a plazo y sobre pago anticipado (arts. 1118 ss CC), sin que al respecto nada nuevo añada el artículo 1841 CC⁷⁸, ¿o es que acaso, vgr., esta

⁷⁵ Por eso, para CORDERO LOBATO (p. 250), «sólo se aplicaría el artículo 1840 CC en procedimientos distintos al judicial sumario» [y al procedimiento notarial, habría que añadir *ex artículo 236.c.1 y d) RH*]. Mas, en verdad, no existen tales hipótesis ejecutivas: al haber hipoteca dada por tercero, de querer el acreedor ejecutarla, no tendrá más opciones que los procedimientos ejecutivos judicial y notarial hipotecarios. Los demás (el declarativo y el ejecutivo ordinario) sólo podrá dirigirlos contra el deudor, pudiendo sólo versar el ejecutivo ordinario contra el bien hipotecado cuando el propio deudor sea hipotecante y titular del bien hipotecado en el momento ejecutivo.

⁷⁶ CASANOVAS MUSSONS (p. 3), fundamenta en general el 1840 en los artículos 1158, 1159 y 1210 CC. Y si se apura, también en el 1840 se vislumbra la idea de accesoriiedad y, más ampliamente, la del *neminem laedere*, como luego veremos al tratar el 1842 CC.

⁷⁷ Ya la frase final de la Ley 16, tít. 12, p. 5.^a, decía: «*Pero si acaeciesse que –el fiador– lo pagasse ante del plazo, non lo pueden demandar hasta el día que señalaron para pagarlo*». Y así antes muy diversos textos del Digesto (aunque desde Goyena la doctrina sólo cita el D. 17.1.22.1, de PAULO, también se observa igual régimen en otros textos, vgr.: D. 46.1.31, de ULIPIANO; D. 17.1.29, de PAULO; D. 17.1.51, de JAVOLENO).

⁷⁸ Así, Q. M. S. (p. 637); MANRESA (p. 323); y siguiéndole GUILARTE ZAPATERO (p. 233), quien estima innecesario el artículo 1841 CC, llegándose a su solución aunque tal norma no existiera. Del artículo 1756 Proyecto CC-1851 (prácticamente igual al actual art. 1841 CC), se limitaba a decir GARCÍA GOYENA (IV, p. 160) que «el fiador no puede por su simple voluntad hacer peor la condición del deudor».

norma es singular e impide, por no preverlo, que el fiador reclame al acreedor lo pagado si ignoraba el plazo (art. 1126.II CC)? No. Por eso, si cabe predicar idéntica solución para el hipotecante no deudor lo es por aplicación de aquellas reglas generales sobre obligaciones, sin necesidad de acudir al artículo 1841 CC⁷⁹.

Por su innecesariedad, tampoco el artículo 1842 CC es analógicamente aplicable al tercero hipotecante, pues a igual solución se llega acudiendo a normas más generales sobre pago, subrogación y enriquecimiento injusto (cfr. arts. 1158, 1159, 1527, y 1895 ss. CC⁸⁰)⁸¹. Ciertamente, el artículo 1807 Proyecto CC-1851, sobre hipoteca, se remitía al artículo 1755 Proyecto CC-1851 (correspondiente a los actuales arts. 1840 y 1842 CC), sobre fianza, mas no por una supuesta analogía entre ambas garantías. Como decía Luzuriaga (IV, p. 205), aquel 1807 era «conforme con los principios reconocidos y practicados universalmente», advirtiendo García Goyena (IV, p. 159), acerca del 1755, que «el fiador no puede por su culpa menoscabar los derechos e intereses del deudor». Lo mismo puede decirse del 1842 CC vigente, cuya solución es tan lógica, por adecuarse a los principios generales, que sería tal aunque no existiese el artículo 1842, que en su momento fue necesario para dejar bien claro que, en la hipótesis que plantea la norma, el fiador puede dirigirse, por derecho propio y automáticamente, contra el acreedor sin necesidad de cesión de acción alguna por parte del deudor (como, en cambio, sucedía en el Derecho Roma-

⁷⁹ Así, CARPI (p. 180, nota 289).

⁸⁰ Tal es el fundamento del 1842 CC (o de su correlativo foráneo) según la común opinión (*vid.*, por todos, PUIG BUTAU, p. 611). No obstante, hay quien niega hasta la idea misma de cobro de lo indebido y de enriquecimiento injusto, para entender, al modo romano, que lo que hay es una acción de repetición por la que el fiador se subroga en la posición del deudor (así, RAVAZZONI, en *NssDI*, p. 291); se olvida con ello de que el fiador pagó debidamente, pues cuando pagó era deudor y la deuda era ya exigible. A la idea del enriquecimiento injusto como razón del 1842 CC se une otra, también lógica, de agilidad y celeridad, tendente a evitar un circuito innecesario de reclamaciones. Por eso no parece del todo acertada la explicación de LAURENT (T. 28, p. 251), a quien parece seguir LACRUZ (p. 352), para quien el artículo 2031 CC francés (nuestro 1842 CC) es norma especial, derogatoria del régimen común, pues conforme a éste sería el propio deudor, que como segundo pagador es quien hizo el pago indebidamente, el que debería repetir contra el acreedor. Ex artículo 1527 CC no parece que deba hablarse de pago indebido y, además, no queda resuelta la posición del fiador, que es deudor accesorio, ¿o acaso debería éste dirigirse contra el deudor? El deudor contra el acreedor, el fiador contra el deudor. ¡Demasiadas y enrevesadas acciones! En cualquier caso, en lo que aquí importa, de admitirse la explicación de Laurent, habría de concluir que tampoco tal norma es aplicable al tercero hipotecante, en este caso por la excepcionalidad de la norma.

⁸¹ En cambio, mas sin alegar razón, LALAGUNA (p. 84); y CORDERO (p. 250), dicen que sí le es aplicable el artículo 1842. En Italia, acerca del artículo 1918 CC-1865 (nuestro 1842), decía PALUMBO (p. 54) que sí es aplicable al tercero hipotecante, «ma non giá per la nota assimilazione, ma perché si fondano su un concetto di colpa nel pagamento». En caso de admitirse tal aplicación, la hipótesis que el 1842 CC aborda habría de limitarse al caso de hipoteca antes indicado sobre el artículo 1841 CC. Así, en cierto modo, lo advierte CORDERO (cit.), refiriéndose a los artículos 1840 y 1842 CC.

no con la *conditio indebiti*, prevista –sólo– en sede de mandato)⁸². Buena prueba de que el artículo 1842 CC no añade nada nuevo a las normas sobre pago, subrogación y enriquecimiento injusto, es la solución que habría de darse a la hipótesis opuesta a la que dicha norma contempla: ¿*quid* si prestada la fianza sin conocimiento del deudor es éste quien primero paga y luego repite el pago el fiador? La hipótesis no es contemplada por el artículo 1842, pero cabe su solución por aplicación del régimen general sobre el cobro de lo indebido: el deudor paga correctamente, mas no ya luego el fiador, quien paga indebidamente, cobrando también indebidamente el acreedor; contra éste, pues, habrá de dirigirse el fiador⁸³.

III. NORMAS DE LA FIANZA INAPLICABLES AL HIPOTECANTE NO DEUDOR POR SU EXCEPCIONALIDAD

1. EL *FAVOR FIDEIUSSORIS*, ¿Y EL *FAVOR PIGNERATORIS*? LA INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1843, 1851 Y 1852 CC.

Sabiendo que ninguna norma excepcional o singular y que ningún privilegio son aplicables por analogía (art. 4.2 CC), por principio no pueden resultar aplicables al tercero hipotecante aquellas normas de la fianza que así lo sean, entre las que destacan las que se inspiran en el llamado *favor fideiussoris*⁸⁴.

No es extraña, sin embargo, la consideración en parte de la doctrina de que muchas de las normas sobre fianza protectoras del

⁸² Así lo advertían y explicaban, ESCRICHÉ, J. (*Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858, pp. 695 y 696), para quien lo equitativo era permitir esa repetición sin necesidad de cesión de acciones. Como precedente del artículo 1842 CC, desde García Goyena suele citarse el D. 17.1.29.1, pero también puede verse en otros; vgr.: D. 17.1.8, §§ 7 y 8, de ULIPIANO.

⁸³ También era esa la solución conforme al Derecho Romano y a las Partidas, según lo visto más arriba. Y si la fianza se prestó con conocimiento del deudor, la solución según D. 17.1.29.2, de PAULO, era que el fiador tenía la acción de mandato contra el deudor para reembolsarle de la suma pagada, subrogándose en su acción contra el acreedor (así, para lo dicho en esta nota, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, p. 67; ESCRICHÉ, p. 695; SÁNCHEZ ROMÁN, III, p. 921). Aunque, lo que no se dice es que luego el deudor podría dirigirse contra el acreedor. Más ágil, y más reflejada –creemos– en la codificación, nos parece la solución de POTHIER (II, p. 236), para quien en caso de doble pago al acreedor, haya pagado primero el deudor o el fiador, y se trate de fianza con consentimiento del deudor o sin su conocimiento, siempre hay cesión –presumida por los usos franceses, dice– de la acción de repetición del deudor al fiador.

⁸⁴ Así lo dicen, con alcance general, RAVAZZONI (GI, p. 474); y CICERO (p. 434).

fiador, expresivas y fundadas en el *favor fideiussoris*, derivan del carácter accesorio de la fianza⁸⁵. De admitirse tal fundamento, ello llevaría lógica pero erróneamente a aplicarlas, por analogía o por extensión, al hipotecante no deudor⁸⁶.

Que en sede de fianza rija el *favor fideiussoris* se explica no tanto por la accesoredad, al menos aisladamente considerada, sino más bien por la naturaleza jurídica de lo accesorio, la fianza, por ser ésta garantía personal: aunque la garantía real sea más eficaz para el acreedor, la garantía personal es más comprometedora, supone mayor «sacrificio» –dice Ravazzoni (cit. arriba)– para el garante, en nuestro caso para el fiador, que la garantía real, pues éste no se limita a vincular un bien en garantía del pago de una deuda ajena, sino que él mismo se convierte en deudor, aunque accesorio, y responde, como cualquier deudor, con todo su patrimonio. De ahí que, al ser deudor y responsable, el llamado *favor fideiussoris* no sea más que un trasunto para la fianza del más general *favor debitoris*. A ello probablemente se sume, como su fundamento, el viejo dicho popular aún hoy empleado de «*fía y pagarás*»⁸⁷.

Por eso, el tercero hipotecante, que se «sacrifica» menos que el fiador, no merece ese trato de favor. Resultaría incluso *contra naturam* aplicar aquellas normas de la fianza al hipotecante que, no en vano, no debe, ni responde *stricto sensu*, y que, en cualquier momento, puede convertirse en auténtico tercero transmitiendo el bien hipotecado. Además, aquel trato de favor iría contra la intrínseca utilidad práctica de la hipoteca, no tanto para el hipotecante, sino para el acreedor. Recuérdese lo dicho *supra* (en el epígrafe I) sobre la necesidad de mantener vigorosa la hipoteca en aras del crédito territorial y del tráfico jurídico inmobiliario en general, todo lo cual hace absurdo pensar en un pretendido *favor pigneratoris* correlativo en materia de hipoteca al *favor fideiussoris*. Más aún. En esa dimensión práctica, aplicar aquellas normas excepcionales protectoras del fiador al tercero hipotecante se contradiría con la tendencia opuesta que en los últimos tiempos rige para la fianza. Como destaca el propio Carrasco Perera (y otros, pp. 196 y 197), hoy es muy común, por un lado, que la propia jurisprudencia haya restringido muchas veces a favor del acreedor la aplicación de aquellas normas (vgr., arts. 1843, 1851, ...), y, por otro, la existencia de garantías personales atípicas, que han surgido en la práctica, entre otras razones, para precisamente «huir» –dice Carrasco– de tales normas y mejorar así la condición del acre-

⁸⁵ Vid., por todos, RAVAZZONI (en su *Monografía*, pp. 2-84, y en *NssDI*, p. 277).

⁸⁶ Como así opina buena parte de los partidarios del «fiador real», según indicamos ya en el epígrafe I (AZPITARTE, p. 76; BELUCHE, pp. 1-3 y 9-11; PANTALEÓN, p. 4; CARRASCO PERERA y otros, pp. 478-481).

⁸⁷ D. 3, 3, 42.2. *Vulgo fertur, qui fideiubet, solvit*, decía CUIACIUS (*Opera*, T. V, Nápoles, 1758), tomado de LAURENT (núm. 153) y de SÁNCHEZ ROMÁN (p. 910).

dor. ¿Cómo entonces concordaría esa huida convencional en materia de fianza con el intento por parte de la doctrina de llevar al hipotecante no deudor aquellas normas del fiador, cuando la hipoteca, eminentemente *pro* acreedor, no necesita de suyo huir a ninguna parte?

Es verdad que en materia de hipoteca a veces nuestro Derecho dispensa un trato de favor, pero no lo hace en beneficio del tercero hipotecante, ni de forma caprichosa, sino en el del llamado «tercer poseedor» por ser ajeno, no sólo a la deuda como lo es también el tercero hipotecante, sino por serlo además a la constitución de la hipoteca, y para así fomentar el tráfico jurídico inmobiliario (cfr., arts. 112 a 115, 120 y 121 LH —con la exclusión, tal vez, del art. 126.2 LH, sobre el desamparo, que bien puede concederse al tercero hipotecante, no por un supuesto *favor pigneratoris*, sino por la naturaleza meramente procesal de dicho desamparo y su finalidad simplemente «honorable» que en nada obstaculiza la ejecución—)⁸⁸.

⁸⁸ Sobre la figura del tercer poseedor, y su distinción frente al tercero hipotecante, nos remitimos a lo dicho en nuestra obra sobre la *naturaleza jurídica de la hipoteca*, cit., especialmente pp. 318-327. Muy destacables al respecto son las obras, ya citadas, casi simultáneas a la nuestra de CLEMENTE MEORO; DÍEZ GARCÍA; y de CASTILLO MARTÍNEZ. Aquí en nota, por ser cuestión debatida en la que discrepamos de la posición dominante, sólo abordaremos lo relativo al desamparo del 126.2 LH en favor del tercero hipotecante, como así lo defienden SANZ FERNÁNDEZ (pp. 450 y 451); CÁNOVAS COUTIÑO («El abandono en la hipoteca», en AAMN, 1952, pp. 108 y 109); CABELLO DE LA SOTA, P. («El abandono en la hipoteca», en RCDI, 1948, pp. 146, 159 y 161); y Luis MORENO QUESADA (pp. 186 y 187). Superadas ya viejas disputas, originadas por la letra de algunos Códigos (como el francés que habla de «*délaissement*» en sus arts. 2172 a 2174, o el italiano que habla de «*rilascio*» en sus arts. 2858 ss., y antes en los arts. 2013 ss. *Codice-1865*), y aunque pudiera tildarse de anacrónica, por rememorar tiempos en que para la «ejecución hipotecaria» era imprescindible la entrega del bien hipotecado a manos del acreedor, la facultad de desamparo, como así, correctamente, la denomina desde hace tiempo nuestro Derecho (en el art. 126 LH y, antes, vgr., en las Partidas), ha de ser reconocida a favor del tercero hipotecante, no porque, como el tercer poseedor, sea ajeno a la deuda hipotecaria, sino más bien por la naturaleza meramente procesal y por la finalidad simplemente «honorable» de la facultad de desamparo: ante todo, conforme a la común opinión actual, el desamparo no supone estricto abandono liberatorio, ni verdadera renuncia, ni abdicativa ni traslativa, aunque el bien se deje, *ex artículo 126.II I in fine* LH, en poder del deudor, a modo de administrador y representante forzoso. Antaño, sin embargo, creían que el desamparo era verdadera renuncia o abandono, autores como GARBAGNATI, E., «L'esecuzione forzata immobiliare contro il terzo possessore e il suo soggetto passivo», en RDPC, 1936, pp. 129 ss.; o PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1935, pp. 215-217. Pero, en realidad, no implica renuncia a la titularidad del bien hipotecado, ni siquiera a su posesión, sino simple cesión de la administración del mismo a los solos efectos ejecutivos. No en vano, en el transcurso de la ejecución, el titular del bien, como prueba de que lo sigue siendo, puede disponer del mismo (cfr., el actual art. 662.1 LEC, que deroga y suple al antiguo art. 134.I LH —por cierto, mejorándolo—), o puede aún pagar la deuda garantida, evitando así la ejecución y recuperando el bien hipotecado; y si no hace nada de ello llegando la ejecución a su culmen, de haber al final remanente, éste será, precisamente, para el titular que desamparó su bien en la ejecución (antes, art. 223 RH, ahora, art. 692 LEC). La *natura*, pues, del desamparo no obsta a su concesión para el hipotecante no deudor. Y no se diga, como suele decirse en contra, que no cabe concederle tal facultad porque se llegaría al absurdo de dejarse el bien en manos del deudor, que nunca fue dueño del bien hipotecado. Se olvida otro posible absurdo, que lo será, por supuesto, para quien de esa forma opine: si la hipoteca fue dada por tercero y éste luego transmite el bien hipotecado a un tercero, ¿acaso será también absurdo que el tercer poseedor desampare dicho bien en la ejecución dejándolo en manos del deudor? Pues no creo que a nadie se le ocurra el absurdo, éste

Así las cosas, una de tales normas que por fundarse en el *favor fideiussoris* es excepcional y, por tanto, resulta inaplicable al hipotecante no deudor es el artículo 1843 CC, sobre relevación y cobertura; a salvo queda el caso del artículo 25 Reglamento Notarial, que sí es aplicable al hipotecante no deudor por emplear latamente la palabra «fianza» (de fianza sobre finca, habla). Múltiples y variopintas justificaciones se han dado del artículo 1843, y de sus correlativos foráneos, siendo muy probable que todas, o casi todas, ellas lleven parte de razón por la propia variedad de casos que en el propio artículo 1843 CC se contemplan. Es incluso muy probable también, como sostienen muchos, que la razón fundamental, o cuando menos la más presente en la mayoría de casos, de dicha norma, atendido su segundo párrafo, sea proteger la indemnidad, la acción de reembolso especialmente, del fiador ante la posible insolvencia del deudor⁸⁹. Aún admitiendo ello así, no deja de ser el ar-

sí, de creer que en tal caso el bien habría de ser puesto en administración del antiguo dueño hipotecante. No será así, porque él no será parte en el proceso ejecutivo. Precisamente, por eso el artículo 126.III *in fine* LH ordena la administración al deudor, porque, con total seguridad, él siempre será parte del procedimiento ejecutivo, como requerido de pago al ser deudor, aun cuando no sea titular del bien hipotecado, y siempre estará interesado en que el precio de la subasta sea lo suficiente como para cubrir la deuda. Por otra parte, y a la vista de lo dicho, la concesión de la facultad de desamparo, que supone poner el bien hipotecado en administración del deudor para así proseguir con su ejecución, en nada perjudica al acreedor, pues aquel desamparo, lejos de ser estricta oposición, no retrasa ni suspende la ejecución hipotecaria. Por eso, también cabría el desamparo en el juicio ejecutivo hipotecario, pues, no en vano, los artículos 695 ss. LEC, como antes lo hacía el artículo 132 LH, no incluyen el desamparo como causa tasada de oposición, ni de suspensión de aquél. Siendo, pues, totalmente inocua la facultad de desamparo, ¿por qué no concederla también al hipotecante no deudor? Tal inofensividad del desamparo era ya advertida por la EM LH-1861, diciendo que «*como –el tercer poseedor– sufre en toda extensión el rigor de la ley cuando el deudor no paga, justo es compensar esta desventaja con la facultad de desamparar la cosa hipotecada, y mucho mas cuando ningún perjuicio verdadero se sigue á los acreedores por el desamparo, porque el precio del remate de la finca es la mejor expresion de su valor verdadero, que es á todo lo que pueden aspirar, y todo lo que esperaron los acreedores*». Casi reproduciéndola, así también lo advirtían GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN (p. 418). Y casi puede decirse que todos ellos reproducen lo que ya decía LUZURIAGA (IV, p. 208), para justificar la concesión de la facultad de desamparo ex artículo 1810 Proyecto CC-1851: «*siendo el precio de un remate –decía Luzuriaga– la expresión más genuina de la justa estimación, parece que no se causa perjuicio á los acreedores; y por otro lado, justo es que, así como el tercer adquirente sufre el rigor de la ley cuando no puede pagar, tenga la facultad de desapropiarse voluntariamente los bienes gravados*». Añádase a ello, por último, que en el desamparo, como su *ratio*, subyace una simple cuestión de honor, la de evitar el descrédito de aparecer como ejecutado y sufrir en público sus consecuencias. ¿Por qué, entonces, de nuevo, no concederla al hipotecante no deudor?

⁸⁹ Así, sobre el artículo 2032 *Code*, LAURENT (pp. 160, 161 y 268); CABRILLAC y MOULY (pp. 176 ss.); sobre el artículo 1919 *Codice-1865*, PALUMBO (p. 55); sobre el artículo 1953 *Codice-1942*, RAVAZZONI (*NssDI*, p. 287, y en su monografía, pp. 163 ss.); MASSIDA, C. F. («*Fideiussione*», en *EG*, XIV, p. 9); y sobre nuestro artículo 1843 CC, MANRESA (XII, p. 314 ss.); CASTÁN (p. 788); siguiéndole DE ROVIRA (*NEJ*, p. 703); DÍEZ-PICAZO (p. 438); PUIG BRUTAU (p. 608); GUILARTE ZAPATERO (pp. 241 y 242); CASANOVAS MUSSONS (pp. 114, 115, 193 y 194); ALONSO SÁNCHEZ (pp. 156, 157 y 167); PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (*Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 264); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 277 y 278). Claramente, por su parte, conecta la relevación con el reembolso la Ley 530 Fuero Navarro. Algunos de estos autores no sólo alegan como fundamento del artículo 1843 CC el regreso del 1838 CC, sino también la subrogación del artículo 1839

título 1843 CC una norma singular fundada en la equidad, en el *favor fideiussoris*⁹⁰. Lo demuestra que el artículo 1843 no tenga parangón general para el reembolso del tercero que paga, que la medida de favor del artículo 1843 CC lo es del fiador frente al propio deudor, no contra el acreedor⁹¹, que es ante quien se obliga, y que opere antes de realizar el pago, protegiendo así, como algo singular, no un derecho, sino una simple expectativa⁹². También muestra esa excepcionalidad el hecho de que la norma sea, según la común opinión, de interpretación restrictiva y de que, por ende, no se aplique a otros casos diversos de los que taxativamente se comprenden en ella, lo que evidencia que la norma no es consecuencia, ni siquiera natural, del posible regreso del fiador, pues de serlo habría de aplicarse dicho 1843 a cualquier otro caso de posible insolvencia del deudor o en general de posible perjuicio para el fiador, lo que no sucede, sobre todo a la vista de sus precedentes, próximos (vgr., art. 1757 Proyecto CC-1851, que comprendía más casos) y remotos (vgr., el Derecho romano, el Fuero Real o las Partidas)^{93 94}.

CC, aunque tal vez, como advierten otros de los citados, ésta ya cuente, como veremos, con suficiente protección especial en el artículo 1852 CC, que dispensa protección al fiador frente al acreedor, no frente al deudor como en cambio hace el artículo 1843 CC.

⁹⁰ Así, de los citados ya en nota anterior, LAURENT; MASSIDA; MANRESA; PÉREZ ÁLVAREZ; ALONSO SÁNCHEZ; y también PETTI (p. 78).

⁹¹ En cambio, para CASANOVAS MUSSONS (p. 183), la «excepcionalidad –del art. 1843 CC– no radica en que el fiador pueda dirigirse contra el deudor, sino en el no mantenimiento de la obligación del deudor hasta la liberación del deudor principal (excepción –pues– al art. 1847 CC)».

⁹² Así, refiriéndose al artículo 2032 CC francés, LAURENT (pp. 261, 262 y 265); BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 579); SIMLER y DELEBECQUE (p. 145). En España, CASANOVAS MUSSONS (pp. 114, 115, 193 y 194); y su discípula ALONSO SÁNCHEZ (pp. 156, 157 y 167). Para CARRASCO PERERA (y otros, p. 70), el artículo 1843 CC se fundamenta en la *causa intercedendi*, no en la *causa solvendi*, de la fianza: el fiador intercede por la deuda ajena y presta su garantía, al margen de que pague o no. Por eso, el artículo 1843 CC se refiere a la actuación del fiador antes del pago.

⁹³ «Non absimilis illa, quae frequentissime agitari solet: fideiussor an, et priusquam solvat, agüere possit, ut liberetur? Nec tamen semper exspectandum est, ut solvat, aut iudicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit, aut certe bona sua dissipabit; praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditorum mandati actione conveniat» (D. 17.1.38.1, de MARCELINO). Por su parte, la Ley 8, Tít. 18, Libro 3, del Fuero Real, bajo la rúbrica «En qué casos puede el fiador pedir ser sacado de la fianza», comprendía cuatro casos: «El que fuere fiador por otro en alguna cosa, no puede demandar que lo quite de la fidadura ante que la peche, fueras si aquél por quien fió comenzáre de malmeter, ó de engañar lo suyo, ó si le fuere mandado por juicio, que lo pague, ó si fuere el plazo pasado á que lo hobo de quitar, ó si la fidadura no fuere fecha á plazo, è la no quitáre fasta un año». Y, por último, destaca la Ley 14, Tít. 12, P. 5.^a, que sin necesidad de reproducirla por su extensión, resume GARCÍA GOYENA (IV, p. 161) –y así también SIÑÉRIZ (p. 102)–: «pone cinco casos, cuya mayor parte coincide en el fondo con este artículo –el 1757 Proyecto CC-1851, que es más amplio, veremos en la siguiente nota, que el actual 1843 CC–: 1.º Si el fiador fuese ya condenado á pagar; 2.º Si dura ya mucho tiempo en la fianza; la graduacion de esto queda al arbitrio del juez; 3.º Cuando el fiador, viendo que llega el plazo, quiere pagar para no incurrir en la pena, y, reusando –sic– el acreedor recibir el pago, consigna la suma; 4.º Cuando se constituyó fiador hasta cierto día, y este pasó; 5.º Cuando el deudor comienza á desgastar sus bienes».

⁹⁴ De esa confrontación histórica y de la propia comparación sistemática del artículo 1843 con el 1831, que ya hacía García Goyena sobre sus concordantes del Proyecto CC-1851, tam-

Parece, pues, bastante con lo dicho para negar (*ex arts. 3.2 y 4.2 CC*, y con las SSTS de 26 de mayo de 1950 y de 6 de octubre de 1995) que el singular privilegio concedido por el artículo 1843 CC sea aplicable al hipotecante no deudor⁹⁵, siendo innecesario

bien podría desprenderse la conexión del beneficio de relevación o cobertura con la posible carencia del beneficio de excusión (cfr., art. 1843, números 2.^º y 4.^º, y arts. 1831, números 3.^º y 4.^º, 1832 *in fine* y 1833 CC). En el artículo 1757 Proyecto CC-1851 (nuestro vigente 1843), se añadía un caso, el núm. 3.^º, que, bien es cierto, hoy no recoge el 1843: «*Si hay temor de que se fugue ó quiere dejar el Reino;*» y lo justificaba GARCÍA GOYENA (IV, p. 161), porque en tal caso el fiador carecía del beneficio de excusión *ex artículo 1744.4.^º* Proyecto (vigente 1831.4.^º CC). Incluso en el caso núm. 4.^º del actual 1843 se observaba la conexión entre relevación y excusión en el correlativo, pero más amplio, núm. 5.^º del artículo 1757 Proyecto-1851, que decía: «*Cuando la deuda ha llegado á ser exigible por el vencimiento del plazo; en este caso podrá también –el fiador– recurrir al acreedor para que proceda contra el deudor, ó contra el mismo fiador, admitiéndole el beneficio de excusión (...) Si el acreedor es moroso en proceder después del requerimiento, el fiador no responderá de la insolvencia posterior del deudor.*». Y decía GOYENA (IV, p. 162) que tal norma se mostraba conforme al 1746 (el vigente 1833). Hoy, también conecta ambos preceptos, para entender que el 1843 sólo tiene sentido, auténtica utilidad, cuando en la fianza no cabe la excusión, GUILARTE ZAPATERO (p. 297).

⁹⁵ Resulta curioso, cuando no contradictorio, que muchos de los que tras afirmar el carácter excepcional del artículo 1843 CC, o de su extranjero concordante, y que su fundamento es la equidad afirman luego su aplicación al «fiador real» por fundarse aquellas normas y la equidad que en ellas se vislumbra en la expectativa de regreso, que también tiene este otro fiador. Así, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 579); SIMLER y DELEBECQUE (p. 155); en Italia, GORLA (1935, p. 101, y 1985, p. 394); siguiéndole, PALUMBO (pp. 55-57), aunque advirtiendo que no es aplicable al tercero hipotecante el núm. 5.^º del 1919 CC italiano-1865, similar al núm. 5.^º de nuestro 1843, porque el hipotecante puede precaverse fijando un término para la extinción de la hipoteca –pero, ¿acaso no lo puede hacer también el fiador?–; siguiendo a Palumbo, MORENO QUESADA, L. (pp. 150 y 151), añadiendo, como otra razón, que el tercero hipotecante no tiene beneficio de excusión, lo que, si bien es cierto según veremos en el epígrafe VI, no exige compensación ninguna; CAMY (p. 417); AZPITARTE (pp. 109 y 110); CORDERO (pp. 242-244); BELUCHE (pp. 22-25); PANTALEÓN (p. 9); CARPI (pp. 138-143); INFANTE (p. 179). Resulta particularmente «curioso» que Beluche, tras negar que el 1843 sea excepcional, pues sólo se funda en razones de equidad (salvaguardar el eventual derecho de reembolso del hipotecante), diga luego que tal norma sí es aplicable al «fiador real». Al negar que es excepcional, «salva» el obstáculo del artículo 4.2 CC; pero al decir que es norma fundada en la equidad, ¿cómo se puede «salvar» el artículo 3.2? Curiosamente también, nadie ha caído en la cuenta de que no se ha creado por el legislador italiano una norma parecida a la del fiador para el hipotecante no deudor. ¿No es tal vacío sospechoso al contrastar con otras normas del tercero hipotecante construidas a imagen y semejanza de las del fiador? En cualquier caso, no siendo suficiente en este punto el Derecho comparado (así lo dijimos en el primer epígrafe), no debemos hacer de tal dato argumento ninguno. En una posición mucho más matizada, ROCA SASTRE (IV-2.^º, pp. 111 y 112), decía que el artículo 1843 CC era aplicable al «fiador real», aunque por lógica sólo en dos casos de extinción de hipoteca: ora por expiración del plazo o término, ora por cumplimiento de la condición resolutoria. Mas para tal camino no hacen falta esas alforjas (las del art. 1843 CC), bastando con las de los artículos 1861 CC, 142.II LH y sus concordantes. Frente a aquella posición, favorable a la aplicación analógica del artículo 1843 CC al tercero hipotecante, nos parece más acertada la que lo niega habida cuenta del carácter excepcional de aquella norma. Así, insistentemente, LAURENT (pp. 160, 161, 261 y 265); y también GUILARTE ZAPATERO (p. 448); PETTI (pp. 189 y 190); CICERO (pp. 436 ss.), quien se apoya en las SSTCasación italiano de 13 de abril de 1960 y de 6 de mayo de 1994. También nosotros podemos citar jurisprudencia que niega la aplicación del 1843 CC al hipotecante no deudor; son las SSTS de 26 de mayo de 1950 y, apoyándose en ella, la de 6 de octubre de 1995, para la que incluso basta, con razón, el dato de que el hipotecante no deudor y el fiador no sean análogos (así también le basta a FINEZ RATÓN, J. M., «La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor [Estudio del art. 1852 CC]», en *RCDI*, 1993, pp. 50 y 51); pero añade más argumentos, colaterales desde luego, en su Fto. de Derecho 6.^º, que no es menester aquí transcri-

detenerse más en ello por la inocuidad de tal norma, pues, aunque se admitiera tal aplicación, sea por analogía o bien por acuerdo (cfr., núm. 3.^º del art. 1843 CC)⁹⁶, como sucede con la propia fianza, para que afectase la liberación o la cobertura al acreedor, éste siempre habría de consentir una u otra⁹⁷; lo que tratándose de la hipoteca habría además de contar con reflejo registral (de nuevo, arts. 144 LH y 240 RH, entre otros)⁹⁸.

Muy en conexión con los artículos 1835, 1843 y 1852 CC suele poner la doctrina al artículo 1851 CC, que siendo conforme al Fuero Real⁹⁹, se aparta, en cierto modo, de las Partidas¹⁰⁰, y claramente de todos los demás Códigos de su tiempo, llegando a veces a confundirse por los autores el fundamento de unos y otros: para algunos, que conectan los artículos 1835 y 1851 CC, éste se explica por la accesoriada de la fianza, por su carácter restrictivo (arts. 1826 y 1827.II CC) y por la eficacia relativa de los contratos¹⁰¹. De admi-

bir, que han sido mayoritaria y agriamente criticados por nuestra doctrina (en primer lugar, por CORDERO, pp. 242-244, a quien siguen haciendo suya tal crítica, CARRASCO PERERA, y otros, pp. 277, 479 en su nota 128, 482 y 483; BELUCHE, pp. 22-25; PANTALEÓN, p. 9; CARPI, pp. 138 ss.). Ciertamente, en sus razones menores no es muy afortunada dicha STS, habiéndole bastado con la diversa naturaleza jurídica de la fianza y la hipoteca (como, en efecto, hace) y con el carácter singular del artículo 1843 CC; aun así, no nos parece merecida esa excesiva crítica hecha por la doctrina, sobre todo en lo que afecta a la crítica consistente en que nada tiene que ver la gratuidad u onerosidad de la fianza con la acción de relevación. No en vano hay quien, aun siendo partidario de aplicar el artículo 1843 CC al «fiador real», elogia a la STS de 1995 porque, en el caso concreto que resolvía, el hipotecante era uno de los socios de la sociedad anónima deudora, esto es, porque se trataba de una hipoteca en interés propio, una hipoteca, en efecto, onerosa (así, con toda la razón, INFANTE, cit.; y ya en general, AZPITARTE, cit.), defiende que el art. 1843 es sólo aplicable al hipotecante no deudor cuando éste hipotecó con consentimiento del deudor). Porque, en general, la cuestión, que no es menester abordar aquí, es debatida acerca del propio ámbito de aplicación del artículo 1843 CC, el de la fianza.

⁹⁶ Ya de su correlativo núm. 4.^º del artículo 1757 Proyecto CC-1851, decía GARCÍA GOYENA (IV, pp. 161 y 162): «El caso de este número es común á todos los contratos: porque el pacto especial deroga al derecho ó disposición general, y bastará que la fianza se dé hasta cierto tiempo (si este ha pasado) aunque no haya pacto especial».

⁹⁷ Es otro de los argumentos de CARPI (cit.) para defender la aplicación del 1843 CC al «fiador real»: que tal norma no perjudica al acreedor. En cambio, tal dato es utilizado por la STS de 6 de octubre de 1995 para advertir de la difícil aplicación de la norma hasta para el caso de verdadera fianza.

⁹⁸ Así lo advierte el propio CARRASCO (p. 482), al decir que la aplicación del 1843 al hipotecante no deudor «lo que, verdaderamente, requerirá –es– que la cancelación de la hipoteca sea concedida por el acreedor».

⁹⁹ Es la Ley 10, Tít. 18, Libro 3.^º del Fuero Real: «Si alguno fiáre á otro por alguna cosa pagar, ó facer á plazo, é si ante del plazo, sin otorgamiento del fiador, alongáre aquel plazo, el fiador no sea tenido de la fiadura: é si no le alongó el plazo, maguer que el deudor al dia no fu demandado quel pagase, el fiador sea tenido de quanto fió».

¹⁰⁰ Porque en la cuarta causa de la Ley 14, Tít. 12, P. 5.^a (precedente del art. 1843 CC), sobre expiración del plazo para el pago, sólo se permitía que el fiador pidiese o apremiase al deudor para liberarle, mas no se imponía tal extinción.

¹⁰¹ Así, al menos en parte, ESCRICHÉ (pp. 699 y 700) recordando que «*Certissimum est ex alterius contractu neminem obligari: consensu fiunt obligationes*» y que «*Nemo ex alterius facto praegravari debet*»; BURON (p. 956); MANRESA (XII, pp. 953 y 954); DE ROVIRA (en NEJ, p. 707); PUIG BRUTAU (p. 616); CASTÁN (anotado por FERRANDIS,

tirse tal conexión también habría que admitir igual solución para el hipotecante no deudor, aunque no por aplicación directa de tales normas¹⁰² (recuérdese lo dicho del 1835 en el epígrafe II.1). Pero no parece convincente dicha explicación: por el principio *res inter alios acta*, la prórroga no llegará a alcanzar al garante, salvo que éste consienta (y así se refleje en el Registro por exigencias de especialidad tratándose de la hipoteca, *ex arts. 20, 144 LH y 240 RH*)¹⁰³. Pero no implica de suyo tal principio que la garantía se extinga, como, en cambio, impone el 1851, sino sólo que al no afectarle al garante tal prórroga, para él la deuda está ya vencida y principia el plazo de prescripción (de la acción personal, y de la hipotecaria en el caso de hipoteca). Si se fundamenta el 1851 en la accesoriiedad de la fianza y en su carácter restrictivo, ¿cómo se la puede estimar extinguida cuando la deuda principal aún no se ha extinguido (cfr., art. 1826.II CC)? Caben dos soluciones alternativas: una sería estimar que la obligación afianzada sí se ha extinguido y que ha sido suplida por una nueva; es decir, que la prórroga a la que se refiere el artículo 1851 implica una novación extintiva (parecida a la tácita reconducción, cfr., arts. 1566 y 1567 CC), lo que sería trasladable al hipotecante no deudor, aunque por aplicación directa del artículo 1207 CC (en el cual se fundamenta aquel art. 1567, y que comentaremos al tratar, abajo en el epígrafe IV, el art. 1849)^{104 105}. A ello podría llevar incluso que García Goyena, comentando el artícu-

p. 779); y PEREZ ÁLVAREZ (p. 247), apoyándose ambos en la STS de 31 de enero de 1980; GUILARTE ZAPATERO (pp. 318 y 319). Así también en Francia, aunque es de advertir que allí, *ex artículo 2039 Code*, la consecuencia de la prórroga no es la extinción de la fianza, sino que el fiador pueda forzar al deudor al pago (*vid.*, POTHIER, II, p. 205; CABRILLAC y MOULY, p. 187; SIMLER y DELEBECQUE, p. 126). También en el Derecho romano la fianza se mantenía en caso de prórroga por ser un pacto personal entre acreedor y deudor.

¹⁰² Sí, en cambio, para AZPITARTE (pp. 123 y 124); PEÑA BERNALDO (p. 199), añadiendo además los artículos 1567 y 1207 (a los que luego aludiremos); CORDERO (p. 250); BELUCHE (pp. 13, 14 y 22), aunque ambos niegan la aplicación del 1567 CC, pues en él sí hay novación extintiva, lo que, con razón veremos, no sucede de suyo en el artículo 1851 CC; CARPI (pp. 200-202), añadiendo el artículo 1257 CC; e INFANTE (p. 181).

¹⁰³ Así RDGRyN de 7 de junio de 2001; AZPITARTE CAMY (cit.).

¹⁰⁴ Y que en ambas normas (arts. 1207 y 1567 CC) se hable de obligaciones accesoriales, o que incluso el artículo 1740 CC francés (correlativo a nuestro 1567) hable expresamente de fianza, no impide su aplicación al hipotecante no deudor, ni la permite por la analogía entre éste y el fiador, porque todas esas normas se fundamentan en la accesoriiedad, al margen de la naturaleza intrínseca de lo accesorio. Recuérdese lo dicho, en general, en los epígrafes I y II.1.

¹⁰⁵ Esto es lo que piensa en Italia la común opinión y la jurisprudencia al negar que el artículo 1957 *Codice-1942*, que ya nada tiene que ver con el antiguo artículo 1930 de 1865, sea aplicable al tercero hipotecante (así, RUBINO, 1956, pp. 88 y 475; GORLA, 1985, pp. 394 y 395; GENTILE, F. S., *Le ipoteche. Commento agli artt. 2808 a 2899 Codice Civile*, Roma, 1961, p. 366; PALUMBO, pp. 54 y 55; BARBIERI, p. 49). Entre nosotros, CARRASCO PERERA (y otros, pp. 188 ss.) critica, por ello, que se entienda que la prórroga del 1851 implica novación extintiva, pues para ello ya está el artículo 1847.

lo 1765 Proyecto CC-1851 (el 1831.3.^º Proyecto-1836, el actual 1851), se remitiese (IV, p. 167) al artículo 1134 del Proyecto¹⁰⁶ (sobre novación) y entonces dijese (III, p. 154) que aquél es consecuencia de éste. Nada sería más desacertado que pensar así. He aquí la otra posible solución alternativa: el propio García Goyena comentando ese artículo 1134 en su referencia al plazo, que asimilaba a la prórroga mencionada en el 1765 (nuestro 1851), decía (III, pp. 153 y 154): «La opinion casi uniforme de los Jurisconsultos mas autorizados es que, si el acreedor prorroga al deudor el término *solutionis* (*non obligationis*), no por esto hay novación, y continúan obligados los fiadores, excepto aquello *in quo ex dilatatione solutionis crevit obligatio*». No hay novación extintiva, pues la prórroga no es de la obligación, sino del término o del plazo para pagar¹⁰⁷; ello con independencia de que si en efecto fuese novación extintiva de la obligación, que así lo fuese claramente (art. 1204 CC), habría que aplicar, para toda garantía (real o personal), el artículo 1207 CC¹⁰⁸. Lo dejan bien claro, vgr., los artículos 2039 *Code* y 1930 *Codice*-1865 al hablar de prórroga del término de pago, aunque para tales normas la consecuencia no es la liberación del fiador, como hace nuestro 1851 CC, sino la posibilidad de que el fiador compela al pago al deudor¹⁰⁹. Se muestran, así, aquellos otros preceptos conformes a sus correspondientes normas sobre la acción de cobertura (el 2039 francés con el art. 2032.2.^º y 4.^º, y el 1930 italiano-1865 con el 1919.2.^º y 4.^º). También algunos de los nuestros conectan el artículo 1851 con el artículo 1843, en sus números 2.^º y 4.^º sobre todo, justificando, así, aquél en los posibles reembolso y subroga-

¹⁰⁶ Que dice: «*Hay novacion de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran, sujetándolo a distintas condiciones ó plazos, sustituyendo una nueva deuda á la antigua, ó persona distinta en lugar de la que antes era deudor, ó haciendo cualquier otra alteración sustancial que demuestre claramente la intencion de novar*».

¹⁰⁷ Insisten hoy en tal aclaración, diferenciando el artículo 1851 del artículo 1567 CC, pues sabido es que la tácita reconducción, diversa de la prórroga, implica novación, DÍEZ-PICAZO (pp. 456 y 457); GUILARTE ZAPATERO (p. 320), y en su obra sobre la fianza en la jurisprudencia (pp. 61 y 62), advierte que así lo entiende la jurisprudencia más moderna (a partir sobre todo de las dos SSTS de 6 y de 11 de noviembre de 1981) frente a la más antigua que entendía que la prórroga era de la obligación (así, vgr., SSTS de 2 de junio de 1902, 2 de julio de 1911, 24 de junio de 1940, 3 de noviembre de 1955, ...). Así también lo advierten, PÉREZ ÁLVAREZ (pp. 248 y 249); y RUBIO GARRIDO (pp. 337-340).

¹⁰⁸ Así lo advierten en Francia, *ex artículos 1281 y 2038 Code*, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 599); LAURENT (p. 281); DE PAGE (T. 6, pp. 869 y 870). Y, en Italia, BORSARI, L. (*Commentario del Codice Civile italiano*, IV, Turín, 1881, pp. 370 ss.).

¹⁰⁹ No obstante, advierten CABRILLAC y MOULY (p. 178) que en la práctica de fianzas prestadas por empresas o por profesionales es muy común pactar que la prórroga inconsentida por el fiador hace perder al acreedor el derecho a reclamarle el pago. En cambio, en nuestra práctica, al menos según nos explica CARRASCO PERERA (y otros, pp. 188 ss.), lo común es acordar la no aplicación del artículo 1851 CC (cuya validez, dice, está por ver). Y de nuevo aquí surge otra razón para no aplicar el 1851 al tercero hipotecante (la dicha al inicio de este epígrafe III.1): ¿Por qué aplicar por analogía el 1851 a la hipoteca cuando convencionalmente la práctica ni siquiera la aplica a la fianza?

ción del fiador (cfr., art. 1852 CC) ante el riesgo de la posible insolvenza sobrevenida del deudor una vez concedida la prórroga. Ésta parece ser su verdadera *ratio*, al menos así se deduce claramente de García Goyena al justificar que el artículo 1765 Proyecto CC-1851 (actual 1851 CC) se apartase de los demás Códigos: éstos presumían en principio la prórroga como beneficiosa para el fiador, salvo que por ello hubiera riesgo verdadero de insolvencia del deudor, en cuyo caso le quedaría al fiador el recurso a la cobertura; nuestro CC, por el contrario, parece presumir *iuris et de iure* tal riesgo de insolvencia sobrevenida al ver siempre la prórroga como dañina o como más onerosa para el fiador, y por eso va mucho más allá que los otros Códigos, pareciéndole poco la posible relevación del 1843 CC¹¹⁰. Porque si estos otros Códigos lo que hacen es concretar un caso de

¹¹⁰ Ya el propio GARCÍA GOYENA (IV, p. 167, y en *Febrero*, pp. 118 y 119), transcribía, traducidas, las explicaciones de los Tribunales CHABOT y LAHARY (en FENET, pp. 59 y 88, respectivamente): «Dícese en apoyo del artículo Frances: *La prórroga puede ser útil al mismo fiador, y por otra parte no le impide compler al deudor principal á pagar ó á libertarle de la fianza* (discurso 93 –de Chabot–): pero en este caso no podrá proceder contra el acreedor en los términos del citado número 5 del artículo 1757, puesto que obstaría al acreedor para proceder su mismo pacto ó prórroga (...). Esta disposición derogatoria del Derecho Romano parece á primera vista un tanto rigorosa contra el fiador, sobre todo si se reflexiona que el deudor puede venir durante la prórroga á estado de insolvencia, y que esta recaería sobre el fiador sin haberla consentido. Pero si se considera que en el mismo artículo se reserva sabiamente al fiador el derecho de perseguir en este caso al deudor para forzarle al pago, impidiendo por este medio que le sea funesta la prórroga será preciso confessar que no hay en el artículo nada que no sea conforme con la razon, la justicia y la moral (discurso 96 –de Lahary–)». Así ya antes del *Code*, lo defendía POTHIER (II, pp. 205 y 219), y después, BAUDRY (cit.); LAURENT (T. 28, pp. 281 y 282); DE PAGE (cit.); y, en Italia, BORSARI (cit.). Entre los nuestros, CARRASCO (cit.), critica la solución del artículo 1851 CC, aunque la considera apoyada en la necesidad de proteger el regreso del fiador, y propone como más acertada la de los otros Códigos, pues considera que las prórrogas siempre las concederá el acreedor en beneficio del deudor, para que pueda pagar, evitando así, además, la responsabilidad del fiador en caso de impago. Y así lo creía el propio GARCÍA GOYENA, con AGUIRRE, en *Febrero* (IV, pp. 86 y 87), al decir que «no queda libre el fiador con la prorroga que el acreedor concede á su deudor, ya porque puede esta ser tan favorable al fiador como al deudor, y ya porque no impide al fiador mirar por su indemnizacion, y proceder contra el deudor principal si advierte que va á menos su caudal». Pero en sus *Concordancias*, GOYENA rectifica, y tras referirse a la justificación del artículo 2039 CC francés (antes reproducida y tomada de él mismo), se preguntaba y respondía (p. 167): «¿Y no puede venir el deudor á insolvencia despues de la prórroga, pero antes que esta llegue á noticia del fiador? Podrá oponerse que este anduvo negligente en no averiguar si el deudor pagó: ¿pero no podrá haber negligencia ó malicia en el acreedor y deudor para no darle noticia? (...) Nosotros teníamos ya resuelto este punto en el artículo 1134 por la palabra *plazos*, sinónima allí de *prórrogas*: vé lo expuesto en dicho artículo donde se dan los motivos y se hace referencia á este». Y allí, amén de lo antes reproducido en texto, dirá GARCÍA GOYENA (III, pp. 153 y 154), que en caso de prórroga «Pothier... citando á Vinio, sostiene que el fiador no queda libre y que le es útil la prórroga. Pero esta puede también perjudicar al fiador, si entretanto empeora el deudor de condicion ó de fortuna. En manos del acreedor está hacer saber al fiador que se le pide el plazo, y que él piensa concederlo, subsistiendo la fianza: si descuidó este medio sencillo y natural, culpese á sí mismo: el artículo 1765 es una consecuencia de éste». Y así, como Goyena, opinan luego ESCRICHÉ (pp. 699 y 700), apoyándose en el Fuero Real, siguiendo, sin citarlo, las explicaciones de Goyena, y en contra de Antonio Gómez, quien seguía la misma opinión de Pothier, criticando por ello lo dicho en el Fuero Real; también, BURÓN (p. 956); SÁNCHEZ ROMÁN (III, p. 925); MANRESA (cit.); DE ROVIRA (cit.); LACRUZ (pp. 354 y 355); GUILARTE (cit.); CASTÁN (anotado por FERRANDÍS, p. 779).

cobertura, nuestro 1851 CC supone un excepcional refuerzo imprevisor del ya excepcional –según vimos– artículo 1843 CC: ante el presumido riesgo de insolvencia del deudor, fundado en la prórroga inconsentida por el fiador, se impone *ex lege e ipso iure* la extinción de la fianza sin que, frente a lo dispuesto en el artículo 1843 CC, ni siquiera tenga elección el fiador (de optar por la liberación o por la cobertura) y sin que tenga que intervenir al respecto el acreedor consintiendo tal extinción. Nadie, pues, puede dudar del carácter excepcionalísimo de la norma, como norma incluso singular dentro del privilegiado régimen de la fianza, y de que por ello resulte inaplicable al hipotecante no deudor¹¹¹, máxime cuando éste no es un garante que esté a las expensas de la solvencia o insolvencia del deudor. ¡Por principio de garantía real es al acreedor a quien se debe proteger de tal riesgo! Y si lo que trata de evitar el 1851 CC es el perjuicio de un tercero ajeno al pacto que le es dañino, ahí está en general, aunque con solución distinta, el artículo 6.2 CC, porque el acreedor estaría en cierto modo renunciando a su derecho de exigir oportunamente el pago en perjuicio del garante.

Algo similar puede decirse si, como sostienen algunos (citados ya), la conexión más directa del artículo 1851 es, no tanto con el 1843 y la acción de regreso, sino con el 1852 CC y la subrogación por pago; habría entonces de entender que el 1851 es exemplificación o concreción –¿previa al caso general?– presumida o imperativa de la hipótesis del artículo 1852, no siendo, por tanto, tampoco aplicable al tercero hipotecante, porque el 1852 tampoco lo es. Ante los intentos fallidos de hallar la verdadera *ratio* del 1852 CC y huyendo de las ideas nacidas de tales intentos (que si verdadera obligación legal de diligencia, que si recíproca o sinalagmática,...)¹¹², hoy la común opinión, sin renunciar al fundamento genérico de la buena fe

¹¹¹ Así, BARBIERI (p. 49), acerca del artículo 1957 CC italiano-1942. Entre nosotros, niegan la aplicación del 1851 CC las SSTS de 28 de mayo de 1991 y de 3 de noviembre de 2004, si bien ésta se refiere al tercer poseedor del bien hipotecado y se limita a negarle la aplicación del 1851 CC porque no hay analogía entre él y el fiador, lo cual, como ya dijimos al principio del trabajo, es razón bastante para negar la aplicación de cualquier norma de la fianza al hipotecante no deudor. Por su parte, sorprende muchísimo que CARRASCO PERERA (y otros, pp. 63, 188 ss. y 193), tras criticar y afirmar el carácter singularísimo del artículo 1851, luego (p. 482) diga que tal norma es aplicable al hipotecante no deudor.

¹¹² La tesis clásica considera que en el artículo 1852 CC subyace una auténtica obligación legal de mera diligencia o buena fe asumida por el acreedor para con el fiador. Para ver sus autores y razones, pueden verse ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993; y FINEZ RATÓN, J. M., «La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 CC)», en *RCDI*, 1993, pp. 9-54. Sin embargo, amén de la imposibilidad de presumir una obligación legal cuando no ha sido claramente impuesta por la ley (art. 1090 CC), con esa pretendida justificación del 1852 se corre el grave riesgo de desfigurar la propia fianza, destruyendo su esencial unilateralidad y su natural gratuitad para casi convertirla *ex lege* –o tácitamente, dicen como crítica algunos– en un contrato sinalagmático, acaso como si el fiador tuviese un derecho de crédito frente al acreedor para exigirle la conservación y no menoscabo de sus propios derechos y garantías

y de la equidad, considera que en el artículo 1852 CC subyace una carga (no una estricta obligación) de diligencia (similar a la del art. 1833) que asume el acreedor para asegurar y proteger la posible subrogación por pago del fiador, su expectativa subrogatoria (como suele decirse), y cuya inobservancia se sanciona (como también suele decirse) con la posible extinción de la fianza; posible, porque no es automática, sino dependiente de que lo decida y oponga el fiador, quien de este modo lo que ostenta, frente a aquella carga, es un derecho potestativo¹¹³. De admitirse esta explicación, que es desde luego la más respetuosa con la fianza (con su naturaleza obligacional, su esencial unilateralidad y su natural gratuitad), no cabe aplicar

(los del acreedor); un derecho de crédito, por lo demás, que en parte sería estéril por incoerible *in natura* pues sólo permitiría la resolución de la fianza, aun siendo la obligación del acreedor accesoria (cfr., 1124 CC). Para tal crítica, *vid.*, HEDEMANN (III, p. 474); ENNECERUS (II, p. 836), y en sus anotaciones PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (p. 839), para quienes del 1852 sólo puede extraerse el principio de buena fe, lo cual es común a todo contrato ex 1258 CC; LAURENT (T. 28, pp. 297 y 298); DAGOT (pp. 44 y 45); SIMLER y DELEBECQUE (pp. 192 y 193); CABRILLAC y MOULY (p. 66); y, entre nosotros, destaca la crítica de ALONSO SÁNCHEZ (pp. 59-62). No obstante, son muchos los que sí estiman por virtud del 1852 a la fianza como contrato sinalagmático, por entender que dicha norma se fundamenta en un pacto comisorio tácito, similar al artículo 1124 CC, frente a la necesaria explicitud que se exigía en el Derecho Romano para acordar tal pacto, el llamado *mandatum pecuniae credendae*. Así lo explicaba POTHIER (cit.), y así lo creen mucho después, JOSSERAND (p. 420); COLIN Y CAPI-TANT (pp. 33 y 34); PETTI (p. 130). Para no crear, sin embargo, tal artificio, otros autores intentan justificar el 1852 CC de otro modo, aunque manteniendo como *minimum* la idea de diligencia debida por buena fe. Atendiendo a la gestación del artículo 2037 *Code* (precedente de nuestro 1852), entienden que en dicha norma se consagra un «deber de reciprocidad» fundado en el *neminem laedere*, de modo similar a como acontece en nuestros artículos 1902 ss. CC. Así, sobre todo, LAURENT (T. 28, pp. 297, 298 y 301-303), a partir de los trabajos parlamentarios del CC francés (cuya traducción tomamos de GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, p. 118). Decía el Tribuno TREILHARD, «*Hemos visto* –acerca del artículo 2029 (equivalente a nuestro 1839 CC)– *que por el pago hecho al acreedor debía verificarse una subrogación de derecho en beneficio del fiador; por lo tanto el acreedor no es dueño de perseguirle cuando por algún hecho suyo ha venido a ser imposible esta subrogación*». Y añadía días después LAHARY, «*El fiador debe sin duda abstenerse de todo lo que pueda comprometer la garantía de la obligación por la que se ha constituido la fianza. Pero no debe también el acreedor abstenerse por su parte de todo lo que tienda a arrebatar al fiador los medios de indemnizarse de la fianza prestada? Para mantener pues entre ellos este deber de reciprocidad* –dice, como luego dirá Laurent (cit.)–, *declara el proyecto libre de su obligación al fiador, cuando por algún hecho del acreedor no puede verificarse a favor del primero la subrogación en los derechos e hipotecas del segundo*». Siguen esta idea, en Bélgica, DE PAGE (T. 7, pp. 932 y 933); y, en Italia, BORSARI (pp. 353 ss.). Para más detalles sobre dicha tesis y sus seguidores, véase ALONSO SÁNCHEZ (pp. 55-59). De admitirse tal explicación, resurgirían la idea de obligación en sentido estricto, el sinalagma, enmascarado ahora bajo la «reciprocidad», la buena fe en general; además, con dicha explicación se compara lo incomparable: la fianza (siempre contractual y sólo a veces forzosa –no estrictamente *ope legis*–) y su artículo 1852 (que establece como consecuencia la extinción de aquélla al margen de cualquier idea de culpa del acreedor) con la responsabilidad por daños (siempre extra-contractual en cuanto legal, fundada en la negligencia, aunque presumida, y siempre de efectos resarcitorios). Así, PETTI (p. 200), aunque sólo comparando la diferencia de efectos. Una más detenida crítica se hace en ALONSO SÁNCHEZ (cit.).

¹¹³ Como más completa y cerrada explicación, con numerosas citas de autores, *vid.*, ALONSO SÁNCHEZ (cit.), quien añade que tales derecho potestativo y beneficio son renunciables, expresa o tácitamente (vgr., mediante su no ejercicio). Así puede tal vez defenderse en nuestro Derecho; no ya en Francia, cuyo añadido artículo 2037 bis prohíbe tal renuncia.

el 1852 CC al hipotecante no deudor, y ello de nuevo por la excepcionalidad de la norma, a lo que ahora se suma su carácter punitivo, por cuanto que en el efecto de la misma se ve una sanción al acreedor, lo que obliga a una interpretación restrictiva, nunca extensiva, del artículo 1852 CC (cfr., art. 4.2 CC).

A la vista, se añaden otras, y variadas, razones que a la excepcionalidad del artículo 1852 conducen¹¹⁴: cierto es que también del tercero hipotecante puede predicarse cierta expectativa de subrogación para el caso de pago (recuérdese del epígrafe II.2, los artículos 1839 y 1210.3.^º CC), mas esto no puede servir para concluir, como suelen concluir casi todos los partidarios del «fiador real», que por haber *eadem ratio* (la protección de tal expectativa subrogatoria), el artículo 1852 CC le es aplicable; olvidan que la expectativa del fiador es mayor por aquello de «*fía y pagarás*», y que la protección legal de simples expectativas es algo singular¹¹⁵, máxime en el caso del artículo 1852, que si se compara con el artículo 1843, no presenta ya una simple protección de expectativa, sino una ultra-protección, pues el fiador queda legalmente tutelado, no ya frente a la posible insolvencia del deudor, lo cual constituye la causa-función de la fianza, sino frente al acreedor por un hecho, la posible subrogación por pago, que en absoluto nada tiene que ver con la función de garantía de la fianza; a lo más, esa expectativa

¹¹⁴ Y ello sin entrar en que el artículo 1852 sea o no aplicable a todo fiador, según éste tenga o no beneficio de excusión, como creía aisladamente TROPLONG (T. 17, pp. 461-485, 502-506), para afirmar la singularidad de tal norma. Esta idea de Troplong será muy criticada por la doctrina de su tiempo, estando hoy totalmente olvidada (*vid.*, AUBRY Y RAU, T. 26, pp. 246 y 247, con nota 19; y BAUDRY-LACANTINERIE, T. 24, p. 612). Mas téngase, por cierto, en cuenta que en su lógica interna concluía Troplong diciendo (pp. 502-505) que el artículo 2037 francés no era aplicable al fiador solidario, pues éste carece del beneficio de excusión *ex artículo 2021* (nuestro 1831). Tal vez por esta última afirmación, nuestro 1852 hable de «*los fiadores, aunque sean solidarios*», cosa que silencia el 2037 CC francés, y que entre nosotros ya recogía el 1766 Proyecto CC-1851 (que hablaba de «*mancomunados*», aunque sobre tal añadido García Goyena, IV, p. 167, se limitaba a decir que había sido tomado del artículo 2074 Sardo «para mayor expresión –sic– y claridad»).

¹¹⁵ Ambas cosas son advertidas por PALUMBO (pp. 29 y 30), para negar la aplicación del artículo 1928 *Codice-1865* (nuestro 1852) al hipotecante no deudor. Curiosa y casi contradictoriamente, muchos de los partidarios foráneos del «fiador real» al que aplican su 1852, luego niegan su aplicación al tercer poseedor, aunque éste pueda tener cierta expectativa de subrogación, porque, amén de no ser garante voluntario, ni expreso, aquella norma es excepcional –excepcional, dicen ahora– (así, AUBRY Y RAU, T. 3, pp. 724 y 725; PLANOL (y RIPERT), III: *Contratos de garantía, privilegios e hipotecas*, trad. Méjico, 1948, p. 362; COLIN Y CAPITANT, pp. 474 y 475; BAUDRY, T. 27-III, pp. 401 ss.; los MAZEAUD, I, pp. 154 y 155; SIMLER Y DELEBECQUE, p. 390; y MESTRE, II, p. 805, y III, p. 13; y en Italia, GORLA, pp. 560 y 600). Con mayor lógica y coherencia, porque por esa excepcionalidad niega la aplicación del 2037 francés también al tercero hipotecante, LAURENT (T. 31, pp. 239-242). También con coherencia, aunque no compartamos su tesis, CANDIAN (pp. 289 ss.), al justificar la aplicación del 1928 italiano-1865 al tercero hipotecante por tener éste, como el fiador, expectativa de subrogación por pago, también defiende la aplicación de aquella norma al caso del tercer poseedor, por tener también éste tal expectativa.

sería un motivo, causalizado *ex 1852* si se quiere a la vista del «*fía y pagarás*», pero no es la razón principal de la fianza¹¹⁶. También en la comparación de consecuencias se observa la ultra-protección del 1852, que, a diferencia del 1843, no prevé la posibilidad de cobertura del riesgo, y prescinde por completo de la intervención del acreedor, permitiendo que unilateralmente el fiador decida la extinción de la fianza. ¿No es esto suficiente para entender que el artículo 1852 es norma singular, y por tanto inaplicable por analogía (art. 4.2 CC)? Pero aún hay más: estando el artículo 1852 conectado con el 1839 CC y no siendo éste aplicable, por innecesario a la vista del 1210.3.^º CC, al tercero hipotecante que es simple interesado en el pago, por no estar obligado, ¿cómo aplicarle a éste aquella norma¹¹⁷? No hay, al respecto, ningún vacío legal que colmar, pues otra muestra de la excepcionalidad del artículo 1852 es la ausencia de parangón en el régimen general sobre subrogación, salvo que se quiera hacer una interpretación apurada y erróneamente sistemática de los artículos 1094, 1097, 1212 y 1528 CC; mas incluso en tal caso, serían éstas y no aquella norma las aplicables al tercero hipotecante, entendiendo entonces que el acreedor hipotecario asume un deber de conservar y no menoscabar sus derechos y garantías en perjuicio del hipotecante no deudor; un deber que, por ser de diligencia o buena fe, si se incumple, dará lugar a una obligación indemnizatoria (art. 7.2 CC, o *ex art.* 1902 CC si se apura)¹¹⁸, siendo ésta la consecuencia general frente a la especial del 1852 CC. Ciertamente, no como deber, sino como carga, fundada en la buena fe y en la equidad, explica la doctrina la conducta debida del acreedor *ex artículo 1852 CC*, creyendo por eso los partidarios del «*fiador real*» que a éste debe aplicarse tal norma; mas ahí de nuevo surge la idea de excepcionalidad. Sin entrar ahora en la distinción entre obligación, deber y carga, ni en si tales figuras pueden ser personales o reales, de admitirse lo de carga, ello lleva ya implícita su singularidad, por cuanto impone una restricción a la libertad, que siempre, como regla, se presume; vgr., las cargas reales (como las servidumbres, el usufructo,...) lo

¹¹⁶ Son ideas todas estas tomadas de ALONSO SÁNCHEZ (pp. 69-73), aunque ella las emplea para criticar a quienes fundamentan el 1852 en la causa propia de la fianza, creyendo que ésta es el interés en la subrogación por pago, y no la función de garantía de un crédito.

¹¹⁷ Así, CARPI (p. 191), quien niega la aplicación del 1852 al «*fiador real*» al serle previamente inaplicable el 1839. También así, la STS de 23 de marzo de 2000, pero porque errando en lo más elemental (vimos en el epígrafe II.2), niega también al tercero hipotecante la subrogación por pago del 1210.3.^º CC.

¹¹⁸ Así, acuden al artículo 1382 CC francés (nuestro 1902), AUBRY Y RAU (T. 3, pp. 724 y 725); y LAURENT (T. 31, pp. 239-242), cuando ambos niegan la aplicación del artículo 2037 (nuestro 1852) al tercer poseedor.

son por restringir la presumida libertad de la propiedad; de ahí que no se presuman y que los títulos en que se establezcan tales cargas reales y las normas que las regulen sean de interpretación restrictiva. *Mutatis mutandis* lo mismo podría decirse de la carga personal del acreedor del artículo 1852 CC, que en cierto modo restringe la libertad de actuación del acreedor sobre sus derechos. Y si, de nuevo, se quiere emparentar esa carga personal con la carga general de diligencia de todo acreedor, nuevamente arribaríamos al artículo 7.2 CC, con un efecto diverso al del artículo 1852 CC que, ciertamente fundado en la idea de buena fe, ultra-protege al fiador permitiéndole dar por terminada la fianza, no sólo como efecto privilegiado para él, sino como efecto sancionador para el acreedor negligente. En definitiva, pues, el artículo 1852 CC es otra muestra más, de entre otras tantas, del *favor fideiussoris*, por cuanto el fiador es obligado y compromete todo su patrimonio; idea ésta que, como venimos viendo, no es trasladable al hipotecante no deudor, que sólo compromete un bien determinado sin asumir deuda, ni responsabilidad ninguna¹¹⁹.

Se nos podrá decir que no aplicar el 1852 CC al tercero hipotecante es injusto¹²⁰. Mas aun siendo ello así, no es bastante la idea de equidad para integrar un vacío cuando la ley, el artículo 1852 CC, no permite expresamente tal recurso (art. 3.2 CC). Defiéndase, pues, si se quiere tal aplicación como *desideratum*¹²¹, que incluso puede resultar plausible, pero *de lege lata* no es posible. Y si en el futuro existiese norma idéntica para el hipotecante no deudor, como sucede, vgr., con el artículo 2869 CC italiano-1942 (correlativo al art. 1955, sobre fianza), o con el artículo 717.1.^º CC portugués (equivalente al 653 sobre fianza), posiblemente habrá de ser bien recibida, pero no demostrará que el hipotecante no deudor sea un

¹¹⁹ Expresamente alude al *favor fideiussoris* para explicar dicha norma, en Italia, PETTI (pp. 130, 198 ss.). Y por eso niega la aplicación de tal norma al hipotecante no deudor, ENNECCERUS (T. II, pp. 830 y 831), refiriéndose al § 776 BGB (nuestro 1852). No habla de tal favor LAURENT (T. 28, pp. 160 y 161), pero niega la aplicación del artículo 2037 *Code* al tercero hipotecante porque tal norma se fundamenta en la naturaleza personal de la fianza; y así, dice, lo arguyeron las SSTSCasación frances de 25 de noviembre de 1812 y de 10 de agosto de 1814 (aunque según TROPLONG, T. 17, p. 505, tales sentencias se limitaron a negar su aplicación por el silencio que guardaba tal norma). Le siguen DE PAGE (T. 7, pp. 657 y 658); PALUMBO (pp. 29 y 30), y, sin nombrarlo, FINEZ RATÓN (pp. 50 y 51), quien de forma más correcta dice que mientras el fiador es deudor y responsable, el tercero hipotecante no debe ni responde. A fin de cuentas es el mismo argumento, pues como se advirtió al principio del presente epígrafe el *favor fideiussoris* se fundamenta en que el fiador debe y responde.

¹²⁰ Así lo decían, CANDIAN y RAVAZZONI (arriba citados), refiriéndose al artículo 1928 CC italiano-1865 (nuestro 1852).

¹²¹ Así ya lo decía hace tiempo DE PAGE (cit.), tras negar la aplicación del 2037 *Code* al tercero hipotecante. Y así en Italia, ASCOLI: *La liberazione del terzo datore d'ipoteca in caso de mancata surrogazione per fatto del creditore*, en La Legge, 1903, pp. 638 ss.

«fiador real», ni que el legislador se haya plegado a tal analogía, sino que, precisamente al contrario, por ser figura autónoma e inconfundible con la fianza, fue necesaria aquella norma¹²². De momento, sin embargo, a lo más sólo queda la posibilidad de convenir en la escritura de hipoteca una cláusula de contenido afín al del artículo 1852 CC (o también al del art. 1851 antes analizado); aunque, sin necesidad de ahondar en ello, raro será tal acuerdo que compromete y restringe la libertad de actuación del acreedor hipotecario: ¿qué Entidad de Crédito convendrá tal cosa?

2. LA INAPLICABILIDAD DE LOS SINGULARES ARTÍCULOS 1824.II Y 1853 *IN FINE* CC

También por su excepcionalidad resultan inaplicables al hipotecante no deudor el artículo 1824.II, y, por extensión, el artículo 1853 CC *in fine*, cualquiera que sea la posible explicación que se dé de tales normas:

Aunque sea la más perturbadora en la teoría general de las obligaciones, la explicación más probable es la que, atendidos los precedentes de tales artículos 1824.II y 1853 *in fine* CC, introduce la figura de la «obligación natural». Ambos artículos proceden del Proyecto CC-1851 (arts. 1735 y 1767, respectivamente), y éste deriva remotamente del Derecho Romano¹²³ y más próximamente de las Partidas (Leyes 5 y 15, Tít. 12, P. 5.^a) y del *Code* (arts. 2012 y 2036, respectivamente), no haciendo éste sino consagrar la doctrina, de tradición romanista, de Pothier (IX, pp. 200 ss.). Según Pothier, como también nos explica García Goyena para justificar en esta sede el Proyecto CC-1851, la negativa al fiador de oponer las excepciones puramente personales del deudor (en esencia, su incapacidad en general, sea la minoría de edad o cualquier otra, cfr., arts. 1824.II y 1853, ambos *in fine*)¹²⁴, se explicaba por la finalidad de garantir la deuda asumida por un incapaz, esto es, la de

¹²² Así CICERO (p. 441), y, entre nosotros, FINEZ RATÓN (p. 50 y 51), refiriéndose ambos al vigente 2869 italiano. Creen lo contrario, BARBIERI (p. 30), GORLA (1985, pp. 393, 395 y 396); MAIORCA (p. 114), quien justifica el 2869 *Codice* porque el tercero hipotecante no está obligado, por lo que tal norma no será aplicable al deudor hipotecario. Mas, nos preguntamos, ¿por qué sí entonces el fiador?

¹²³ Entre otros muchos, D. 46.1.16.3: «*Fideiussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civiles vel naturalis, cui applicetur*».

¹²⁴ Son pocos los que, en Francia, creen que al ser el artículo 2012 *Code* (nuestro 1824.II) norma excepcional debe interpretarse restrictivamente y no comprender ningún otro caso diverso al de la minoría de edad (así, DAGOT, p. 41). En cambio, suele entenderse que el menor de edad citado en el artículo 2012 *Code* es mero ejemplo (como dice la propia norma: «*par exemple, dans le cas de minorité*») de las excepciones puramente personales del artículo 2036, debiéndose entender por tales cualesquiera relativas a la capacidad del deudor

asegurar mediante la asunción de una deuda civil por parte del fiador la deuda natural del incapaz para el caso de que en efecto ésta fuese invalidada por esa causa, la de la incapacidad. Se justificaba de este modo, porque en general se admitió, con más o menos quebranto, la figura de la obligación natural, en el Derecho Romano, y entre nosotros en las Partidas, como así se intentaría mantener como categoría general en el Proyecto de CC-1851¹²⁵. Pero, como reconoce a su pesar García Goyena, este intento, que lo fue de su

(PLANIOL, pp. 22 y 23; los MAZEAUD, pp. 33 y 34). Así lo creía entre nosotros Q.M.S (p. 529) al decir que el «*como*» de nuestro artículo 1824.II CC es el «*por ejemplo*» del artículo 2012 *Code*. Ya GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 1067 Proyecto CC-1851 (correspondiente al artículo 1148 CC vigente), decía (III, p. 102): «vé el citado artículo 1767 y el 1735 –correspondientes a los vigentes 1853 y 1824, respectivamente–, donde se pone el caso de menor edad, y lo mismo será en el de las incapacidades...». Comentando el artículo 1139 Proyecto CC-1851 (parecido al actual 1208 CC, mas sin la expresa excepción al actual 1824.II), remitía (IV, p. 158) a «sus efectos en el artículo 1735 (el actual 1824), é invocado el ejemplo del menor de edad». Y comentando en concreto el artículo 1767 Proyecto CC-1851 (mantenido en el actual art. 1853), sobre las excepciones puramente personales dirá: «Rogron, en sus comentarios al artículo 2012, coloca entre estas la de incapacidad que puede oponer el menor ó muger que ha contratado sin la debida autorización: el fiador no podrá oponerla: el artículo 2012 Frances corresponde al 1735 nuestro» (el actual 1824 CC).

¹²⁵ Comentando el artículo 1080 Proyecto CC-1851 (equivalente al actual art. 1155 CC), ya advertía GARCÍA GOYENA (III, p. 113) sobre su inciso final (equivalente al párrafo 2.^º del vigente art. 1155 CC): «Pero valdrá la cláusula penal, á que se sujete un tercero, en los casos que vale la fianza por obligación nula ó que pueda ser anulada: la razon es la misma en ambos casos: vé el artículo 1735» (idéntico al art. 1824 CC actual). Y sobre dicho artículo, acerca de su segundo párrafo (idéntico al actual art. 1824.II CC), decía GARCÍA GOYENA (IV, p. 143): «Concuerda con el párrafo 1, título 21, libro 3 de las Instituciones. Leyes 1 y 8, párrafo 6, título 1, libro 46 del Digesto, *non interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adjicuit fidejussor*, y la ley 5, título 12, Partida 5, que habla igualmente de la obligacion civil y de la natural: tégase presente lo expuesto sobre la segunda en el artículo 1025», al que luego aludiremos. Refiriéndose al artículo 1139 Proyecto CC-1851 (correspondiente al actual art. 1208 CC, pero que decía: «*La novación es nula, si lo fuere la obligacion primitiva, salvo lo que se dispone en el art. 1187 y párrafo segundo del 1735*»), comentaba Goyena (III, pp. 157 y 158): «Por Derecho Romano y Patrio (párrafo 3, título 30, libro 3, Instituciones, y ley 18, título 14, Partida 5) la obligacion meramente natural podia novarse por la delegación y convertirse en otra civil, así como esta podia por el mismo medio convertirse en una meramente natural, ejemplo:(...) El menor de edad, contrayendo sin la autorizacion de su tutor ó curador, solo quedaba obligado naturalmente: sin embargo, esta obligacion inútil contra el mismo deudor, podia novarse por la delegación de un tercero hábil para obligarse; y este quedaba obligado civilmente... Nosotros, sin usar de las palabras materiales obligacion natural, habemos, á imitación del artículo Frances 2012, reconocido uno de sus principales efectos en el artículo 1735, é invocado el ejemplo del menor de edad». Acerca del artículo 1167 Proyecto CC-1851 (sin parangón actual, y que decía: «*La rescisión de una obligacion principal causa la de todas sus accesorias: la rescisión de estas no produce la de la obligacion principal*»), comentaba Goyena (III, p. 183): «Por Derecho Romano y Patrio la restitución concedida al menor aprovecha á los fiadores; pero aquí no se trata de obligacion contraída por el menor; pues según nuestro Código es nula, y no necesita de rescisión según el artículo 1165, sino de la contraída por su tutor ó curador: vé sin embargo –decía– el artículo 1735» (de nuevo, el actual art. 1824 CC). Y sobre el artículo 1189 Proyecto CC-1851 («*La nulidad de la obligacion principal produce la de las accesorias, salvo lo dispuesto en el art. 1735...*») se remitía, sin más (en III, p. 198) a los artículos 1080 y 1139, ya vistos más arriba en esta nota. Para el final hemos dejado el artículo 1025 Proyecto CC-1851, al que en su comentario del artículo 1735 (correspondiente al actual 1824) Goyena se remitía. En él se establecía una clasificación de obligaciones (en personales o reales, puras o condicionales,...), pero no se incluía la división entre obligaciones naturales y civiles, que Goyena (III, p. 60)

propia cosecha, por reconocer en general la obligación natural y darle un régimen propio, no prosperó, creyéndose bastante aquella única norma del artículo 1824.II CC. Quedando ésta, por tanto, como norma singularísima, no cabría aplicarla por extensión¹²⁶.

Esta justificación del artículo 1824.II CC no es, con cierta razón, del gusto de la mayoría de la doctrina, porque sencillamente no existe en nuestro Derecho reconocida expresamente la deuda natural, ni mucho menos cabe, aun admitiéndola, la posibilidad de asegurarla¹²⁷, menos aún si es con una garantía real, pues se trataría de una carga real sin deuda que garantir ni que asumir (aunque para alguno sería una responsabilidad –limitada, eso sí– sin deuda)¹²⁸. ¿Cómo explicar, entonces, el artículo 1824.II y su conexión con el artículo 1853 *in fine*?

Para algunos el párrafo segundo del artículo 1824, acorde con su primer párrafo, sin excepcionarlo, indica que la fianza en general de deuda anulable es válida mientras la deuda no sea en efecto anulada (dejando de ser claudicante si ésta es confirmada), porque de ser ésta

creía necesaria para poner fin al desorden del Derecho precedente al respecto. Por ello, y por expreso encargo de la Sección del CC, cuenta el propio G.^a Goyena (pp. 60 ss.), que se le encargó redactar un proyecto al respecto, en cuyo artículo 2 se decía: «*La obligacion meramente natural se constituye:... 2.^º En los contratos celebrados por mugeres –sic– casadas, por menores de edad, pero capaces de testar, y por los que esten bajo interdiccion judicial;*» y sobre la minoría de edad se apoyaba Goyena (p. 61) en las «leyes 123, título 1, libro 45, y 1, al fin, título 2, libro 46 del Digesto», arriba ya recordada por él al comentar el artículo 1735.II (el actual 1824.II CC). Y en su artículo 3 se decía: «*Los efectos de la obligacion natural son:... 3.^º Admite fianzas, prenda é hipotecas; y el tercero, que las da, queda obligado civilmente.*» Y se vuelve a apoyar (en p. 63) en el Derecho Romano y en las Partidas, acerca de la fianza, extendiendo la lógica del precepto proyectado a las garantías reales por fundarse aquél en la accesoriad de las garantías. Pero terminará diciendo G.^a Goyena (III, p. 64): «Discutido mi proyecto... se aprobaron bajo otra forma y nombres mis artículos 1 y 2, pero no el 3, tal como venia.(...) Creyóse que con lo dispuesto en... el artículo 1735 –el actual 1824, recuérdese... estaba provisto á todos –dice– los casos de la obligacion natural sin necesidad de nombrarla.(...) Pero así vino, en mi concepto, á caerse en la misma dislocación del Derecho Romano y Patrio, en el lenguaje vago y casi vergonzante del artículo 2012 Frances... y se dejó alguna contradicción, al menos aparente, entre el artículo 1139 y 1187, por mas que se haya salvado», a los que luego nos referiremos.

¹²⁶ Así también CARPI (pp. 171 ss.). En cambio, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 26-II, pp. 399 ss.) considera que el artículo 2012 CC francés sí es aplicable al «fiador real» porque cabe la hipoteca de deudas futuras, anulables y condicionales. Así también, entre nosotros, PEÑA BERNALDO (p. 263, nota 1), refiriéndose al artículo 1824 CC, aunque ignoramos su opinión acerca de este precepto aisladamente considerado. Tal vez pudiera sustentarse Baudry en la norma correlativa a nuestro artículo 1861 CC (y, tal vez, en ella directamente, Peña), mas, como diremos luego, si así también se interpreta esta norma, tampoco es necesario acudir a la norma sobre fianza, existiendo ya aquélla sobre garantías reales en general.

¹²⁷ *Vid.*, por todos, REALES ESPINA, J. I., *La obligacion natural en el CC*, Granada, 2000, quien aun defendiendo en general la categoría de la obligación natural (como deber moral o de conciencia), con la común opinión, que atina sin matices en un *totum revolutum*, considera (pp. 50-52) que el artículo 1824.II CC no contiene ningún caso de obligación natural, sino de obligación anulable, y que (pp. 112 y 113) nunca cabe afianzar una obligación natural.

¹²⁸ El propio MORENO QUESADA, L. (p. 189), dice que no tendría sentido para el «fiador real» pensar que se garantiza una deuda para el caso de que ésta fuese anulada, porque el hipotecante no asume ninguna deuda que pueda subsistir tras la anulación de la deuda garantida.

anulada también lo será, por su accesoriiedad, la fianza¹²⁹. Amén de que tal explicación deje en parte sin justificar el artículo 1853 *in fine* vs. artículo 1302 CC, ¿para qué sirve dicha explicación que no se aparta de la regla general, fundada en la accesoriiedad, del primer párrafo del propio artículo 1824 CC, sobre garantías personales, ni del artículo 1861 CC, para garantías reales? De admitirse, pues, tal pretendida *ratio*, la aplicación del artículo 1824 al tercero hipotecante devendría, entonces, innecesaria a la vista de dicho artículo 1861 CC.

Para otra parte de la doctrina, que se subdivide en dos posiciones, la función del artículo 1824.II CC es otra: para el caso en que en efecto se anule la deuda por incapacidad del deudor, la fianza, aún válida a pesar de la invalidez de la deuda, o bien cubre la obligación restitutoria del deudor incapaz (según unos, *ex arts. 1303 y 1304 CC*)¹³⁰, o bien se convierte en deuda propia, principal (según otros)¹³¹. De admitirse cualquiera de las dos explicaciones ello denotaría de nuevo, aunque por otra vía, la excepcionalidad del artículo 1824.II CC frente a la regla de la accesoriiedad establecida, no tanto en el primer párrafo de la propia norma, sino sobre todo en los artículos 1826.I y 1827.I CC¹³², lo que, de nuevo, conduce a negar su aplicación al hipotecante no deudor *ex artículo 4.2 CC*.

Por eso mismo, tampoco le es aplicable el artículo 1853 CC *in fine*. En su inciso final, el artículo 1853 CC, muy en conexión con el artículo 1824.II, introduce una excepción a la accesoriiedad, en concreto una salvedad al artículo 1302 CC sobre invalidez, porque impide que el fiador alegue frente al acreedor la anulabilidad de la deuda por incapacidad del deudor¹³³. Siendo, pues, norma excep-

¹²⁹ Así, en Francia, acerca de los artículos 2012 y 2036 *Code*, LAURENT (T. 28, pp. 143-153); y, en España, DÍEZ-PICAZO (pp. 420 y 421).

¹³⁰ Así, vgr., PLANIOL (pp. 22 y 23); los MAZEAUD (pp. 33 y 34); DE PAGE (T. 6, pp. 836, 837, 842-844); PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (II, pp. 818 y 819).

¹³¹ FRAGALI, M. [*Fideiussione (Dirito Civile)*, en ED, XVII, pp. 347 y 348], apoyándose en el artículo 1948 *Codice-1942*, que carece de correspondencia en el CC español (*o acaso en los artículos 1836 o 1846?*). Entre nosotros, GUILARTE ZAPATERO (pp. 74 y 75).

¹³² Eso lleva a algunos a posiciones más extremas, aunque no por ello del todo ilógicas: MASSIDA (p. 2), al ver en aquellos casos atenuación de la accesoriiedad, concluye que este rasgo no es esencial en la fianza. Manteniendo, en cambio, la idea de accesoriiedad, otros ven en aquellos casos una garantía singular que no es verdadera fianza (así, en Bélgica, DE PAGE, cit.; y, en Italia, RAVAZZONI, en *NssDI*, pp. 282 y 283, que es criticado por FRAGALI, p. 347, por la simple razón de que el *Codice* llama fianza a tal figura).

¹³³ Cierto que más claro que el actual artículo 1302 CC era su precedente, el artículo 1186 Proyecto CC-1851, cuando en su primer párrafo decía: «*Puede pedir la declaración de nulidad, no solo el obligado principal, sino los que lo sean en subsidio, salvo lo dispuesto en el artículo 1735*» (el actual art. 1824 CC). Y también es cierto que hoy no tienen en el CC vigente parangón el art. 1167 Proyecto CC-1851 (que decía: «*La rescisión de una obligación principal causa la de todas sus accesorías; la rescisión de estas no produce la de la obligación principal*»), ni el artículo 1189 Proyecto CC-1851 («*La nulidad de la obligación principal produce la de las accesorias, salvo lo dispuesto en el art. 1735...*). Mas tampoco tiene

cional, no puede aplicarse por analogía, siendo, en cambio, aplicable al hipotecante no deudor la regla contenida en el artículo 1302 CC, que aunque literalmente hable de «*obligados... subsidiariamente*», como ya advertía García Goyena comentando su antecedente, el artículo 1186 Proyecto CC-1851 que hablaba de «*obligados... que lo sean en subsidio*», decía (III, p. 196): «porque son interesados en la declaración de nulidad, y el interés es la medida de la acción: vé el artículo 1735 –el actual 1824 CC– que se cita como excepción –dice–, y compáralo con el 1767 –actual 1853–, que es general como este»¹³⁴ (recuérdese lo dicho en el epígrafe II.1, acerca de otras normas que latamente también hablan de «*obligaciones accesorias*», para ser aplicadas a cualquier garantía especial)¹³⁵.

actual consagración, en su expresa excepción al 1735 Proyecto CC (actual 1824), el artículo 1139 Proyecto CC-1851 (parecido al actual 1208 CC, mas sin la expresa excepción al actual 1824.II). Y recuérdese que ya tales omisiones finalmente se justificaron por la suficiencia del artículo 1735 del Proyecto (actual 1824). Lo explicaba el propio Goyena de su fallido proyecto de articulado sobre las obligaciones naturales en general (III, p. 64): «Discutido mi proyecto...», antes, en una nota anterior, reproducida.

¹³⁴ Y esa es hoy la común opinión acerca del artículo 1302 CC. Curiosamente, CARPI (pp. 172 ss.), en contra de tal opinión, cree que el artículo 1302 CC no es aplicable al tercero hipotecante pues en él se habla intencionada y restrictivamente de «*obligados*», pensando sobre todo en el fiador y en los artículos 1824.II y 1853 CC. Sí, hay tal conexión, pero precisamente, como se ha visto, porque éstos excepcionan la regla de aquél. Además, de interpretar de este modo el artículo 1302 y de negar, como también lo niega Carpi, al hipotecante no deudor la aplicación de los artículos 1824.II y 1853 CC, ¿qué le queda, entonces, al garante real por deuda ajena de un incapaz? Responderá Carpi diciendo que si en efecto la anulación ha sido ya declarada a instancia de quien esté legitimado ex artículo 1302 CC, en el pleito el tercero hipotecante podrá oponer la extinción de la hipoteca por anulación del crédito; pero si no ha sido éste ya anulado, nada podrá hacer aquél. Pues vaya.

¹³⁵ A idéntica solución se llega en el Derecho italiano, aunque por una vía más directa aún. Para zanjar el debate que se originó acerca de si el artículo 1927 *Codice*-1865 (nuestro art. 1853 CC) era o no aplicable al tercero hipotecante –y también al tercer poseedor– (vgr., a su favor, GORLA, 1935, p. 101; CHIRONI, I, p. 652, y II, pp. 528, 529, 563 y 564; y PALUMBO, p. 8), el CC italiano-1942 estableció dos normas al respecto: una la del artículo 2859, sobre el tercer poseedor, y otra, la del artículo 2870, sobre el tercero hipotecante. Aunque no siendo partidarios, como dijimos en el epígrafe I, de acudir sin más en esta cuestión al Derecho comparado por ser arma de doble filo, en esas normas italianas hay un argumento para negar también en nuestro Derecho la aplicación del artículo 1853 *in fine* al hipotecante no deudor: el artículo 2870 italiano se remite, no al artículo 1945, sobre fianza (nuestro 1853), sino al artículo 2859, sobre el tercero adquirente del bien hipotecado, y en él no se hace salvedad ninguna acerca de la incapacidad del deudor como excepción oponible. Por eso, según la unanimidad de la doctrina italía, tanto el tercer poseedor, como el hipotecante no deudor si pueden oponer la incapacidad del deudor (así, entre otros muchos, el propio GORLA, 1985, pp. 396 y 397; PACIFICI-MAZZONI, p. 102; GENTILE, pp. 18 y 19, añadiendo que el artículo 1945 italiano no es aplicable al tercero hipotecante por ser una norma excepcional al ser contraria a la accesoriiedad; siguiéndole, RUBINO, D: *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dir. Cicu-Messineo, Milán, 1956, p. 464; BARBIERI, p. 45; y siguiendo a estos dos últimos, BOERO, p. 673). En cambio, el actual artículo 698 CC portugués, sobre hipoteca, guarda gran similitud con el 637 (similar a nuestro 1853). En nuestra doctrina, expresamente niegan la aplicación del artículo 1853 *in fine* al «fiador real» algunos de los propios partidarios de tal figura híbrida (vgr., MORENO QUESADA, L, p. 189; y BELUCHE, p. 20, siguiendo ésta a Gorla, pues el «fiador real», a diferencia del fiador personal, no compromete todo su patrimonio).

Otro cantar, por supuesto, es que aunque, sustancialmente, el hipotecante no deudor pueda oponer frente al acreedor cualquier excepción derivada del crédito, o de la hipoteca, según lo que conste en el Registro, tal posibilidad queda procesalmente muy mermada, o por lo menos postergada, a la vista del imperativo y taxativo listado de excepciones (de causas de oposición y de suspensión) que, a salvo en el juicio ordinario (sólo ejercitable por acción hipotecaria si el deudor es titular del bien hipotecado), se permiten en los diversos procedimientos –judiciales y extrajudicial– para instar la ejecución hipotecaria [cfr., arts. 82 y 144 LH, 190 y 240 RH, artículos 557 ss. LEC, sobre juicio ejecutivo ordinario, artículos 695 a 698 –importando aquí mucho este último– LEC –y ya antes el artículo 132 LH– sobre el juicio ejecutivo hipotecario, y art. 236, letras *ñ*) y *o*) RH, sobre el extrajudicial o notarial]¹³⁶. Imperatividad y taxatividad de causas oponibles que obedecen, en general, a razones de orden público, y en particular sobre los procesos ejecutivos hipotecarios, a la sumariedad y celeridad de los mismos habida cuenta, precisamente, de la necesidad de dar expresión procesal a una carga real, la hipoteca, en garantía del crédito territorial. Todo lo cual, a diferencia de lo dicho acerca de algunas otras normas de la fianza, impide su contravención por acuerdo, que de haberlo sería radicalmente nulo (*ex art. 6, aps. 2 y 3 CC*).

IV. NORMAS DE LA FIANZA INAPLICABLES AL HIPOTECANTE NO DEUDOR POR SU INNECESARIEDAD O POR SU EXCEPCIONALIDAD, SEGÚN SE INTERPRETE LA RATIO Y EL ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1849 Y 1975 *IN FINE CC*

Uno de los preceptos que resultan inaplicables al hipotecante no deudor por su innecesariedad o por su excepcionalidad es el artículo 1849 CC, en sí de difícil interpretación por subyacer en él cuestiones de suyo complejas como son la dación en pago y la novación. Sin necesidad de entrar aquí en su aclaración, lo innegable es que cualquiera que sea su sentido, dicha norma jamás resultará aplicable al tercero hipotecante¹³⁷:

Una de las posibles explicaciones del artículo 1849 CC fue ya hecha, incluso antes de que existiera su antecedente francés (el

¹³⁶ Así lo advertían hace tiempo, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (III-2.^º, pp. 271 y 272); y hoy lo hace CARPI (pp. 171 ss.).

¹³⁷ Así, en cierto modo, hace tiempo, lo dijo DE PAGE (t. 7, p. 826), ya que la cuestión, en el fondo, a discernir es si la dación en pago implica o no novación.

art. 2038 *Code*), por Pothier (II, pp. 218 y 219) y Domat (núm. 7-6): conforme al Derecho romano y a la tradición consuetudinaria francesa, de tinte romanista, entendían en general que la dación en pago era *pro solvendo*, que no implicaba automáticamente novación extintiva de la deuda por cambio de objeto hasta que el acreedor adquiriera definitivamente la propiedad de la cosa dada en pago. Hasta entonces, el acreedor ostentaba un dominio sobre la cosa dada sometido a condición resolutoria o a revocación, y del pago de la deuda podía decirse un tanto de lo mismo. Por eso, si el acreedor llegaba a perder la cosa por evicción, quedaba resuelta la dación siendo nulo el pago, de modo que la deuda aún existía y con ella, lógicamente por su accesoriedad, subsistía cualquier garantía adicional, fuese real o personal, que tuviese. Pero vieron Pothier y Domat que, por razones de equidad («*Nemo ex alterius facto pree gravari debet*», nos recuerda Pothier), el fiador debía quedar libre en caso de evicción, que la fianza, aunque por principio debía subsistir, debía como justa excepción extinguirse: primero, porque un acuerdo celebrado entre acreedor y deudor, como sería la dación en pago, no debería afectar al fiador (de nuevo –según vimos en los epígrafes II.1 y III.1–, la misma *ratio* de los arts. 1835, 1851,...); y, segundo, por el riesgo que para el fiador supondría la posible posterior insolvencia del deudor una vez anulada la dación en pago (de nuevo, el mismo riesgo aducido en los arts. 1843, 1851,...)¹³⁸. Idéntica explicación es la que muchos han dado luego al artículo 2038 CC francés, a nuestro 1849 CC o al de su correspondiente CC, como norma fundada, genéricamente, en la equidad, o más concretamente en el *favor fideiussoris*¹³⁹. Y de admitirse, al ser norma excepcional, no debe ser aplicada al hipotecante no deudor, como decía el propio Domat (cit.)¹⁴⁰.

¹³⁸ Tal interpretación y el propio artículo 1849 CC son hoy fuertemente criticados por CARRASCO (y otros, pp. 185-187), porque finalmente se hace recaer el riesgo de insolvencia del deudor en el acreedor, cuando precisamente la fianza existía para eludir tal peligro. Por eso, pronostica que en la práctica, o no se aplica dicha norma, si se entiende que la dación es *pro soluto*, pues nunca el acreedor va a aceptar la dación en pago, o bien siempre se va a acordar que aquella sea *pro solvendo*.

¹³⁹ Así, en Francia, LAURENT (T. 28, pp. 282 ss.); TROPLONG (T. 17, pp. 531 y 532); COLIN y CAPITANT (p. 31); los MAZEAUD (pp. 39 y 233); SIMLER y DELEBECQUE (p. 169), quienes concluyen, con la común opinión francesa actual, que el artículo 2038 CC francés al ser norma derogatoria de las reglas generales sobre el pago debe ser de interpretación estricta: sólo aplicable a la fianza y en caso de verdadera dación en pago. En España, ya hace tiempo ESCRICHE (p. 699), casi reproduciendo a Pothier; LACRUZ (p. 354), aunque por diversas razones; Q.M.S. (pp. 679 y 680); GUILARTE ZAPATERO (p. 302-306); PEREZ ÁLVAREZ (p. 264).

¹⁴⁰ Así ya, parece que PLANOL (p. 404); claramente, TROPLONG (IV, pp. 5 ss.), siguiendo a Domat, y defendiendo la reserva del rango de la hipoteca resucitada; los MAZEAUD (II, p. 233); en Italia, PALUMBO (pp. 40 y 41). No es así ya hoy en Italia, pero porque antes los artículos 2031 y 2032 *Codice-1865* y hoy el artículo 2881 CC italiano-1942 prevén expresamente que la extinción nula de la deuda hace permanecer la hipoteca, en tanto aún no haya sido cancelada. Curiosamente, en Italia hoy ya no existe una norma

Y a igual conclusión se llega, aunque por diverso camino, si se admite la otra explicación, la más conforme a la intención del legislador (francés, español,...), de romper con la tradición romana. En efecto, a la vista de las explicaciones dadas por los Tribunales Treilhard, Chabot y Lahary en los trabajos parlamentarios previos al *Code* (que pueden verse traducidas en G.^a Goyena y Aguirre, p. 118) y a las de García Goyena (IV, p. 166) acerca del artículo 1763 Proyecto CC-1851 (que copia nuestro art. 1849 CC), en la mente del codificador francés y en la del nuestro la justificación fue otra bien distinta, que incluso hoy podría tildarse de innecesaria si no se tiene la suficiente perspectiva histórica acerca de la dación en pago y de la novación: se explicaba la extinción de la fianza por la dación en pago aun en caso de evicción porque estimaendo que la dación en pago, a diferencia de la cesión para pago (cfr., art. 1152 Proyecto CC-1851), es *pro soluto*, produciendo por ello automáticamente la novación extintiva de la deuda por cambio de objeto, con ella, lógicamente por su accesoriad, también habría de estimarse automáticamente extinguida la fianza, que en ningún caso –salvo por voluntad del propio fiador– resucitaba en caso de evicción por cuanto ésta, la evicción, hacía surgir una deuda nueva (la acción en garantía), diversa de la primitiva por fundarse en un título diverso, y que por dicha novedad no podía quedar garantida por aquella misma fianza, pues lo impedirían su propia accesoriad y su carácter restrictivo (cfr., arts. 1826 y 1827.I CC). De admitirse esta explicación (que podría chocar, tal vez, con el art. 1204 CC), seguida hoy por muchos¹⁴¹, la misma sería sin duda trasladable a la hipoteca por deuda ajena, mas no por aplicación analógica del artículo 1849 CC, sino por aplicación directa del artículo 1207 CC, sobre novación en general¹⁴², que,

correlativa a su antiguo artículo 1929 (nuestro 1849), proponiendo por ello FRAGALI (pp. 382 y 383) que aquel artículo 2881 vigente se aplique al fiador. Contradicatoriamente, LAURENT, tras decir (*vid.*, nota anterior) que el artículo 2038 *Code* es norma excepcional fundada en razones de equidad, luego (T. 31, pp. 352 y 353), dice que tal norma sí es aplicable al hipotecante no deudor por fundarse en la accesoriad. Entre nosotros, GUILARTE ZAPATERO (p. 310), tras considerar a la norma excepcional, sin embargo luego se limita a plantear sus dudas acerca de su aplicabilidad a cualquier garantía –real o personal– prestada por tercero sin decantarse.

¹⁴¹ Así, en Francia, BAUDRY (T. 24, pp. 599 ss.); PLANIOL (p. 33); BONNECASE (II, p. 586); COLIN y CAPITANT (pp. 31 y 49); los MAZEAUD (p. 38); JOSSEMAND (p. 425); DAGOT (pp. 62 y 63); en Italia, BORSARI (p. 369), acerca del artículo 1929 CC italiano-1865; y, entre nosotros, MANRESA (XII, pp. 349 y 350); PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (p. 838); CASTAN (p. 779); PUIG PEÑA (p. 590); DE ROVIRA (en EJE, p. 249, y en NEJ, p. 706); ALBALADEJO (II-1.^º, p. 157); DÍEZ-PICAZO (pp. 458 y 558). CARRASCO (cit.), también critica tal explicación, como al artículo 1849 en sí: por un lado, se incurre en una petición de principio, pues se presume que la dación es *pro soluto*, y por otro, de serlo, ¿qué añade –dice– el artículo 1849 al más general 1847 CC?

¹⁴² Así, muchos de los propios partidarios del «fiador real», como DÍEZ-PICAZO (p. 558); MORENO QUESADA (pp. 208 y 209); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 481 y 482);

como sucede con otros preceptos vistos y por ver (vgr., 1193, 1302,...), aunque hable de «*obligaciones accesorias*», al fundarse en la idea de accesoriedad, no en la naturaleza obligacional de lo accesorio, es aplicable de suyo a la hipoteca; así lo aclaraba expresamente García Goyena al comentar el artículo 1138 Proyecto CC-1851 (precedente, mucho mejor redactado, del actual artículo 1207 CC)¹⁴³. Y, de nuevo, otro cantar será que el hipotecante no deudor pueda, o no, oponer la dación en pago frente al acreedor, dependiendo ello, sobre todo, de que haya o no previamente cancelado la hipoteca (cfr., arts. 144 LH, 240 RH, 557.1.1.^o, 695 y 698.1 LEC).

El artículo 1975 CC *in fine*, sin precedente ni correlativo en otros ordenamientos, es otro de los inaplicables al hipotecante no deudor por su singularidad o por su innecesariedad: si, como creen algunos¹⁴⁴, es norma excepcional, por ser salvedad a la accesoriedad y a las causas generales de interrupción de la prescripción extintiva *ex* artículo 1973 CC, sin más no cabe su extensión analógica (art. 4.2 CC); en cambio, si, como otros creen, aquella norma se fundamenta precisamente en el carácter accesorio y restrictivo de la fianza (*ex* arts. 1826 y 1827.I CC), y, por ende, en que ningún acto del deudor, en «confabulación» con el acreedor, puede perjudicar al fiador (cfr., arts. 1835 y 1851 CC)¹⁴⁵, tampoco será applica-

CORDERO (p. 250), añadiendo ambos, con razón innegable, que el principio de especialidad registral impide que la hipoteca pase a asegurar la obligación de evicción; BELUCHE (p. 22), añadiendo la accesoriedad como fundamento del artículo 1849 CC, y, no obstante, aludiendo luego a la aplicación del artículo 1207 CC; CARPI (pp. 193-197). En otros Ordenamientos hay al respecto referencia expresa a la hipoteca, o incluso a la extinción de las garantías dadas por tercero en caso de dación en pago: así, los artículos 1278 ss. *Code*, al cual se traslada la misma explicación que para la fianza *ex* artículo 1281 CC francés; los artículos 2031 y 2032 *Codice-1865* y 1197 y 1200 CC-1942; y el artículo 839 CC portugués.

¹⁴³ Decía el artículo 1138 Proyecto CC-1851: «*Por la novacion se estingue, no solo la obligacion principal, sino tambien sus accesorias. (...) Para que continuen las obligaciones accesorias, en cuanto afecten á un tercero, es necesario tambien el consentimiento de este.*». Y comentaba GOYENA (III, p. 156): «...y también los privilegios adheridos á la obligación anterior... y todo lo que le era accesorio, como la fianza, prenda ó hipoteca con los intereses y cláusula penal... a no ser que haya repetido la fianza ó hipoteca». Y acerca de lo del consentimiento del tercero decía (p. 157): «por ejemplo, en la fianza ó hipoteca dada por un tercero, pues que los pactos solo aprovechan y dañan á los contrayentes y sus herederos». Más claro fueron del Proyecto CC-1836 sus artículos 1953 («*Como consecuencia de la novacion, caducan las hipotecas con que el deudor aseguró el cumplimiento de la obligación principal*») y 1960 («*La novacion hecha con el deudor acerca de las hipotecas prestadas por éste extingue las obligaciones de sus fiadores*»). Así ya mucho antes en Derecho Romano: «*Novata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur*» (D. 13.7.11.1). «Cuando se hace legalmente la novación, se liberan las hipotecas y la prenda, y no corren los intereses» (D. 46.2.18, trad. D'Ors).

¹⁴⁴ DÍEZ-PICAZO (p. 455).

¹⁴⁵ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (II, p. 820). Confrontándolo con el artículo 1835 CC, decía MANRESA (XII, p. 894), que de no existir ese inciso final del artículo 1975 CC, «podría darse lugar á perjuicios inevitables para el fiador, el cual podría resultar grandemente perjudicado por una simulada reclamación extrajudicial del acreedor ó por un supuesto reconocimiento del deudor». Siguiéndole, GUILARTE ZAPATERO (p. 285 ss.). Por su parte, DE BUEN (en Colin, p. 40), decía que «la última parte de este artículo –1975– está inspirada en el deseo de evitar una confabulación entre el acreedor y el deudor principal contra el fiador».

ble aquella norma al tercero hipotecante, ahora por innecesaria: amén de que la accesoria y el carácter restrictivo así lo hagan, máxime cuando tales rasgos están incluso reforzados por la exigencia registral de especialidad en la hipoteca (cfr., sobre prescripción y posible interrupción, los arts. 82.5 y 144 LH, 240 RH, y arts. 557.4.^o, 695.1.1.^o y 698.1 LEC), para proteger al hipotecante no deudor de posibles engaños del deudor, ahí están, en general, el artículo 6.2 CC (por cierto, inexistente cuando ya existía el 1975 CC), y, en particular sobre prescripción, el artículo 1937 CC, como concreción incluso de aquél más general, en cuya referencia a «*cualquier otra persona interesada*» incluye, desde luego, al tercero hipotecante¹⁴⁶.

V. NORMAS DE LA FIANZA INAPLICABLES AL HIPOTECANTE NO DEUDOR POR SU INCOMPATIBILIDAD CON EL RÉGIMEN O CON LA NATURALEZA DE LA HIPOTECA

1. NORMAS DE LA FIANZA INCOMPATIBLES CON LA NATURALEZA JURÍDICO-REAL DE LA HIPOTECA: LOS ARTÍCULOS 1822, 1847 *IN FINE* Y TODOS LOS QUE REGULAN LA SUBFIANZA

Toda norma de la fianza que se fundamente en su naturaleza jurídico-personal o que la refleje y exprese será inaplicable, tanto por vía analógica como convencional, a la hipoteca por ser *contra naturam suam*, incompatible con su naturaleza jurídico-real. Así sucede, sin duda para nadie, con los artículos 1822 *in totum*¹⁴⁷ (vs. art. 1857.II) y 1847 *in fine* CC.

Precisamente, al no implicar la hipoteca de suyo deuda, ni responsabilidad, ninguna aplicación para ella tienen las normas sobre subfianza (cfr., arts. 1823.II, 1836, 1846, 1848 y 1856.II CC). A nadie se le ha ocurrido defender lo contrario. Porque la subfianza nada tiene que ver con la posibilidad de una hipoteca en garantía de una fianza (propia o ajena), pues en tal caso la hipoteca agota su relación con la deuda que asegura, sea ésta principal o a su vez accesoria de otra. Incluso en tal caso, la aplicación del artícu-

¹⁴⁶ Así también se advierte en la doctrina extranjera: recientemente, siguiendo a la común opinión francesa acerca del artículo 2225 *Code*, MESTRE (y otros, pp. 526 ss.); y, en Italia, ya lo advertía, refiriéndose al artículo 2112 *Codice*, CHIRONI (I, pp. 665 y 666).

¹⁴⁷ La STS de 23 de marzo de 2000 niega al hipotecante no deudor la aplicación del artículo 1822, y, por ende, la de los artículos 1137 y 1144 CC.

lo 1848 CC resultaría innecesaria, como innecesario en cierto modo es en sí el propio artículo 1848 CC¹⁴⁸, pues si bien tal norma se explica, no tanto por la accesoriadad, sino porque nadie puede ser fiador de sí mismo (*ex art.* 1193 CC), si el fiador o el deudor prestara además una hipoteca, ésta, a pesar de la confusión entre deuda y fianza, subsistiría, porque no hay confusión entre deudor y garante real¹⁴⁹. Mucho menos tiene la subfianza que ver con la denominada subhipoteca (del art. 107.4.^º LH): ésta es la hipoteca de la hipoteca que realiza el propio acreedor hipotecario¹⁵⁰. La subfianza, en cambio, consiste en la fianza de la fianza, en que una persona, el subfiador, a su vez asegure la deuda y la responsabilidad del fiador; una figura ésta imposible en la hipoteca, pues, ¿qué iba a asegurar la hipoteca de una hipoteca, que no es deuda ni responsabilidad? De nuevo, la necesidad de no confundir hipoteca con responsabilidad, porque de hacerlo, podría plantearse, al menos teóricamente, la existencia de una hipoteca que asegure una responsabilidad hipotecaria, cuando de darse tal caso, se trataría realmente de asegurar el valor económico del bien hipotecado. Y para eso ya están los artículos 110 y 117 LH, 219.1.^º RH y, siendo muy empleados en la práctica, los contratos de seguro.

2. NORMAS DE LA FIANZA INCOMPATIBLES CON LOS PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD Y DE INDIVISIBILIDAD, Y POR ENDE CON LA PROPIA NATURALEZA, DE LA HIPOTECA: LOS ARTÍCULOS 1825, 1826.II, 1827.II, 1837 Y, CON ÉL, LOS ARTÍCULOS 1844, 1845 Y 1850 CC

Tampoco son aplicables, ni por analogía ni convencionalmente, aquellas normas de la fianza que contraríen el principio de especialidad que *ex artículos* 9, 12 LH y sus concordantes hoy rige en toda hipoteca, tanto para el bien que grava como para el crédito que ase-

¹⁴⁸ Acerca de su idéntico precedente, el artículo 1762 Proyecto CC-1851, decía GARCÍA GOYENA (IV, p. 165): «Es decir, que el acreedor conserva en este caso su acción contra el sub-fiador; pero yo no veo que esto mereciese un artículo separado como lo tiene en todos los Códigos, porque á nadie ha podido ocurrir duda de que la conservaba: Rogron pone un ejemplo tan inútil como el artículo. Si la confusión se verificase por heredar el acreedor al deudor ó fiador, ó alguno de estos á aquel, se extinguiría también la obligación del subfiador: vé los artículos 1156 a 1159», sobre confusión en general.

¹⁴⁹ Así, POTIER (II, pp. 207 y 208); CHIRONI (I, pp. 664, 665, nota 2, 679 y 680); y, entre nosotros, MANRESA (XII, pp. 347 y 348); y Q.M.S. (p. 666). En cambio, INFANTE RUIZ (p. 180), considera aplicable el artículo 1848 CC al «fiador real» por fundarse aquella norma en la accesoriadad.

¹⁵⁰ Para una explicación sintética de la subhipoteca, puede verse nuestro *Derecho o carga real, cit.*, pp. 461-463, donde seguimos, sobre todo, las explicaciones de Roca Sastre y de Gullón Ballesteros, éste en su monografía sobre la subhipoteca.

gura (en su capital y, en su caso, en sus intereses, remuneratorios y moratorios, fijos o variables, en sus costas, gastos,...) —y que es lo que aquí importa—.

Así, *a.e.*, sucede con los artículos 1825 y 1827.II CC, sobre fianza de deuda futura y sobre fianza simple o indefinida, respectivamente¹⁵¹. Nuestro Derecho, que *in abstracto* permite la hipoteca en garantía de cualquier deuda (cfr., arts. 1861 CC y 105.1 LH), de entre las hipotecas de seguridad que contempla, recoge expresamente la posibilidad de hipoteca en garantía de deudas futuras —y condicionales— (arts. 142 y 143 LH y concordantes), mas exigiendo desde un principio la constancia registral, la determinación, o cuando menos cierta determinabilidad, de los elementos básicos y esenciales de la deuda por nacer (vgr., su cuantía máxima, como sucede con las llamadas «hipotecas globales, flotantes u *omnibus*»)¹⁵², impidiéndose por tanto que «*su importe no sea aún conocido*», lo que, en cambio, sí permite el artículo 1825 CC (al cual pertenece la frase anterior entrecerrillada).

También el principio de especialidad, coadyuvado por el de accesoriedad, impide que, por hipótesis, pueda plantearse el problema que resuelve el artículo 1826.II CC, de modo que, por otra razón más (a las ya vistas en el epígrafe II.1), tampoco tal norma requiere de aplicación al hipotecante no deudor para llegar a su misma solución.

Continuando con el principio de especialidad, ahora conjugado, o más bien confrontado, con el de indivisibilidad (*ex arts. 1860 CC, 122 LH y concordantes*), tampoco tiene aplicación para la hipoteca por deuda ajena, para cuando sean varias las hipotecas constituidas, por el mismo o por diversos dueños, en garantía de

¹⁵¹ También niegan la aplicación de tales normas al hipotecante no deudor, y a la hipoteca en general, CAMY (pp. 414 ss. y 521); YSAS SOLANES, M. (*El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Madrid, 1994, p. 49); BLASCO GASCO, F. P. (*La garantía hipotecaria y el crédito hipotecario*, Valencia, 2000, pp. 255 y 256); y, según citan dichos autores, las RRDGRyN de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 6 de junio de 1998 y de 7 de junio de 1999. A ellas ha de añadirse la STS de 23 de marzo de 2000. Sorprendentemente, AZPITARTE (p. 76), considera aplicable el artículo 1827 CC por fundarse en la idea de garantía por deuda ajena y, por ende, en el *favor fidejussoris*, lo que, de admitirse, haría inaplicable tal norma al tercero hipotecante por su excepcionalidad (*ex art. 4.2 CC*).

¹⁵² Al respecto, puede verse, entre otros, nuestro *Derecho o carga real...*, pp. 350 y 351. Por su parte, las denominadas hipotecas globales son en su intención muy similares a la clásica fianza *in omnem causam* (como híbrido de fianza por deuda futura y de fianza indefinida ex artículos 1825 y 1827.II CC), pues con ellas se pretende asegurar el pago de todas las deudas, presentes y futuras, que un mismo deudor tenga con un mismo acreedor, y todo ello con una única hipoteca; sin poder aquí profundizar en tales «hipotecas globales», pues por sí solas pueden ser objeto de estudio específico, baste con decir que la jurisprudencia registral y la más autorizada doctrina exigen, para su validez e inscribibilidad, su configuración como hipotecas de máximo, es decir, que en su inscripción registral conste el máximo de deuda que cubre la hipoteca, quedando con ello, por tanto, cumplida la exigencia de especialidad.

una misma deuda ajena, el artículo 1837 CC; y, por arrastre, tampoco la tendrán los artículos 1844, 1845 y 1850 CC, siendo, en cambio, aplicables los artículos 119 ss. LH, 216 y 221 RH, entre otros¹⁵³, que en su exigencia de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas y en su prohibición de hipotecas solidarias, no admiten contravención ninguna por una imperatividad, la de tales normas, fundada en razones de orden público (vgr., el fomento y la fluidez del crédito territorial)^{154 155}. Hay práctica

¹⁵³ «Estas normas –como explica la propia BELUCHE (cit.)–, imponen la necesidad de la previa distribución de la carga real hipotecaria entre las distintas fincas, disponen que cuando se hipotecan varias fincas a la vez por un sólo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder (arts. 119 LH y 216 RH) y que fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, con arreglo a lo prescrito en los artículos anteriores (art. 120 LH), por lo que el derecho del acreedor a realizar el valor sólo esponible al hipotecante en el *quantum* y para las obligaciones determinadas *ab initio*». Así lo dice BELUCHE (cit.), apoyándose, con cita en nota, en CORDERO (cit.), creyendo con él y con PUIG BRUTAU (III-3.^º, p. 145), que el artículo 121 LH no es de aplicación al tercero hipotecante, pues aquella norma se funda y manifiesta que los bienes hipotecados pertenecen aún al deudor, estando por ello tales bienes sometidos a la responsabilidad patrimonial universal *ex artículo* 1911 CC. En ello insiste CARRASCO PERERA (y otros, como el propio Cordero, p. 481). En contra de esta opinión, mostrándose, pues, a favor de la aplicación del 121 LH al hipotecante no deudor, con razones más que convincentes a las que nos remitimos, CARPI (pp. 123-125). Y continúa diciendo Beluche: «Por tanto, en nuestro Derecho, cuando son varios los inmuebles dados en garantía de un mismo crédito, el legislador impone que el acreedor hipotecario únicamente puede hacer efectivo su derecho real de hipoteca contra cada una de las fincas hipotecadas por el importe de la porción de su crédito por la que cada una de ellas responda». Añádase a ello, en lo procedimental, que a los efectos ejecutivos, en la propia demanda irá de suyo implícita el respeto a tal distribución, sin que el hipotecante deba alegar nada como excepción. En esto, dicho régimen hipotecario difiere del fideiusorio, por cuanto el beneficio de división de los fiadores, como tal beneficio, habrá de ser en su caso opuesto por ellos contra el acreedor, pudiendo hacerse tal oposición en cualquier estado de la causa, incluso una vez contestada la demanda, por ser el de división una excepción perentoria (no dilatoria), por cuanto se encamina a limitar el pago, no a paralizar la acción.

¹⁵⁴ *Vid.*, por todos, ROCA SASTRE (IV-1.^º, pp. 526-529), con el postulado de razones que abogan por la prohibición de las hipotecas solidarias, también aducidas, incluso antes que por Roca, por BARRACHINA y PASTOR (III, pp. 93-95); CAMPUZANO y HORMA (pp. 484 y 485); DE CASSO ROMERO (pp. 642-646); y otros. También podría citarse en el mismo sentido la RDGRyN de 12 de marzo de 1936, como pionera.

¹⁵⁵ A lo dicho en texto puede añadirse, como insistencia en la inaplicación del 1837, que incluso la coincidente divisibilidad natural proclamada en las normas sobre fianza y sobre hipoteca obedece en unas y otras a razones totalmente diversas: en la fianza tal divisibilidad supone un trato de favor o privilegio –no en vano, se habla del «beneficio» de división, concedido ya como tal por el emperador Adriano–, que, en rigor, bien pudiera no ser ni siquiera consecuencia natural de la fianza, como lo demuestran las normas pasadas y actuales foráneas que, al menos a simple vista, parecen partir de la indivisión, en general, o de la solidaridad de fiadores, en particular, como así, por influencia francesa, hacía nuestro Proyecto CC-1851, dejando bien claro –pues aquí no se trata de simple apariencia– que la división, como tal beneficio, no opera de pleno derecho, sino a instancia del fiador, como excepción oponible. *Vid.*, el § 4, Tít. 20, Lib. III, de la Instituta; los §§ 1, 2, 4 y 5 del D. 46.1.51; las leyes 8 y 10, Tít. XII, Partida 5.^a; y la Ley 4, Tít. 18, Lib. III, del Fuero Real, vs. Ley 10, Tít. 1, Lib. 10 de la Novísima Recopilación, favorable ésta a la presunta divisibilidad; y el romanista y afrancesado artículo 1750 Proyecto CC-1851 (y su comentario por G.^a GOYENA, IV, pp. 154 ss.). Y en cuanto al Derecho actual compara-

unanimidad en la doctrina, incluida la favorable a la figura del «fiador real», en proclamar dicha inaplicación por tales razones¹⁵⁶.

Pero, curiosamente, los partidarios del «fiador real», tras negar tal aplicación extensiva, luego defienden la aplicación del artículo 1844 CC a fin de solucionar el posible conflicto de subrogaciones por pago para cuando en garantía de una misma deuda concurren una hipoteca dada por tercero y una fianza, de modo que cualquiera que sea el garante *solvens*, no habrá subrogación por el *totum*, sino *pro parte*, a prorrata (no en proporción al valor de la deuda, sino al del valor del bien hipotecado)¹⁵⁷. Incluso alguno

do, véanse los artículos 2025 y 2026.I *Code* (que prácticamente reproducen a POTHIER, II, p. 227) y sus explicaciones dadas por la Sección de Legislación del Tribunal el 18 de enero de 1804 (en FENET, T. 15, pp. 28-30); y, en parecida línea, los artículos 1911 ss. CC italiano-1865, y hoy, el 1947.I CC-1942. En la hipoteca, en cambio, su posible divisibilidad, legal o voluntaria, sin ser quiebra arbitraria de la natural indivisibilidad, se inspira en la necesaria especialidad (y también, más genéricamente, en la imprescindible publicidad) que reina hoy en materia de hipotecas desde la LH-1861, frente a la generalidad y a la clandestinidad antes reinantes y que, precisamente, explicaban la indivisibilidad de toda hipoteca aun en caso de concurrencia con otras en garantía de un mismo crédito. Así sucedía en nuestras Partidas (Ley 43, Tít. 13, P. 5.^a), que proclamaba, lo que CAMPUZANO y HORMA (p. 93) llama, la «solidaridad real». Y ya nos explicaba la EM de la LH-1861, al decir de ésta que reforma en esta sede «*nuestro Derecho antiguo. Según este, cuando se hipotecan varias fincas á la vez por un solo crédito, todas quedan sujetas á una carga real por el importe total de lo debido, y sobre todas ellas se estiende por igual el derecho hipotecario del acreedor. Resulta de aquí que el deudor ve frecuentemente minorado su crédito territorial mucho mas de lo que en realidad ha desmerecido su riqueza y la garantía que aun ofrecen los bienes inmuebles que posee, rebajadas las obligaciones y cargas á que se hallan afectos: resulta tambien que así vienen á ser protegidas indirectamente por la ley las inmoderadas exigencias de los prestamistas, que no contentos con garantías firmes y de éxito seguro, multiplican sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades del préstamo sobre hipotecas.*

¹⁵⁶ Así, MORENO QUESADA (pp. 181 y 182); luego nosotros mismos, aunque de pasada (en nuestra obra sobre la *naturaleza jurídica de la hipoteca, cit.*, p. 393); CORDERO (p. 250); BELUCHE (p. 17); CARRASCO PERERA (y otros, p. 481); CARPI (pp. 121-125); INFANTE (p. 181), aunque éste sólo refiriéndose al artículo 1850 CC. Ya hace tiempo, la STS de 9 de marzo de 1874 negó a la hipoteca, por no ser estricta fianza, la aplicación de las normas de las Partidas, del Fuego Real y de la Novísima Recopilación antecedentes de las actuales del CC. En cambio, aunque sin concretar ni desarrollar más la idea, PUIG BRUTAU (p. 16), hace tiempo insinuó, al menos, que «en la hipótesis de que las distintas cosas pignoradas pertenezcan a distintos propietarios, podría ser más adecuado tener en cuenta las reglas de la fianza». En Francia, MESTRE (y otros, pp. 14, 15 y 805); SIMLER y DELEBECKUE (núm. 490) –aunque, a decir verdad, éstos no aportan razón alguna y sólo se apoyan en la STCasación francés de 6 de marzo de 1979, que, en efecto, niega la aplicación del 2026 *Code* (nuestro 1837) al tercero hipotecante–; CABRILLAC y MOULY (pp. 273 y 274), apoyándose éstos en las SSTCasación francés de 21 de junio de 1978 y de 1 de marzo de 1979; los MAZEAUD (II, p. 154); y en Italia, CHIRONI (II, p. 527); MOSCHELLA, I. (*Hipoteca*, en NDI, VII, pp. 199 y 200); MAIORCA (p. 114); RUBINO (p. 476); GORLA (1935, p. 101; y 1985, p. 393); PALUMBO (p. 3); siguiendo a Rubino, CICERO (p. 407); FRAGALI (pp. 835 y 836); BARBIERI (pp. 46 y 47); y BOERO (pp. 674 y 675).

¹⁵⁷ Entre los nuestros, MORENO QUESADA, L. (pp. 203 y 204); CORDERO (pp. 251-254); BELUCHE (pp. 28-30); PANTALEÓN (pp. 3 y 4); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 266, 267, 483 y 484); FELIU REY (pp. 4 y 5); PEÑA BERNALDO (pp. 206 y 207), aunque éste sólo aplicando el 1844 CC cuando hipoteca y fianza se hayan constituido simultáneamente. Algunos de estos autores acuden, en su apoyo, a la STS de 29 de noviembre de 1997, que en efecto aplicaba el artículo 1844 a un hipotecante, mas lo hacía porque ese mismo hipotecante era cofia-

insinúa la aplicación de dicho artículo 1844 CC para cuando concurran varias hipotecas por una misma deuda ajena¹⁵⁸. Y para tal conclusión se apoyan en la idea de que entre ambos sujetos, tercero hipotecante y fiador, existe una especie de cofianza mixta y solidaria, o simplemente una co-garantía solidaria. A esto lleva admitir la figura del «fiador real» y ver en él una simple diferencia de medida con el genuino fiador. Hablar de cotitularidad entre hipoteca y fianza es como decir que el usufructuario que alquila la cosa usufructuada es cotitular del goce con el inquilino, es, como decíamos, la mezcla que se intente hacer de agua y aceite, elementos ambos por naturaleza inmiscibles. Porque aquella unión es naturalmente imposible, o sólo posible en una imaginación químérica. Porque, de suyo, el artículo 1844 sólo puede ser aplicado a co-garantes de igual naturaleza jurídica, que tengan realmente algo en común; en el caso del 1844 lo compartido por los cofiadores es una deuda, y, además, en solidaridad¹⁵⁹; naturaleza aquélla y régimen éste incompatibles, según lo dicho antes, con la hipoteca¹⁶⁰. ¿Acaso no

dor y había prestado dicha hipoteca en garantía de su cuota de fianza, de modo que pudo dirigirse contra los demás cofiadores tras el pago, no en su condición de hipotecante, sino en la de cofiador solvente. Por su parte, la STS de 23 de marzo de 2000, para un caso parecido (de hipoteca propia de un cofiador), negó el 1844, pero porque –erróneamente, según lo dicho en el epígrafe II.2– le niega en general cualquier derecho a la subrogación por pago. Más rectamente, aunque de pasada, aplica el 1844 CC al hipotecante no deudor, la RDGRyN de 27 de marzo de 1989, para un caso en que la finca originariamente hipotecada se dividió sin distribuirse la responsabilidad hipotecaria *ex 123 LH*. Antes ya de nuestra doctrina, en Francia, se ha venido defendiendo la aplicación al tercero hipotecante del artículo 2033 *Code* (similar a nuestro 1844); así, PLANIOL (pp. 32 y 33), quien pone el siguiente ejemplo: si la deuda era de 20.000 francos y el inmueble valía sólo 10.000, el hipotecante al garantizar una mitad menos que el fiador, sólo soportará un tercio de la deuda; JOSSERAND (p. 736); los MAZEAUD (pp. 65 y 66); BONNECASE (II, p. 585); COLIN y CAPITANT (pp. 30 y 31). En Italia, aplicando el artículo 1920 CC italiano-1865 (nuestro 1844), PALUMBO (pp. 81-84). Es también la posición mayoritaria en la doctrina alemana, que aplica el § 774 BGB (correspondiente a nuestro 1844); *vid.*, por todos, WOLFF (III-2.º, pp. 276-278). Esta solución es la que también la doctrina francesa, desde POTHIER (IX, pp. 449 y 450), propugna para el conflicto subrogatorio entre terceros poseedores de varios bienes hipotecados por una misma deuda, evitando así un circuito inútil de acciones y de subrogaciones (TROPLONG, III, p. 344 –y siguiéndole, en Italia, BORSARI, p. 351–; LAURENT, T., 31, pp. 242 y 243, aunque advirtiendo que tal solución es contraria al principio de indivisibilidad; JOSSERAND, pp. 733 y 734; los MAZEAUD, II, pp. 152 y 153; COLIN y CAPITANT, p. 491; SIMLER y DELEBECQUE, p. 395; MESTRE, y otros, p. 821); y así lo recogió nuestro Proyecto CC-1851, en el último párrafo de su artículo 1117 (sobre subrogación legal por pago), justificándolo GARCÍA GOYENA (III, p. 141), por la necesidad de compaginar con equidad y conveniencia la subrogación con la exigencia de indivisibilidad de la hipoteca.

¹⁵⁸ Lo insinúa, aunque luego parece corregirse, CARRASCO PERERA (y otros, pp. 483 y 484).

¹⁵⁹ Basta para comprobarlo confrontar la cierta sinonimia, que no identidad, existente entre el 1844 y el 1145 CC, o entre el 1845 y el 1148, o entre el 1850 y los artículos 1143 y 1146 CC. Así ya lo advertía GARCÍA GOYENA (IV, pp. 155, 163 y 166), refiriéndose a las normas correspondientes del Proyecto CC-1851 antes citadas.

¹⁶⁰ Así, ya hace tiempo, lo decía PALUMBO (pp. 85 y 86), porque aplicar para tal caso el artículo 1920 CC italiano-1865 (nuestro 1844), si bien pudiera resultar equitativo (y así

se ve que al aplicar el 1844 CC al tercero hipotecante se le convierte en deudor al asumir sólo una parte de la deuda?

Ni siquiera en este punto cabe inspirarse en el Derecho Comparado –que, como se dijo desde el epígrafe I, en esta materia es arma de doble filo–: los que defienden el trasplante del 1844 CC se apoyan, admirándolo, en el artículo 2871.II *Codice*, o mejor dicho, en la interpretación que del mismo hace, frente al resto de la doctrina italiana, Rubino (pp. 479 y 480) para aplicarlo a la colisión posible de subrogaciones entre fiador e hipotecante no deudor¹⁶¹. Mas, conforme a la común opinión italiana, que el criterio del artículo 2871.II, en efecto similar al de nuestro 1844, se refiere claramente a la concurrencia de varios hipotecantes no deudores por una misma deuda: «*Il terzo datore... ha inoltre regresso contro agli altri terzi datori per la loro rispettiva porzione*». No habiendo norma correlativa a ésta en nuestro Derecho, ni siendo aplicable analógicamente, por ser *contra naturam*, el 1844 CC, ¿cómo podría, entonces, solucionarse entre nosotros este conflicto? Conforme a nuestros artículos 119 ss. LH, cuando simultáneamente («*a la vez*», dice el 119 LH), se hayan

lo propone *de lege ferenda*, para luego hacerse realidad en el 2871.II *Codice*-1942), no era entonces posible *de lege lata*, por la sencilla, pero contundente razón de que la hipoteca es de naturaleza jurídica diversa a la de la fianza. Y entre los nuestros, así lo advierten para negar la aplicación del 1844 por cuanto que entre hipoteca y fianza es imposible estructuralmente que haya cogarantía, cotitularidad, por ser garantías autónomas y de diversa naturaleza, GUILARTE (cit., y pp. 188, 259, 260 y 360); el propio defensor del «fiador real», AZPITARTE CAMY (p. 111); RUBIO GARRIDO (pp. 247 y 248), refiriéndose éste a la STS de 29 de noviembre de 1997, antes citada. Ya en el propio Derecho Romano había textos que evidenciaban tal independencia entre fianza e hipoteca existentes en garantía de una misma deuda (vgr., D. 46.1.52, de Papiniano; D. 46.1.54, de Paulo; y D. 46.1.63, de Scaevola). La réplica que a esta contundente evidencia hace MORENO QUESADA, L. (p. 204), para defender la aplicación del 1844 al caso que nos ocupa, es, como poco, debilísima: por un lado, dice que el artículo 1844 CC no habla de cofiadores, sino de fiadores. ¡Olvida los artículos 1837, 1845 y 1850 con los que aquél se conecta, y olvida los artículos 1143, 1145, 1146 y 1148 a los que éstos se asemejan! Además, de la confrontación entre los artículos 1837 y 1844 CC, claramente se deduce que éste incluye el caso de cofianza solidaria (pues se trata de un fiador que pagó al acreedor el todo de la deuda por carecer del beneficio de división). Y, por otra parte, dice Moreno Quesada que no es obstáculo que el artículo 1844 hable de «fianza» cuando como es harto sabido tal palabra se emplea muchas veces en sentido amplio en nuestro Derecho, como equivalente a garantía en general. Así es, y así quedó advertido desde un principio en el epígrafe I; pero ¡para ver que prácticamente el único lugar donde el legislador emplea propiamente la palabra «fianza» es en sede de la genuina fianza, esto es, en los artículos 1822 ss., incluido el 1844!

¹⁶¹ También intenta resolver RUBINO (pp. 194 y 195) aquel conflicto acudiendo al artículo 2911.1 CC italiano-1942, diciendo que el acreedor hipotecario ha de ejercitar primero la acción real contra el hipotecante no deudor. Pero luego (pp. 380 ss.), con razón, parece rectificar diciendo que en la concurrencia de hipoteca dada por tercero y de fianza, el acreedor tiene libertad para dirigirse contra uno u otro, porque el artículo 2911.1, como sucedía con nuestro artículo 1447 LEC-1881, al consagrarse el llamado beneficio de ejecución real, sólo se refería al caso en que la hipoteca fuese dada por el propio deudor y que éste aún conservara el bien hipotecado en el momento de su ejecución. Esta es la opinión común italiana acerca del artículo 2911.1 *Codice* vigente, que, en efecto, dice: «*Il creditore che ha peggio su beni del debitore non può pignorare altri beni del debitore medesimo, se non sottopone a esecuzione anche i beni gravati da peggno...*».

constituido varias hipotecas sobre varias fincas –de distintos dueños, claro– en garantía de una misma deuda, en principio, no debe haber problema subrogatorio alguno entre los varios hipotecantes: dada la distribución de «responsabilidades» existente entre las varias hipotecas, entre las varias fincas hipotecadas, es muy probable que vencida y no pagada la deuda el acreedor inste la ejecución de todas las hipotecas, cada una por el *quantum* que cubre, por lo que finalmente todas las hipotecas se extinguirán, y cancelarán, por su propio ejercicio. Si, en cambio, el acreedor sólo insta la ejecución de una, o sólo de algunas, de las varias fincas hipotecadas, el dueño que padezca la ejecución se subrogará por pago, pero sin que ello suponga amenaza de colisión con la posible ulterior subrogación de los otros hipotecantes, porque aquella subrogación será parcial, sólo en la parte del crédito pagado a secas, permaneciendo las demás hipotecas en garantía del crédito parcial restante que por no haber sido satisfecho con aquella ejecución hipotecaria aún conserva el primigenio acreedor (cfr., art. 1213 CC)¹⁶². Y si se diera el caso de que las varias hipotecas recayentes sobre varias fincas en garantía de la misma deuda no se hubiesen constituido simultáneamente (o «*a la vez*», como dice el 119 LH), sino de forma sucesiva, tal vez para solucionar posibles colisiones de subrogaciones entre los hipotecantes habría que acudir al principio de prioridad registral, según la fecha de inscripción, pues *qui prior est in tempore, potior est in iure*¹⁶³.

Pero para el otro caso, el del posible conflicto subrogatorio entre fiador e hipotecante por una misma deuda ajena, el artículo 2871.II CC italiano-1942, conforme a sus más generales artículos 1204 y 1263 (equivalentes a nuestros arts. 1212 y 1528 CC), se limita a decir que «*il terzo datore ha regresso contro i fideiussori del debitore*» –y contra terceros ex artículos 1204 y 1263 (nuestros 1212 y 1528)–; limitándose también, por su parte, a decir el artículo 1949, como nuestro 1839, que «*il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il*

¹⁶² Aunque sin explicarlo de este modo, de la incomunicación entre las varias hipotecas habla AZPITARTE CAMY (p. 111), de modo que el hipotecante que primero pague no podrá repetir nada frente a los demás hipotecantes no deudores.

¹⁶³ Esta es la solución que hoy expresamente consagra, para el conflicto subrogatorio que pueda darse entre los terceros poseedores de distintas fincas hipotecadas por una misma deuda, el artículo 2866 CC italiano-1942, que, acorde con sus artículos 2856 y 2857, atiende a la fecha de inscripción de la adquisición del bien ya hipotecado. Así ya lo proponía antes PALUMBO (pp. 78 ss.), ex artículo 2022 *Codice*-1865, frente a la solución francesa (de aplicar el 2033 *Code*; nuestro 1844), no sólo para el caso de conflicto subrogatorio entre terceros poseedores, sino también para el que pudiera darse entre terceros hipotecantes de varias fincas hipotecadas sucesivamente por un mismo crédito. También atienden a la fecha, no de pago, sino de constitución de la garantía, aunque para resolver el conflicto entre fiador e hipotecante no deudor, PEÑA BERNALDO (pp. 206 y 207); y, sólo insinuándolo, GUILARTE ZAPATERO (p. 220).

debitore. De modo que tampoco ha quedado claramente solucionado en el *Codice* actual aquel conflicto de subrogaciones entre hipotecante no deudor y fiador, máxime cuando en dicho Código ambos sujetos tienen por igual especialmente protegida su respectiva expectativa de subrogación (art. 1955 *Codice*, sobre fiador, y art. 2869 *Codice*, sobre tercero hipotecante, siendo ambas normas correlativas a nuestro art. 1852 CC)¹⁶⁴. Mas no siendo, pues, aplicable el 2871.II a aquel caso, ni siéndolo en nuestro Derecho el 1844, *¿quid iuris?* Partiendo de que en principio el acreedor tiene libertad de elección entre el fiador y el hipotecante no deudor, pues nunca ha habido norma alguna que la restrinja, de la irrelevancia en este conflicto de la posible excusión del fiador (*ex 1830 ss. CC*), que sólo obligaría al acreedor a dirigirse contra el deudor, lo que por eso mismo imposibilitaría el problema subrogatorio que aquí tratamos, y al margen de posibles acuerdos (que sólo tendrían eficacia obligacional), la regla es la de la igualdad y, en cierto modo, la de la aleatoriedad, o la de una igualdad azarosa o casual si se quiere: si el acreedor decide ejecutar la hipoteca por deuda ajena, el dueño se subrogará en su crédito contando con la fianza en garantía (*ex arts. 1210.3.º y 1212 CC*); y si el acreedor decide dirigirse primero contra el fiador y éste paga, se subrogará en el crédito con la hipoteca (*ex art. 1839 CC*, amén de las anteriores citadas). Sólo en el artículo 1852 CC cabe fundar el posible privilegio que puede merecer el fiador frente al tercero hipotecante de la misma deuda ajena, puesto que tal norma, como quedó demostrado (en el epígrafe III.1), no es aplicable por su excepcionalidad a éste. De lo dicho: si el fiador al prestar fianza tuvo, o pudo tener, en cuenta aquella hipoteca (vgr., porque era simultánea o, sobre todo, anterior, ya existente), y el acreedor decide en caso de impago ejecutar la hipoteca, el dueño de la finca hipotecada se subrogará en el crédito, pero siendo muy probable que lo haga sin la fianza como garantía si el fiador decide liberarse *ex artículo 1852 CC*¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Por eso, la común opinión italiana (a salvo CICERO, pp. 420-423), entiende que aquellas normas sirven para dar preferencia al garante –fiador o hipotecante– en su posible conflicto subrogatorio frente al tercer poseedor de finca hipotecada, mas no entre sí. Porque de darse el conflicto entre fiador y tercero hipotecante, a la vista de la literalidad de la primera frase –reproducida arriba en texto– del artículo 2871.II *Codice* y teniendo en cuenta que el fiador es, para el tercero hipotecante, un deudor más, junto al principal, que también responde ilimitadamente, de pagar primero aquél se subrogará por el *totum* frente al fiador (así, excepto Rubino, los demás; vgr., GORLA, 1985, p. 397, corrigiendo así su opinión de 1935, que es la posteriormente mantenida, sin cambio, por Rubino; GENTILE, p. 369; MAIORCA, p. 115; BARBIERI, p. 53; BOERO, p. 678,...).

¹⁶⁵ Así lo entiende, aunque casi en una posición aislada dentro de la doctrina alemana, ENNECCERUS (II-2.º, pp. 830 y 831), aplicando el § 776 BGB (correlativo a nuestro 1852 CC). Le siguen en su solución PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (II, pp. 833 y 834), pero no se apoyan éstos en el artículo 1852 CC, sino en que la subrogación del fiador es prefe-

Puede que se estime injusto no aplicar el artículo 1852, ni el artículo 1844 CC al hipotecante no deudor, que puede verse finalmente subrogado por pago en un crédito ante un deudor insolvente (cfr., 1844 *in fine*); pero recuérdese –del epígrafe III.1– la excepcionalidad del 1852 CC, que sobre todo se funda no tanto en que el fiador sea garante de una deuda ajena, sino en que asume su propia deuda con su propia responsabilidad patrimonial *ex artículos 1822 y 1911 CC*, lo que le hace merecer cierto trato de favor (*el favor fideiussoris*); por el contrario, el tercero hipotecante, si bien garante como el fiador, no debe ni responde. Es, de nuevo, la diversidad de naturaleza jurídica la que impide la analogía. Y si tal impedimento es arbitrario, al ser la equidad aquí insuficiente para la integración (*ex art. 3.2 CC*)¹⁶⁶, sólo cabe proponer *de lege ferenda* la extensión del 1844, y, de nuevo, si se quiere, la del artículo 1852 CC, adecuándolas a la naturaleza de la hipoteca¹⁶⁷.

3. OTRAS NORMAS DE LA FIANZA INCOMPATIBLES (E INNECESARIAS) CON LAS DE LA HIPOTECA: LOS ARTÍCULOS 1823.I, 1827 A 1829 Y 1854 SS. CC

Tampoco es aplicable al hipotecante no deudor el artículo 1823.I CC en cuanto a la fuente –voluntaria o forzosa– de la

rente porque es consagrada de forma expresa y específica en el artículo 1839 CC frente al genérico artículo 1210.3.^º en el que se ampara el tercero hipotecante. No nos parece éste un argumento sólido, porque, como vimos en el epígrafe II.2, la intención del 1839 CC, como ejemplificación y recordatorio del 1210.3.^º CC, fue, dada la amplia redacción de éste, la de dejar bien claro que también la subrogación por pago del fiador es legal y automática frente al *beneficium cedendarum actionum* y a la carta de lasto del pasado. Más acertadamente se apoya en el 1852 para llegar a la misma solución que Enneccerus, GUILARTE ZAPATERO (pp. 219 y 220), aunque bien es verdad que también muestra sus dudas. En parte siguiéndole, PEÑA BERNALDO (pp. 206 y 207), propone que se atienda a la fecha, no del pago, sino a la de la constitución de la garantía, de modo que si paga quien constituyó su garantía en segundo lugar, puesto que tenía expectativa de subrogarse en el crédito con la primera garantía, se subrogará en efecto por el todo; pero si quien paga es el primer garante, desconocedor de la posterior garantía, su subrogación no alcanzará a la ulterior, pues su expectativa de subrogación no la alcanzaba. Esta solución, sin embargo, choca con la imposibilidad de aplicar el artículo 1852 CC al hipotecante no deudor. Más claramente es esa la solución del artículo 639.3 CC portugués actual, en coherencia con el 653 (nuestro 1852), y la del artículo 507.4 CC suizo. CARRASCO PERERA (cit.), critica la solución legal de ambos Códigos por estimar él que fiador e hipotecante son por igual garantes, pero olvida, una vez más, que el fiador «sacrifica más», pues, aunque en garantía de una deuda ajena, debe y responde ilimitadamente por sí mismo, justificando tal sacrificio la especial protección de su expectativa subrogatoria; mientras que nada de esto acontece con el tercero hipotecante (recuérdese lo dicho en los epígrafes I y III.1).

¹⁶⁶ Es prácticamente el último recurso, el del llamamiento a la equidad, que queda a modo de *leit motiv* a casi todos los defensores patrios de la aplicación del 1844 CC al «fiador real».

¹⁶⁷ Y si, por cierto, así lo hiciera nuestro legislador, que no se limite a copiar los preceptos italianos vistos por cuanto no resuelven del todo la cuestión. Más aún, de hacer

fianza, ni tampoco lo son por extensión, por su conexión con aquella norma, los artículos 1827.I y 1828, sobre constitución de la fianza, ni los artículos 1854 ss. CC, sobre fianza legal y judicial, no tanto porque ya no existan hipotecas judiciales, ni porque las hipotecas legales tengan su propio régimen (*ex arts. 158 ss. LH y concordantes*), sino sobre todo porque tales fuentes son por hipótesis imposibles en la hipoteca por deuda ajena, al ser ésta siempre de origen voluntario. Y siendo siempre convencional la hipoteca por deuda ajena, el artículo 1827.I CC, en su exigencia de explicitud en la voluntad del fiador, resulta inaplicable ante la mayor rigurosidad de los artículos 1875 CC y 145 LH. Ni siquiera es necesario acudir a la letra y espíritu del artículo 1827.I CC *in fine* para estimar que la hipoteca dada por tercero, como cualquier hipoteca, es de interpretación restrictiva. Lo impone de suyo, sin necesidad de norma expresa que lo proclame, su naturaleza como carga real, contraria, por tanto, a la presunta libertad de la propiedad inmobiliaria consagrada en nuestro Derecho, sobre todo, por obra y gracia de la jurisprudencia a partir de otros preceptos relativos a otras cargas reales cuya traslación tiene por eso mismo más sentido para la hipoteca. Abunda también en ello la exigencia registral de especialidad.

Tampoco cabe aplicar al hipotecante no deudor el artículo 1828 CC: para lo exigido en su primera parte, cuya aplicación a la hipoteca únicamente sería pensable en el caso de que el deudor se comprometiese ante el acreedor a que otro hipotecara un bien suyo¹⁶⁸ (pues ni existen hipotecas legales dadas por tercero ni embargos de bienes de personas no deudoras), existen los artículos 1857.2.^º y 3.^º CC, 138, 139 y 141 LH, en cuanto a la aptitud y legitimación del hipotecante, y la propia lógica económica, atendida siempre por el acreedor hipotecario, de que el valor tasado del bien hipotecado cubra el crédito, no importándole nada en lo demás la solvencia patrimonial del hipotecante (recuérdese de nuevo, del epígrafe I, aquello de que quien presta con hipoteca, más que a la persona, mira a la cosa). Y en cuanto a la competencia jurisdiccional del 1828 CC *in fine* (conforme, hoy, al art. 52.1.3.^º LEC, y antes al art. 63.3.^a LEC-1881), que según la común opinión se explica por la accesoria de la fianza, y también por su naturaleza personal,

una propuesta de futuro, apostamos por la de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (pp. 206 y 207), explicada en notas anteriores.

¹⁶⁸ Decimos tal cosa, porque según la común opinión (GARCÍA GOYENA, IV, p. 148; MANRESA, XII, pp. 248 y 249; LACRUZ, p. 345), el artículo 1828 CC, así como el artículo 1829 CC, sólo tiene aplicación para las fianzas forzosas (exigidas por la ley o por el juez; cfr., 1855 CC) y para el caso en que convencionalmente el deudor se obligue a conseguir fiador para su propia deuda, lo que es muy común en la *praxis*, incluso como condición para la constitución del propio crédito. Así debe ser interpretado el 1828, pues de lo contrario no habría sino reiteración innecesaria en los artículos 1828 y 1854 CC.

a la hipoteca por deuda ajena ha de aplicarse el artículo 684 LEC (antes, el art. 131 LH), que, conforme al artículo 52.1.1.^o LEC, atiende al objeto y a la naturaleza jurídico-real de la acción que entra en juego, la hipotecaria.

Muy en conexión con la primera parte del artículo 1828 CC está el artículo 1829 CC, tampoco aplicable al hipotecante no deudor. Cierto es que dicho artículo 1829 CC se fundamenta en el principio general de protección del crédito a través de la conservación de sus garantías¹⁶⁹, pero en su concreción dicha norma claramente sólo es aplicable a las garantías personales al atender, en su primera parte, a la solvencia patrimonial del garante, y en su último inciso a la propia persona del garante, cuando nada de ello importa al acreedor con hipoteca. Y, precisamente, frente a la medida del artículo 1829 CC, para asegurar la garantía hipotecaria ahí están en particular los artículos 117 LH y 219.2.^o RH, cuya aplicación al hipotecante no deudor nadie discute, pues en ellos se habla del dueño de la finca hipotecada, sea o no el propio deudor, incluso sea el propio hipotecante o un tercero adquirente¹⁷⁰. Asimismo, podría resultarle aplicable el más general artículo 1129.3.^o CC sobre vencimiento anticipado, precepto éste que, inspirado como los anteriores en la protección del crédito mediante el mantenimiento de sus garantías, pero referido a las garantías en general, puede entenderse aplicable tanto a la fianza (como solución alternativa a la del art. 1829 CC), como a la hipoteca, haya sido ésta prestada por el propio deudor o por un tercero con consentimiento del deudor¹⁷¹.

¹⁶⁹ Sobre tal principio, puede verse nuestra obra sobre la *naturaleza jurídica de la hipoteca*, cit., pp. 510-513, con autores allí citados y con las normas de las que se extrae aquel principio (vgr. arts. 1094, 1111, 1129, 1503, 1776, 1829, 1867, 1882.2, 1973 CC y 1396 ss. LEC-1881).

¹⁷⁰ Sobre el deber *propter rem* de conservación del bien hipotecado que de tales normas se deduce, puede verse, entre otras, nuestro *Derecho o carga real...*, pp. 422-455 y 503-521.

¹⁷¹ Siendo, no obstante, esta última afirmación debatida en la doctrina, necesaria parece cierta explicación, aunque sea aquí en nota por exceder del objeto del presente trabajo (el de negar la aplicación de toda norma de la fianza al tercero hipotecante). Limitando tal explicación al tercero hipotecante, por ser objeto del presente estudio, la doctrina admite o niega la aplicación del artículo 1129.3.^o CC al mismo por argumentos todos ellos que no nos parecen convincentes. Por las razones que luego se indicarán, lo niegan PALUMBO (pp. 37 y 38), refiriéndose a los artículos 1176 y 1980 *Codice-1865*; con él, pero refiriéndose a los artículos 1186 y 2743 CC italiano-1942, muy similares a los derogados, RUBINO (pp. 345 ss., 352-355 y 364); FRAGALI (pp. 802-804); y, en España, sobre el 1129.3.^o CC, CLEMENTE MEORO (*Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991, pp. 300 y 301); YSAS SOLANES (p. 68); CARP (pp. 133-136). Por el contrario, defienden la aplicación del 1129.3.^o CC, o de su correlativo foráneo, en caso de hipoteca dada por tercero, GORLA (1935, pp. 157 y 158); CHIRONI (I, pp. 613-615, 675 y 676); MORENO QUESADA, B («El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías» [art. 1129.3.^o CC], en ADC, 1971, pp. 457 ss.; y, siguiéndole, su hermano, pp. 136 ss.); MONTES PENADES (en Comentarios

VI. NORMAS DE LA FIANZA INAPLICABLES AL HIPOTECANTE NO DEUDOR POR SU EXCEPCIONALIDAD, INNECESARIEDAD E INCOMPATIBILIDAD: LOS ARTÍCULOS 1830 A 1834, 1836 Y 1856 CC, O EL LLAMADO BENEFICIO DE ORDEN O EXCUSIÓN

1. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA EXCUSIÓN DEL FIADOR: ¿CONSECUENCIA LÓGICA DE LA ACCESORIEDAD O DE LA SUBSIDIARIEDAD? PRIVILEGIO SINGULAR FUNDADO EN LA EQUIDAD, EN EL *FAVOR FIDEIUSSORIS*, E INAPLICABLE, POR SU EXCEPCIONALIDAD, A LA HIPOTECA

Aunque muy dispares son las explicaciones vertidas por la doctrina para justificar la excusión del fiador, las posiciones más comu-

del CC de Edersa, p. 140); y BELUCHE (pp. 3-5 y 14); así también PEÑA BERNALDO (p. 172, nota 68). También nosotros lo defendimos en nuestro *Derecho o carga real...*, pp. 325, 600 y 601, pero por razones diversas a las de estos autores al fundar nosotros todo el peso argumental en la desaparición de la hipoteca por «*caso fortuito*», donde podría encajar la actuación dañosa del tercero hipotecante, como así cree hoy también CARPI (cit.). En esta ocasión añadimos otra razón, creemos, de mayor peso. Los que niegan la aplicación del 1129.3.^º CC hacen una interpretación –excesivamente– literal de la norma, por su excepcionalidad –que desde luego la tiene– vs. artículo 1127 CC, que sólo habla de disminución de la garantía por actos propios del deudor, cuando él es el garante, mientras que el tercero hipotecante, aunque constituyente expreso de la garantía, no es deudor. Esto último –sabemos ya– es cierto, de ahí la simetría de los que abogan por la aplicación del artículo 1129.3.^º y así también por la del artículo 1829 CC al hipotecante no deudor por ser «fiador real», añadiendo como argumentos a su favor la propia analogía que existe entre estas dos normas protectoras de la garantía crediticia y el deber *propter rem* de conservar el bien hipotecado que asume el hipotecante, sea o no el propio deudor, ex artículos 117 LH y 219.2.^º RH, olvidando con ello que también el tercer poseedor asume tal deber, aunque sea por la inherencia real de la hipoteca, y que no necesariamente por ello le es aplicable sin más el artículo 1129.3.^º CC si la disminución de la hipoteca viene de sus manos. Aunque para BELUCHE (cit.) por esa misma razón sí lo sea. Para su refutación, nos remitimos a las citadas pp. 599 ss. de nuestro *Derecho o carga real*, cit. En nuestra opinión, que en este punto secunda en parte a la de CHIRONI (cit.), la clave estriba en analizar no el núm. 3.^º del 1129 CC, que contiene el presupuesto de hecho, sino su consecuencia, que establece dicha norma al principio: el vencimiento anticipado de la deuda (como también lo prevé, como posible efecto, el art. 219.2.^º RH). A la inversa, del artículo 1829 CC hay que tomar como premisa la suya propia, al margen de su efecto, que –como dijimos– en su literalidad es inaplicable a la hipoteca, para la que sólo tendría sentido pedir otra hipoteca o una ampliación de la misma (cfr., artículos 1129.3.^º y 219.2.^º RH). Porque atendiendo al efecto del artículo 1129.3.^º y al presupuesto del artículo 1829 CC la cuestión de fondo, para así afirmar o negar la aplicación de aquél al hipotecante no deudor, es que disminuida o desaparecida la garantía real prestada por un tercero venza la deuda. La cuestión, pues, reside en explicar por qué habría de salir perjudicado el deudor por un hecho ajeno. La respuesta es bien simple: sólo cuando de dicho hecho ajeno deba asumir cierta «responsabilidad» el deudor. Para saber cuándo ocurrirá tal cosa de nada sirve el artículo 1129 CC que en su redacción sólo parece referirse a las garantías prestadas por el propio deudor. Cabe acudir, más bien, al artículo 1829 CC, aunque de no existir tal norma habría que llegar a la misma conclusión, que no deriva sino de la simple lógica, contenida también en otros preceptos (vgr., artículos 498, 1550, 1564 CC); porque advertida, como quedó antes, la conexión que existe entre dicho artículo 1829 y el anterior, el 1828 CC, resulta lógico que aquél haga «responsable» al deudor de la insolvencia del fiador.

nes se reconducen a dos: para una de tales posiciones doctrinales, la minoritaria, la excusión del fiador se fundamenta en la accesорiedad de la fianza¹⁷²; para otra, la mayoritaria, aquélla se fundamenta en la subsidiariedad de la fianza¹⁷³. ¿*Quid iuris?*

Aunque, sobre todo hoy, pueda sorprender, si se atiende al origen de la excusión en Derecho Romano o, al menos, a la explicación que del mismo nos da la común doctrina romanista, aquellas dos posiciones doctrinales justificadoras de la excusión del fiador no son tan antagónicas como pudiera parecer¹⁷⁴; sólo difieren, con trascendencia innegable desde luego, en lo terminológico, siendo la

para cuando se trate de una fianza forzosa (legal o judicial) –hipótesis ésta, vimos, imposible en la hipoteca por deuda ajena–, o bien cuando se trate de una fianza comprometida voluntariamente por el deudor con el acreedor. Observado, pues, este último caso, ¿qué problema hay en entender lo mismo para el hipotecante no deudor que hipotecó por consentimiento y compromiso del deudor con el acreedor? Bien estará que el artículo 1129.3.^º CC no tenga aplicación cuando el tercero hipotecante acordó la hipoteca con el acreedor ignorándolo el deudor o contra su voluntad; en tales casos, el acreedor sólo podrá ampararse en los artículos 117 LH y 219.2.^º RH (con exclusión del vencimiento anticipado que esta última norma prevé). Pero si el deudor voluntariamente condicionó su crédito a la hipoteca ajena, conociéndola o consintiéndola, ¿por qué no va a estimarse vencida la deuda si la hipoteca disminuye por acto propio del hipotecante o desaparece por caso fortuito? Así, creemos, ha de ser, aunque siendo conscientes, como dijimos, de que es harto discutida la aplicación directa y sin más del artículo 1129.3.^º CC, tal vez convenga en la práctica asegurar su aplicación mediante pacto, en el que intervengan acreedor, deudor e hipotecante, como parece ser lo usual. Así lo advertimos, como pacto válido de eficacia real (oponible, pues, al tercer poseedor), en nuestra monografía sobre la *naturaleza jurídica de la hipoteca*, cit., p. 601. Y así lo exige, a.e., el novedoso artículo 693 LEC, sobre vencimiento anticipado también en caso de impago parcial, que al condicionar tal posibilidad a su constancia registral, a su acuerdo entre acreedor e hipotecante (cfr., aps. 1.I y 2, ambos *in fine*), también resulta aplicable al caso de hipoteca por deuda ajena. Por supuesto, ya se trate de aplicar por derecho propio el artículo 1129.3.^º CC o por su inclusión convencional, como impone el artículo 1129.3.^º CC *in fine*, siempre habrá de quedar la posibilidad de otorgar otra garantía o la de ampliar la hipoteca antes de que el acreedor pueda dar por vencido el crédito; y en el caso del artículo 693 LEC, por imperativo de su ap. 3, siempre queda la posibilidad de paralizar la ejecución hipotecaria iniciada mediante el pago, hecho por el deudor o por el propio hipotecante en su interés, de lo parcialmente debido.

¹⁷² Así, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, pp. 551 y 555), aunque, como veremos, en esta sede adopta muchas otras posibles explicaciones; DELVINCOURT, DURANTON y ZACHARIE, todos ellos según cita de LAURENT (T. 28, p. 212), sin que él, veremos, adopte esta justificación de la excusión; los MAZEAUD (I, pp. 15, 17, 27, y II, p. 155), aunque ignoramos si es debido a la traducción.

¹⁷³ Entre muchos otros, en Alemania, HEDEMANN (III, p. 473); en Francia, AUBRY y RAU (T. 6, p. 217); COLIN y CAPITANT (pp. 474 y 475); JOSSERAND (pp. 417 y 418); SIMLER y DELEBECQUE (p. 134); en Bélgica, DE PAGE (T. 6, pp. 798 ss.); en Italia, DEIANA, G. (*Beneficio di escusione ed obbligazione fideiussoria*, en RDCiv, 1940, pp. 213-231); DE RUGGIERO (II-1.^º, p. 509); MESSINEO (p. 136); RAVAZZONI (NssDI, pp. 284 ss.; y en su monografía, pp. 181 ss.), aunque parte de la solidaridad *ex artículo 1944 CC italiano-1942*. Y, en España, ESCRICHE (p. 366); GARCÍA GOYENA (IV, pp. 141 y 149); BURON (p. 951); FALCON (p. 366); DEL VISO, S. (*Lecciones elementales de Derecho Civil*, Valencia, 1885, pp. 484 y 485); GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (pp. 373 y 374); PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (pp. 805, 806 y 826), citando la STS de 25 de febrero de 1960; Q.M.S. (p. 573); CASTAN (p. 784); PUIG PEÑA (p. 576); DE ROVIRA (p. 694); DÍEZ-PICAZO (p. 435); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 68 y 69). Y así también nuestra jurisprudencia, que puede verse citada en GUILARTE ZAPATERO (pp. 15-17 y 75).

¹⁷⁴ No en vano, no son pocos los que apoyan la excusión del fiador simultáneamente en la accesoriedad y en la subsidiariedad (así, DE ASSO y DE MANUEL, pp. 231 y 232); en parte MANRESA (XII, pp. 169 ss.); también en parte, FALCÓN (cit., que en muchas ocasiones

de accesoriedad expresión, en este punto relativo a la excusión, más antigua y latamente empleada, y la de subsidiariedad, más «moderna» y estricta¹⁷⁵: En la época arcaica del Derecho Romano, e incluso durante gran parte de su época clásica, el «garante personal» de aquel entonces (en sus dos modalidades: el *sponsor* y el *fidepromisor*), que aún no era lo que hoy es tal fiador, era un deudor más, en pie de igualdad con el deudor cuya deuda aquél aseguraba. Los romanistas nos dicen que tal sujeto era un codeudor solidario y principal; solidaridad, o correabilidad dicen algunos¹⁷⁶, y principalidad en el sentido de que aquel sujeto garante debía y respondía a la par, en pie de igualdad, o conjuntamente con el deudor garantizado, pudiendo por tanto el acreedor, una vez vencido el crédito, dirijirse simultáneamente contra ambos o separadamente contra uno u otro según su libre decisión¹⁷⁷; era incluso muy habitual en la práctica de la época clásica que el acreedor renunciase a esa libertad suya ante el deudor garantido, comprometiéndose a exigir el pago en primer lugar al garante¹⁷⁸. Se pactaba, pues, una especie de orden *pro debitore*. Evidentemente, esta situación no fomentaba la garantía de amigo. Por eso, en la propia época clásica del Derecho romano (s. I a.C.), empezó a surgir en la práctica una nueva figura de «garante personal» (el *fideiussor*), más cercana por ser su precedente al actual fiador, al que se concedía, mediante pacto, la ventaja de poder ser perseguido por el acreedor en segundo lugar, tras ser perseguido el deudor garantizado una vez vencida la deuda. Es entonces cuando ese garante empieza a ser un deudor accesorio y subsi-

habla de accesoriedad y de subsidiariedad indistintamente); claramente, VALVERDE (p. 617); SÁNCHEZ ROMÁN (IV, p. 917); y en la voz *Beneficio de orden o excusión* (probablemente de ROVIRA), en EJE, pp. 310 y 311, y en NEJ, pp. 329 y 330. Y así también, en cierto modo, la STS de 30 de enero de 1990, que puede verse en GUILARTE ZAPATERO (p. 75).

¹⁷⁵ Decimos tal cosa sin ignorar que, como luego advertiremos, comúnmente suele, con razón, distinguirse netamente la accesoriedad de la subsidiariedad: porque mientras que la accesoriedad es rasgo esencial y estructural de la fianza que, entre otras cosas, atiende a la extensión del pago de la deuda que asume el fiador (cfr., vgr., los artículos 1826 y 1827 CC); la subsidiariedad, en cambio, es elemento natural y no estructural de la fianza, que puede faltar (cfr., artículos 1831 y 1856 CC), referido al orden, o al rango si se quiere, en el pago, o mejor dicho, en la ejecución patrimonial para el caso de impago.

¹⁷⁶ Como de PAGE (T. 6, p. 798 ss.), o de MARTINO [voz: *Fideiussione (Diritto Romano)*], en NssDI, VII, pp. 272-274].

¹⁷⁷ En la *sponsio*, a la pregunta «*Spondere?*», el deudor respondía: «*Spondeo*»; y a la pregunta «*Spondesse idem dare?*», el esponsor respondía: «*Spondeo*»; o sea, con igual fórmula y por la *eadem res*. De ahí la correabilidad, la solidaridad. Otro tanto de lo mismo sucedía con la *fidepromissio*. Y los numerosos textos clásicos romanos (leyes de Caracalla, Diocleciano y de Máximo, sobre todo) que proclamaban la libertad del acreedor para reclamar el pago al deudor o al garante una vez vencida la deuda, pueden verse citados y reproducidos en POTIER (pp. 219 y 220); ORTOLAN, J. (*Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Generalización del Derecho Romano*, trad., Madrid, 1884, p. 264); y en GUTIÉRREZ (pp. 57 y 58).

¹⁷⁸ Para una más detallada explicación de dicho pacto, con cita de textos (de Ulpiano y de Juliano), POTIER (II, pp. 203 y 204); y TROPLONG (T. 17, pp. 461 ss.).

diario; accesoriedad y subsidiariedad, por contraposición a las anteriores principalidad y solidaridad, en el sentido de que el fiador ya no debe y responde a la par o conjuntamente con el deudor afianzado, sino en segundo lugar, en defecto o en vez del deudor, de forma supletoria¹⁷⁹. Y tal nueva figura de garantía con aquella ventaja se consolidará con el tiempo, absorbiendo a las dos garantías personales anteriores, para consagrarse definitivamente en el Derecho Romano justiniano. Será, en concreto, la Novela 4, capítulo 1, del Emperador Justiniano (del año 535 d.C.), la que consagrará con alcance general para todo fiador, para todo garante personal, y de modo imperativo para el acreedor, que habrá de observarla *motu proprio*¹⁸⁰, aquella ventaja con aquellos rasgos; será lo que a partir de entonces se conocerá como el beneficio de orden y excusión del fiador (el *beneficium excussionis sive ordinis*)¹⁸¹. Con altibajos, a lo

¹⁷⁹ A la pregunta que se le hacía al fiador («*Id fide tua esse jubes?*»), éste respondía: «*Jubeo*».

¹⁸⁰ Sin embargo, en una posición aislada, RIZZI, M. A. (*Tratado de Derecho Privado Romano*, trad., Buenos Aires, 1936, p. 520), cree que la excusión debía ser solicitada por el interesado ante el pretor.

¹⁸¹ Decía dicha Novela 4, en su Prefacio: «*Legem antiquam psitam quidem olim, usum vero, nescimus quemadmodum, non approbatam, per causas autem semper exquisitas atque necessariás apparentem, rursus revocare et ad rem publicam reducere bene se habere putavimos, non simpliciter eam, sicut iacebat, ponentes (erat enim quaedam eius pars omnino non discreta), sed cum competenti et deo placito distribuenets augmento*». La Novela alude a una ley más antigua que ya concedía tal beneficio, pero que no fue seguida en la práctica. Se ignora por qué no se aplicó. Es más, la propia ley es todavía hoy desconocida, existiendo al respecto desde hace tiempo un importante debate en la doctrina romanista (en esencia, para unos se encuentra aquella ley en las XII Tablas, y para otros en las Epístolas de Cicerón con Aticus; otra es la reciente posición de CHURRUCA, J. (DE): *Pignus, en Derecho Romano de obligaciones*, en Homenaje a JL. Murga Gener, Madrid, 1994, p. 367, que alude a un texto, probablemente retocado, de Cervidio Scaevela, y a un rescripto de Diocleciano y Maximiniano del año 290). Y en su Capítulo I decía: «*Si quis igitur crediderit, et fideiussorem, aut mandatorem, aut sponsorem acceperit, is non primum adversus mandatorem, aut fideiussorem, aut sponsorem accedat, neque negligens debitior intercessoribus molestus sit, se veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit. Et si quidem inde receperit, ab aliis abstineat (quid enim ei in extraneis erit a debitore completo?); si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem, aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fideiussorem, aut sponsorem, aut mandatorem veniat, et ab illo quod reliquum est sumat. Et si quidem praesentes ei consistant ambo, et principalis, et intercessor, et aut mandator, et sponsor, hoc omni servetur modo; si vero intercessor, aut mandator, aut qui sponsioni se subiecerit adsit, principalem vero abesse contigerit, acerbum est creditorrem mittere alicubi, quem possit mox intercessorem aut mandatorem aut sponsorem exigere. Sed et hoc quidem curandum est a nobilis possibili modo; non enim erat quoddam hic antiquae legi datum pro sanatione remedium, cum utique Papinianus maximus fuerit, qui haec primitus introduxit. Probet igitur intercessorem aut sponsorem aut mandatorem, et causae praesidens iudex det tempus intercessori (idem est dicere sponsori et mandatori) volenti principalem deducere, quatenus ille prius sustineat conventionem, et sic ipse in ultimum subsidium reservetur, sitque solatio intercessori et sponsori et mandatori in hoc quoque iudex; fideiussoribus enim et tabulis prodesse sanctum est, ut illo deducto interim conventione liberentur, qui pro eo in molestia fuerunt. Si vero tempus in hoc indulsum excesserit (convenit namque etiam tempus definire iudicantem), tunc fideiussor aut mandator aut sponsor exequatur litem, et debitum exigatur contra eum, pro quo fideiussit, aut pro quo mandatum scripsit, aut sponsionem suscepit, a creditore actionibus*

largo de la historia dicho beneficio será unas veces, las menos, derruido (como sucedió en nuestro Fuero Real)¹⁸², retornándose a la solidaridad y principalidad del Derecho romano arcaico y clásico, y otras veces, las más, mantenido, como sucede en nuestras Partidas (Ley 9, tít. 12, P. 5.^a)¹⁸³ y en parte del Derecho foral¹⁸⁴, para arribar a la época de la codificación, en la que, no obstante ser mantenida, la excusión es atemperada *pro creditore* para convertirla en elemento más natural aún, como lo demuestran los más numerosos casos en que aquélla no procede (cfr., arts. 1831 y 1856 CC), y más limitada o condicionada en su ejercicio, entre otras razones porque ya no vendrá impuesta por la ley al acreedor, siendo el fiador quien deba de hacerla valer en el momento oportuno *ope exceptionis* (cfr., arts. 1830 y 1832 CC)¹⁸⁵.

A la vista de todo lo dicho, no puede, pues, sorprender que de accesорiedad o de subsidiariedad se hable tras la codificación para justificar aquel beneficio propio del fiador. Basta cotejar separadamente los dos párrafos del artículo 1822 CC con los artículos 1830 y 1831.2.^º CC, respectivamente, para darse cuenta de que aquellos viejos paralelismos (entre principalidad y solidaridad, por un lado, y entre accesорiedad y subsidiariedad, por otro), estaban en la mente de nuestro codificador¹⁸⁶, fuese o no del todo acertado que

¹⁸² Es la Ley 3.^a, Tít. 18, Lib. 3, del Fuero Real (que luego recogerá el Tít. 11, Lib. 10 de la Nov. Recopilación), que, como explican GUTIÉRREZ FERNANDEZ (p. 57); y PÉREZ ÁLVAREZ (p. 23), no admitía beneficio de excusión salvo que así se acordara.

¹⁸³ Que, bajo la expresiva rúbrica «*Como la debda deue ser demandada primamente al principal debdor, que al que fio*», decía: «*En el lugar seyendo aquel que fuesse principal debdor, primeramente a el deuen demandar que pague lo que deue, e non a los que entraron fiadores por el; e si por auentura non ouiesse el de que lo pagar, deuen demandar a los fiadores. E si acaesciere, que los fiadores fueren en el lugar, e aquel por que fiaron, non; e comenzandoles a demandar el debido, pidiesen plazo a que aduxiessen a aquel a quien fiaron, deuengelo dar. E si al plazo no lo aduxiessen, entonce deuen responder a la demanda, e pagar cada vno dellos su parte, o los ricos por los pobres, o el vno por todos, en la manera que dice en la ley ante desta. E este plazo les deue otorgar el juzgador, ante quien demandaren el debido, segun su aluedrio; asmando toda via, fasta quanto tiemplo lo puedan aduzir*». Dirán GUTIÉRREZ FERNANDEZ (p. 58); y GARCÍA GOYENA (p. 149), que tal ley de las Partidas se inspira claramente en la Novela 4 justiniana.

¹⁸⁴ Al respecto, nos remitimos a DE ROVIRA (en EJE, pp. 311 y 312; y en NEJ, pp. 330, 713 y 714). En síntesis, se admitía el beneficio de excusión para el fiador en Cataluña (salvo en Barcelona y en Lérida), en Navarra (así hoy en la Ley 525.II del Fuero Nuevo), y en Baleares. Y no se admitía en Barcelona (según el Cap. VII del Recognoverunt Próceres de 1284, aunque sí después según Orden de Alfonso IV de 1432), y así luego según la Compilación catalana (salvo en la fianza prestada por mujer); tampoco en Aragón (según sus Observancias 1.^a y 3.^a, Lib. IV), salvo que hubiese bien especialmente hipotecado en poder del deudor.

¹⁸⁵ Así ya lo advirtió el Tribuno TREILHARD en su Presentación del *Code* hecha ante los cuerpos legislativos el 14 de febrero de 1804 (en FENET, pp. 40 y 41).

¹⁸⁶ Así también, incluso con mayor claridad, se veía en el Proyecto CC-1836, cuando en su artículo 1813 decía: «*El fiador puede obligarse, o sólo accesoriamete a falta de cumplimiento de la obligación del deudor, o mancomunadamente –entiéndase, solidariamente– con éste como pagador principal*»; añadiendo, en consecuencia, su artículo 1814, lo siguiente: «*En el primero de los dos casos expresados en el artículo an-*

así pensara aún. Porque, ciertamente, la expresión de accesoriedad, tal como hoy la conocemos, ya no puede emplearse con total propiedad para explicar tal beneficio; de lo contrario, habría que entender la excusión como esencial consecuencia de aquélla y también como esencial rasgo de toda fianza, cuando no lo es hoy (cfr., arts. 1831 y 1856), ni lo fue en el pasado jurídico (cuando, *a.e.*, en la Novela citada, y luego en las Partidas y en muchas normas forales, se excluía la excusión si el deudor estaba ausente y en paradero desconocido; o la no excusión, genuinamente romana, si el acreedor era banquero *-argentarius*–, según Novela 136). Y ello es así, porque, además, mientras que la accesoriedad es rasgo estructural o consustancial a la deuda fideiusoria misma, la excusión no lo es por cuanto simplemente se refiere al orden de ejecución de los patrimonios responsables. No cabe, pues, ya hoy conectar con propiedad accesoriedad y excusión. En cambio, más correcto es seguir conectando subsidiariedad y excusión¹⁸⁷.

Hay, sin embargo, hoy una importante corriente doctrinal, auspiciada como pionero patrio por Guilarte Zapatero (pp. 17-21)¹⁸⁸, que pretende desligar la subsidiariedad del beneficio de excusión, creyendo que la subsidiariedad es esencial en toda fianza, simple o solidaria, por ser independiente de que el fiador tenga o no beneficio de excusión. Y así se cree por entender que la subsidiariedad de la fianza significa que ésta, en su efectividad ejecutiva, depende de que la deuda principal venza y no sea pagada por el deudor principal. Entendida así la subsidiariedad, se dirá entonces, irremediablemente, que tal rasgo es predictable de toda fianza, y de toda garantía en general.

terior, el fiador no debe ser reconvenido antes de que hecha excusión en los bienes del deudor, se vea que éstos no son suficientes para cubrir la deuda. En el segundo –sí-puede...». Y así lo hizo GARCÍA GOYENA (IV, pp. 141 y 149), conectando los artículos 1733 y 1743 Proyecto CC-1851 (semejantes a los actuales artículos 1822 y 1830 CC, respectivamente), al decir de la última norma: «Esta disposición es muy conforme á la naturaleza *subsidiaria* de la fianza, según el artículo 1733 y al espíritu de beneficencia que por lo común preside en ella».

¹⁸⁷ Igualmente, somos conscientes de que hoy la fianza solidaria intenta ser delimitada frente a la deuda solidaria, para no confundirse con ella; al respecto, entre los nuestros, véase RUBIO GARRIDO, T. (*Fianza solidaria, solidaridad de deudas y cofianza*, Granada, 2002). Entre los italianos, tal vez sea muy destacable la obra de RAVAZZONI (*La fideiussione*, 2.^a ed., Milán, 1973, pp. 2-84), también aquí ya mencionada anteriormente. Sin embargo, no es ésta la opinión común, sobre todo, dentro de nuestra jurisprudencia, que se sigue manteniendo en un excesivo paralelismo entre fianza y deuda solidarias, entre las normas de la fianza solidaria y las de las deudas solidarias (arts. 1140 ss. CC).

¹⁸⁸ Lo dice apoyándose, sobre todo, en FRAGALI y en CAMPOGRANDE, V, en la voz: *Fideiussione*, en DI, XI, pp. 159 ss. Le siguen en nuestra doctrina, entre otros muchos, ALVENTOSA DEL RÍO (pp. 88 y 146); CARRASCO PERERA (p. 129); INFANTE (pp. 182-186). Así también BELUCHE (pp. 9, 10, 14 ss.), aplicando idénticas ideas para el hipotecante no deudor, lo cual, como veremos, se explica por entender de aquella forma tan genérica la subsidiariedad.

No nos parece, sin embargo, que sea aceptable esta explicación:

Por un lado, dicha doctrina confunde, sin más, la subsidiariedad con el rasgo condicional, en cuanto dependiente de un hecho eventual o futuro, que, como consecuencia de su accesoriedad, presenta toda garantía, personal o real, incluida la garantía genérica del 1911 CC, en su fase ejecutiva patrimonial: el vencimiento e incumplimiento de la deuda¹⁸⁹. Pero la subsidiariedad no es eso, ni lo ha sido nunca. En general, según la RAE, lo subsidiario es algo «que se da o se manda en socorro o subsidio de uno» («in ultimum subsidium», decía la Novela de Justiniano), y cuando, en concreto, la voz «subsidiario» viene referida al mundo del Derecho, se dice: «Aplicase a la acción o responsabilidad que suple o robustece a otra principal». ¿No está ahí la vieja idea de accesoriedad entendida como algo supletorio? Es muy común en el mundo jurídico, más allá de la fianza, que la subsidiariedad se identifique con lo accesorio en el sentido de supletorio, y que, al contrario, la solidaridad, lata o impropiamente empleada, se identifique con algo que es principal en el sentido de simultáneo o conjunto (vgr., los arts. 1302, 1319.II, 1365, 1369 CC,...). Por eso, el fiador con excusión es, en cuanto a su posible ejecución patrimonial, un deudor subsidiario, aunque sin ser por ello un expromisor, pues su deuda es accesoria¹⁹⁰.

Por otra parte, aquella doctrina funda la subsidiariedad de toda fianza en que el deudor principal haya incumplido su deuda. Tampoco esto es así, al menos hoy. Dado que la fianza no sólo es responsabilidad, sino también, y previamente, deuda, la *conditio juris* para su posible puesta en marcha no es el vencimiento e impago de la deuda por el deudor principal, sino sólo el vencimiento, la exigibilidad de la deuda, pudiendo entonces el acreedor reclamar su pago voluntario indistinta o incluso conjuntamente tanto al deudor como al fiador, sea éste o no solidario, tenga o no beneficio de

¹⁸⁹ Ya antes que Guilarte y sus actuales seguidores, aun sin llegar a lo que éstos defienden, autores como ESCRICHE (p. 366); MANRESA (XII, pp. 151, 152, 169 ss.); VALVERDE (p. 109); o DE ROVIRA (EJE, pp. 235 y 238), explicaban la subsidiariedad de la fianza como condicionalidad a un hecho futuro e incierto: el vencimiento e incumplimiento del crédito principal, como así lo demuestran, vgr., los artículos 1825 y 1841 CC. Y, como dicen Bo (pp. 62 ss.); DEIANA (pp. 213 ss.); y FRAGALI (p. 363), subsidiariedad y condicionalidad son cosas diversas, porque el fiador no se obliga si el deudor no paga, sino que se obliga en lugar –*invece*– del deudor. Para mayor detalle al respecto, puede verse, entre otras obras, nuestra monografía *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca, cit.*, pp. 567 ss., con autores y razones allí citados, en aquella ocasión con nuestro propósito de negar la naturaleza de derecho real de la hipoteca por el *jus distracti*hendi.

¹⁹⁰ Así lo advertía hace tiempo POTHIER (II, pp. 193 y 194).

excusión. Lo prueba claramente el artículo 1834 CC¹⁹¹, por sí sólo y en su confrontación con otros preceptos (arts. 1843.1.^º y 4.^º CC, 1435 LEC-1881, u hoy los artículos 538.2.2.^º y 573.1.3.^º LEC). Sirva esto para, a modo de *excursus*, deslindar lo que confunden muchos, sobre todo hoy (como le sucede a tal corriente doctrinal que objetamos): el orden y la excusión. Lo del «orden» hace referencia a la reclamación de la deuda ya vencida, para su pago voluntario o para el coactivo natural, mientras que lo de la «excusión» (de «excusar» y «escutir»)¹⁹² hace ya referencia, una vez impagada la deuda, al pago coactivo o forzoso en dinero, a la ejecución patrimonial de los responsables, deudor y fiador¹⁹³. Necesaria es tal aclaración, porque si bien antaño el fiador pudo gozar de ambos beneficios (según Novela justiniane, las Partidas,...), hoy sólo tiene, en su caso, el de excusión (cfr., de nuevo, las normas citadas arriba en este mismo párrafo, y añádase el art. 1830 CC, la primera norma sobre excusión, que claramente habla de la «excusión de todos los bienes del deudor»¹⁹⁴, y que da pleno sentido a los casos de exclusión del art. 1831.3.^º y 4.^º CC)¹⁹⁵. Y, no por casualidad, a la inversa sucede hoy con la hipoteca, cuando interviene el hipotecante no deudor o un tercer poseedor, precisamente porque tales sujetos, a diferencia del deudor y del fiador, no asumen obligación, ni responsabilidad ninguna. Dejando para luego el de excusión,

¹⁹¹ Justificándolo (su correlativo artículo 1747 Proyecto CC-1851), decía GARCÍA GOYENA (IV, p. 153), que «haya para los dos –deudor y fiador–, y para el acreedor, economía de tiempo y de dinero en favorecer por un solo juicio lo que de otro modo exigiría dos».

¹⁹² También en Italia se habla de la «*escussione*»; en Francia se emplea la expresión «*discussion*», y el traductor de la obra de los hermanos MAZEAUD explica, en nota (p. 53), que dicha palabra viene de *discutere* (sacudir) –o sea, del latín *excutio*, añadimos nosotros–, en tanto que la palabra «excusión» viene de *excusso* (excusarse, dice, de pagar primero). Para CABRILLAC y MOULY (pp. 162 y 171), *discuter* viene de *saisir* (coger,...) los bienes del deudor.

¹⁹³ Hace tiempo así lo explicaban SALA, J. (*Ilustración del Derecho Real de España*, Madrid, 1820, p. 368); GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (pp. 373 y 374); GARCÍA GOYENA (sólo, en sus *Concordancias*, p. 149; y acompañado de AGUIRRE, en *Febrero*, IV, p. 74); GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (p. 57); o FALCÓN (p. 366). Son también muchos en la doctrina hoy los que aclaran que la excusión supone subsidiariedad del fiador, no en el orden o rango de pago, sino en el de la ejecución patrimonial, en el poder de agresión patrimonial del acreedor impagado. Así, FRAGALI (p. 367); PUIG PEÑA (p. 576), que habla de «grado de responsabilidad»; siguiéndole DE ROVIRA (NEJ, 701); CASTÁN (pp. 783 y 784); y, más recientemente, PÉREZ ÁLVAREZ (p. 83 ss.); REYES LÓPEZ (*Fianza y nuevas modalidades de garantía*, Valencia, 1996, pp. 147 y 148).

¹⁹⁴ Y así antes ya, el artículo 1814 Proyecto CC-1836, el artículo 1743 Proyecto CC-1851 (conforme, entre otros, al artículo 2021 CC francés) y el artículo 10 Anteproyecto CC-1888 (conforme al artículo 1743 del Proyecto de CC belga de Laurent).

¹⁹⁵ Este es el sentido en que ESCRICHE (pp. 693 y 694) conectaba la subsidiariedad y la condicionalidad en la fianza. Prácticamente reproduciéndole, la STS de 20 de abril de 1886 consideraba que «siendo la fianza un contrato subsidiario y condicional, puesto que el fiador no se obliga sino en defecto del deudor, á quien sirve de garantía el derecho del acreedor para demandar en juicio al primero, no nace ni puede realizarse legalmente hasta después de procederse á la ejecución formal de los bienes del principal obligado y de ser declarado total ó parcialmente de su insolvencia».

tales sujetos sí gozan del beneficio de orden, desde la LH-1861 (véase el siguiente epígrafe VI.2) y, sobre todo, desde la LH-1909 en que se instauraron para toda España el procedimiento judicial sumario y el notarial, siendo lógico que en los demás procedimientos ejecutivos no se hiciera mención de tal beneficio por cuanto que esos otros procedimientos o bien se originaban por acción personal (contra el deudor)¹⁹⁶ o bien por acción real cuando el deudor fuese a la vez hipotecante y poseedor del bien hipotecado en el momento ejecutivo. Si bien hoy tal orden no se deduce claramente de los recientes artículos 683.1, 685.1, 686 LEC, sí se sigue observando en los arts. 126.I *in fine* LH y 236.c).1 y d).1 RH (no reformados en este punto por la nueva LEC), preceptos éstos que, aunque literalmente referidos al tercer poseedor, por su propia lógica, la de atender a la diversa personalidad del deudor y del titular del bien hipotecado, son igualmente aplicables al tercero hipotecante. Más aún, frente a lo que en su día pudo suponer el orden para el fiador, en el caso del tercer poseedor y en el del hipotecante no deudor tal orden no es beneficio, ni favor ninguno; es lógicamente ineludible, no porque la hipoteca sea también accesoria o subsidiaria, sino por su propia *natura iuris* y condicionalidad. Lo decíamos para negar la tesis obligacionista de la hipoteca (en *Derecho o carga real, cit.*, pp. 385-388):

Si bien el acreedor hipotecario, al interponer la acción hipotecaria, ha de requerir de pago primero al deudor y después al titular del bien hipotecado, esto no significa que este último sujeto esté obligado al pago; el hecho de que la acción, que no la pretensión de pago, se dirija contra él responde a razones de legitimación procesal, porque siendo el elemento objetivo del acreedor la ejecución dineraria del inmueble hipotecado, y no pudiendo dirigirse directamente, desde una perspectiva adjetiva, contra la cosa hipotecada, es necesario que notifique a su dueño tal intención para su conocimiento y por si desea intervenir y pagar a fin de evitar la ejecución de su bien que se ha puesto en marcha. Si primero ha de requerirse al deudor y luego, en su caso, al propietario es para dar constancia de que la deuda ha vencido y no ha sido pagada por su deudor, siendo posible entonces la ejecución del bien hipotecado. El titular del bien hipotecado es un tercero respecto a la obligación, es una persona ajena y extraña a la deuda garantida, aunque por ser sujeto pasivo de la relación jurídico-real hipotecaria (la que origina de suyo la carga real hipotecaria), debe ser igualmente parte pasiva en el procedimiento ejecutivo hipotecario.

¹⁹⁶ Cfr., al respecto, el artículo 573.1.3.^o LEC, que, como hacía antes el artículo 1435 LEC-1881, sólo menciona al deudor y al fiador, por tratarse del juicio ejecutivo ordinario.

Al margen ya de este *excursus* y con todo lo dicho, aclarada, creemos, queda, al menos en lo terminológico, la idea de subsidiariedad y su conexión con la excusión. Pero no todo queda aún resuelto. Si la excusión se fundamenta en la subsidiariedad, o mejor dicho, si la excusión explica que la fianza en general, salvo en los casos del artículo 1831 CC, sea una garantía subsidiaria, supletoria o secundaria en el orden de ejecución patrimonial, ¿cuál es la razón de tal subsidiariedad? Por supuesto, no es cuestión de responder diciendo que la fianza es subsidiaria por la excusión, o que la excusión existe por la subsidiariedad. Tal círculo vicioso no conduce a nada. La cuestión es justificar ambas cosas: ¿por qué se concede al fiador la excusión haciendo que la fianza sea subsidiaria? Aunque de ello no haya dado fundada razón la romanística acerca de la Novela de Justiniano, sí la dan los padres de los Códigos extranjeros que en esta sede inspiraron al nuestro (en sus arts. 1830 ss CC)¹⁹⁷; lo dejaron rectamente claro Pothier (II, pp. 224 y 225) –siguiéndole, el Tribuno Chabot (en Fenet, pp. 69 y 70), en el debate parlamentario del *Code*– y Laurent (T. 28, p. 214), entre otros¹⁹⁸, y lo dice claramente hoy la ley (cfr., nuestro art. 1834): la excusión es un beneficio, un favor, un privilegio, que aun estando dispuesto –que no impuesto– por la ley y siendo ejercitable a instancia del fiador (*no ope legis, ni ex officio judicis*), es manifestación del más general *favor fideiussoris*, fundado, pues, en razones de equidad, por cuanto que el fiador debe y responde ilimi-

¹⁹⁷ Nos referimos al *Code*, tan influyente también en esta sede en nuestro Proyecto CC-1851, y al Proyecto de CC belga de Laurent (en sus artículos 1743 a 1747), que en esta materia tanto inspiró a nuestro Anteproyecto CC-1888 (en sus artículos 10 a 14).

¹⁹⁸ También, con más o menos matices y detalles, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 544), quien fundamenta la excusión en razones de equidad (así también BORSARI, pp. 322 y 323; y, en parte, GUILARTE ZAPATERO, pp. 127 ss.), lo cual es criticado por DISTASO, N. (*Beneficio di excussione*, en ED, V, p. 107), porque también la posible exclusión de la excusión se funda en la equidad, ahora *pro creditore*; CABRILLAC y MOULY (pp. 162 y 171); así también ya antes TROPLONG (T. 17, pp. 208, 215-217, y 234); y DE PAGE (T. 6, p. 798), aunque éste con un tono muy crítico, pues ya no ve justificación para tal privilegio a favor del fiador, como en cambio sí pudo haberla en el Derecho romano, de modo que para él el fiador, de garante ha sido convertido en un asegurador de la solvencia del deudor; de deudor subsidiario en deudor condicional (por el impago y la insolvencia del deudor). Entre nosotros, el único que acoge, con toda razón, aquella explicación es RUBIO GARRIDO (p. 141, nota 333, y pp. 190 ss.), para quien el beneficio de excusión se funda en el tradicional *favor fideiussoris* justinianeo-medieval, aunque ahora el beneficio sea elemento natural. Y GUILARTE (cit.), añade a la razón de equidad, y a la de subsidiariedad, la naturaleza personal de la fianza. Además, hay quienes, amén de todas estas razones que acogemos, añaden como fundamento de la excusión del fiador el hecho de que la fianza sea puro acto generoso y de beneficencia (así, el Tribuno CHABOT, en Fenet, pp. 52 y 53; y, siguiéndole, GARCÍA GOYENA, IV, p. 149, y LAURENT, T., 28, pp. 214 y 215, añadiendo éste que la fianza es un acto gratuito). No parece aceptable esta última justificación, pues, como advierte CARPI (p. 161), ¿acaso el fiador a título oneroso carece de excusión? Tal vez fuera lo justo, como así lo cree Laurent (p. 215), pero tal caso no está comprendido en el artículo 1831 CC, ni en el correlativo de ningún otro CC extranjero (ni siquiera en el artículo 1744 del Proyecto CC belga hecho por el propio Laurent).

tadamente por una deuda propia en garantía de otra ajena¹⁹⁹. Y es tal beneficio o excepción, siguen diciendo Pothier y Laurent, porque por Derecho estricto el acreedor debería tener total libertad para, una vez vencida e impagada la deuda, dirigirse ejecutivamente contra el patrimonio del deudor o contra el del fiador. Mas, consabido el «*fía y pagarás*», la excusión es pura gracia, una merced graciosamente concedida al fiador por la ley que viene en su socorro por ser dicho sujeto garante personal de una deuda ajena. Remota y latamente, pues, se podrá decir que la excusión se funda en la accesoriiedad de la fianza, pero inmediata y estrictamente se explica porque lo accesorio es una deuda, una garantía personal. De ahí, como se dijo antes, que el fiador hoy no goce del beneficio de orden, sólo del de excusión, y que lo contrario, por no ser deudores, ni responsables, acontezca con el hipotecante no deudor (y con el tercer poseedor de bien hipotecado), explicando todo ello que la excusión no sea rasgo esencial ni connatural a la fianza, como lo demuestra, no ya sólo que haya sido aceptada o negada a lo largo de la historia del Derecho, sino que aún admitida hoy, sea, no obstante, excluible (arts. 1831 y 1856 CC).

A la vista del fundamento de la excusión del fiador, parece, pues, irrefutable que las normas que la regulan, excepcionales y fundadas en la equidad del *favor fideiussoris*, resulten inaplicables por analogía al hipotecante no deudor (cfr., los arts. 3.2 *in fine* y 4.2 CC)²⁰⁰. Súmese a ello un dato económico, que como se ha visto en otros lugares *supra* (vgr., epígrafe III.1), tiene vital importancia en esta materia. Porque curioso, cuando menos, por no decir antieconómico, resultaría aplicar la excusión al hipotecante no deudor, cuando al contrario es práctica muy habitual, ya desde mucho antes de la codificación²⁰¹, la de que en el mismo

¹⁹⁹ No obstante, CASTÁN (pp. 783 y 784); y PÉREZ ÁLVAREZ (pp. 83 ss.), a pesar de que la propia ley hable de beneficio, niegan que la excusión sea un privilegio, pues, por un lado, el acreedor puede dirigirse desde un principio o sólo contra el fiador o conjuntamente contra él y el deudor (art. 1834 CC), y, por otro, porque el fiador debe hacer valer la excusión («*debe oponerlo*», dice el art. 1832 CC). Lo primero que dicen sólo demuestra lo ya advertido arriba, que la excusión, a diferencia del orden, no se refiere a la reclamación del pago, sino a la ejecución patrimonial una vez incumplida la deuda (como así incluso estos mismos autores advierten). Y en cuanto a lo segundo, sólo demuestra que el beneficio de excusión es un privilegio dispositivo (cfr., 1831.1º CC).

²⁰⁰ Así, claramente lo razonan en Alemania ENNECCERUS (III, p. 831, nota 10); y, en Italia, MOSCHELLA (pp. 199 y 200). Erróneamente, nos parece, para CARPI (p. 161), si la excusión obedece a razones de equidad, entonces habría también de aplicarse al hipotecante no deudor.

²⁰¹ Así lo advierten, en España, SALA (p. 369); y GARCÍA GOYENA (pp. 150 y 151), quien tras comentar los casos de no excusión del artículo 1744 Proyecto CC-1851 (nuestro art. 1831 CC), termina diciendo: «pero todas las excepciones de este artículo vienen á ser inútiles, porque en toda escritura de fianza se renuncia al beneficio de excusión, así como al de división»; y, en Francia, TROPLONG (T. 17, pp. 213, 220 y 221), apoyándose en documentos de DOUMOLIN.

contrato de fianza, como cláusula de estilo, el fiador renuncie, hoy *ex* artículo 1831.1.^o CC, a tal beneficio (y al de división *ex* art. 1837.II CC), presumiéndose incluso tácitamente tal exclusión en las fianzas mercantiles (al modo de la Novela 136, sobre los banqueros), al ser estimadas como solidarias, según la común opinión de nuestra doctrina y jurisprudencia²⁰².

2. EL INTENTO DE CONCEDER, POR ANALOGÍA O POR ACUERDO, LA EXCUSIÓN AL HIPOTECANTE NO DEUDOR CON FUNDAMENTO EN UNA ANACRÓNICA RESURRECCIÓN DE LA HISTÓRICA EXCUSIÓN DEL TERCER POSEEDOR Y EN UNA ERRÓNEA ALABANZA DEL *CODE* Y DEL PROYECTO CC-1851: SU INCOMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y ESPECIALIDAD DE TODA HIPOTECA

La actual inaplicación analógica de la excusión en sede hipotecaria –concluida en el epígrafe anterior– no niega que en el pasado, e incluso hoy en algunos Códigos, tal beneficio haya sido concedido. Así sucedió en el propio Derecho Romano, en la ya mencionada Novela 4 de Justiniano: tras conceder antes en el cap. 1 la excusión al fiador, en su cap. 2 la concede también, y con prioridad frente a la del fiador, en favor del hoy llamado tercer poseedor (el llamado *beneficium excussionis personalis*)²⁰³. Así lo harían luego,

²⁰² *Vid.*, por todos, GUILARTE ZAPATERO (pp. 12 ss.), con cita de doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia que (a salvo las contrarias SSTS de 10 de noviembre de 1972 y 7 de abril de 1975), presumen dicha solidaridad en toda fianza mercantil por interpretación sociológica para así hacer más fuerte y firme dicha fianza. Tal es la práctica, patria y extranjera, que hoy el artículo 1944 CC italiano-1942 parte, como regla, de la solidaridad del fiador y, por tanto, de su carencia de excusión (y de división).

²⁰³ Decía la Novela 4, ahora en su Cap. 2: «*Sed neque ad res debitorum, quae ab aliis detinentur, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores, et fideiussores, et sponsores, sicque ad res veniens principalis debitoris, sive ab alio detineantur, et detinentes eas conveniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversus res fideiussorum, et mandatorum, et sponsorum; idem est dicere, vel si quosdam habuerint homines ipsis sibimet obligatos, et qui hypothecariis actionibus sibi teneri possint. Contra principales tamen et existentes apud eos res (sive personalibus, sive hypothecariis mox, sive ambabus uti voluerit) omnem ei damus licentiam, quae dudum a nobis dicta est, et viam et ordinem in aliis personis casibusque sancitam. Et non solum hoc in creditoribus dicitur, sed etiam si quis emerit aliquid ab aliquo, deinde acceperit eum, quem vocant confirmatorem, et moveatur in aliquo venditionis conventio contra venditorem facta, non adversus confirmatorem mox emtor accedat, neque tenentem aliquid rerum venditoris, esd adversus venditorem prius, et sic adversus confirmatorem, et tertio loco contra detentorem. Eadem etiam hic existente divisione super praesentibus et absentibus, quam dudum in fideiussoribus et mandatoribus et sponsoribus ac creditoribus causa debitorum sancivimus; similiter obtinente etiam in aliis contractibus, in quibus fideiussores aliqui, aut mandatores, aut sponsores accipiuntur, et in ipsis principalibus ex utroque, et in heredibus eorum et successoribus. Antiqua siquidem lex haec valeat rursus, et cum huiusmodi iustitia atque divisione nostros subiectos foveat».*

en nuestro Derecho, con tal prioridad frente a la excusión del fiador, las Partidas (que la imponía al acreedor *ex Ley 14, Tít. 13, P. 5.^a*)²⁰⁴ y algunas normas forales²⁰⁵; y así también algunos de nuestros Proyectos de CC, como los de 1836 y 1851; no ya el de 1882. Incluso hoy en algunos Códigos, como el francés (arts. 2170 y 2171), se mantendrá dicho beneficio de excusión para tal sujeto, llegando otros, como el vigente italiano (art. 2868), a reconocer la posibilidad convencional de conceder tal favor al hipotecante no deudor, al modo en que lo hacía, aunque imponiéndolo, nuestro Proyecto de CC-1851.

En cambio, en nuestro Derecho vigente no hay rastro ninguno de tal beneficio de excusión, ni a favor del tercer poseedor, a pesar de su casi constante concesión histórica, ni al del hipotecante no deudor, al que la historia nunca le otorgó aquel favor. Y así es hoy, al menos en la letra y espíritu de la ley, desde la LH-1861, donde aquella supresión de la excusión, por entonces aún mantenida en las Partidas, fue claramente advertida y sólo en parte acertadamente razonada en la Exposición de Motivos de aquella LH primigenia²⁰⁶:

«La hipoteca, además de ser un derecho real, es la garantía de una obligación, y por lo tanto un contrato accesorio y subsidiario

²⁰⁴ Que decía: «Empeñando algun ome la carta de donadio, o de compra de alguna de su heredad, o casa, entiendese que se empeñala heredad, o la casa, sobre que fue fecha la carta; tambien como si fuese apoderado de la possession della, aquell a quien la empeño. Otros dezimos, que pues que la cosa es empeñada, que aquell que la recibe a peños, puede demandar a aquell que gela empeño, o a sus herederos, que le entreguen della. E si por auentura, aquell que ouiesse empeñado la cosa a vno, en ante que ouiesse entregado la possession della a quien la empeño, la diese, o la vendiesse, o la empeñasse, o la enagenasse á otro, entregandole della; este a quien fue empeñada primeramente, deue demandar al que gela auia empeñado, todo aquello que le auia dado sobre ella. E si lo pudiere del cobrar, deue dexar estar en paz el otro que la tiene. E si lo auer non pudiere, nin cobrar, de aquell gela empeño, entonce puede demandar la cosa quel fue empeñada, a aquell que fallare que es tenedor della, e non ante. Fueras ende, si aquell que auia empeñado la cosa, la vendio, o la enageno, despues quel mouio el pleito sobre ella, aquell a quien era empeñada. Ca entonce, en su escogencia seria, de le demandar luego primeramente tal debda, a aquell que gela auia empeñada, o la cosa, al que fallasse en la possession della, a qual dellos mas quisiere».

²⁰⁵ Nos referimos a la Orden de Alfonso IV dada en las Cortes de Barcelona, en 1432, cuyo texto es tan extenso, que esperamos se nos excuse de reproducirlo; y a la Ley 3, Rúbrica 28 de los Fueros de Valencia (citada, sin reproducir, por GÓMEZ DE LA SERNA, en sus *Comentarios a la LH*, I, p. 75).

²⁰⁶ En ella, al principio la Comisión pareció mostrarse titubeante sobre tal cuestión, acaso como si por la idea de inherencia real pudiera por lógica mantenerse implícitamente el beneficio de excusión a favor del tercer poseedor: «Al tratar especialmente de las hipotecas –dice la EM LH-1861–, ha creido la comision que debia ante todo escribir una vez mas en las leyes, que la hipoteca es un verdadero derecho real adherido al cumplimiento de las obligaciones á que sirve de garantía y que sigue siempre á la cosa hipotecada, cualesquiera que sean las manos á que pase, y á pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave. –Hasta aquí todo claro, pero a continuación añade– Con la consignación de este principio, implícitamente se aprueba la opinión de los que sostienen que en el caso

*—sic— de otro principal. De esto parece deducirse que cuando la cosa hipotecada no esté ya en manos del hipotecante, sino en las de un tercer poseedor, tenga que acudirse al deudor principal para que pague, antes de molestar al que por un título legítimo de adquisición, es el dueño de la finca hipotecada. Pero si esta regla no tuviera un límite breve y perentorio, no se conseguiría todo el efecto que se propuso el prestamista al buscar su seguridad más en la garantía, que en la persona á quien prestaba. Por eso el proyecto señala el término de los diez días siguientes al vencimiento del plazo, para que, requerido el deudor principal, satisfaga la deuda, sin que en este tiempo pueda ser molestado el tercer adquirente; mas, pasados estos días, ya está el acreedor en la plenitud de su derecho, dirigiéndose contra el tercer poseedor, no solo por el capital, sino por los intereses á que es estensiva la hipoteca en perjuicio de tercero; y si el poseedor no le paga en el término de otros diez días contados desde el requerimiento, ó no desampara los bienes hipotecados, entonces ya puede entablar directamente la acción ejecutiva contra los mismos bienes. —Hasta quí, como advertimos arriba en el epígrafe VI.1, se reconoce el «beneficio» de orden, pero a continuación se rechaza indubitablemente el de excusión²⁰⁷— *De aquí se infiere que la comision no ha admitido los beneficios de orden y escusion en las deudas garantidas con hipoteca, porque, cualesquiera que sean su importancia y su justicia respecto á los fiadores, cuestion ajena del todo a este proyecto, no puede satisfacer al que, por medio de la constitución de un derecho real, mira la cosa hipotecada como principal garantía de su crédito. Envolverlo en procedimientos que dén por resultado la insolvencia del deudor, obligarlo a que se hagan antes escusion y pago con los bienes no hipotecados que en los que han sido especial objeto de la hipoteca, no se aviene bien con la índole del crédito real y destruye su principal ventaja, que es la seguridad de un próximo reintegro al vencimiento de la obligación.»**

de que la cosa hipotecada haya pasado á un tercer poseedor, puede este, cuando sea demandado, exigir y obtener que el demandante persiga por acción personal al que con él se obligó, y que sólo cuando hecha excusión de sus bienes, resulte insolvenia, tenga derecho á reclamar por la acción real hipotecaria contra el poseedor de la cosa hipotecada. Así se ha dado nueva sanción al Derecho antiguo que siempre ha proclamado estos principios, si bien no siempre han sido llevados a sus indeclinables consecuencias». ¿Se manterá entonces aquel beneficio? A la simple vista del párrafo transcritto, SÁNCHEZ ROMÁN (III, p. 798), cree que sí. Pero no es así, por lo que a continuación se añade, y transcribimos en texto.

²⁰⁷ Por eso parece equivocarse GARCÍA GARCÍA, JM. (*El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid, 1994, pp. 19 y 20), cuando dice que el beneficio de excusión del tercer poseedor fue derogado con la LH-1909, con la implantación del procedimiento judicial sumario, pero que fue mantenido en la LH-1861, «pues el acreedor no podía reclamar del tercer poseedor el pago de su crédito, sino cuando el deudor no lo verificase a los 10 días siguientes al vencimiento». Sin más, creemos, confunde orden y excusión. Como dicen GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (pp. 415 y 416); y PUIG PEÑA (p. 52), ya con la LH-1861 desapareció la excusión pues al tercer poseedor le bastaba con que el acreedor, antes de intimarle o requerirle de pago, hiciese lo propio antes contra el deudor. Sólo, pues, se exigía un previo requerimiento de pago al deudor.

Y, por último, la EM LH-1861, en un último párrafo separado, aun cometiendo ciertos errores que luego denunciaremos, y aun manifestando ciertas dudas que luego intentaremos despejar, termina diciendo:

«No desconoce la comision que entre nosotros, á imitación del Derecho romano, y equiparando la hipoteca á la fianza, por la analogía que hay entre ellas de ser igualmente obligaciones accesorias, se ha concedido el beneficio de escusión al tercer poseedor de los bienes hipotecados; pero prescindiendo de la vaguedad de la jurisprudencia acerca de este punto, de la facultad de señalar cuál es la estendida mas generalmente por falta de datos que puedan servir de reguladores, y por la incertidumbre que reina por regla general en todo nuestro sistema hipotecario, la comision debia mirar por los intereses que principalmente debe proteger la reforma que se le ha encomendado. En lo que propone ha seguido el ejemplo de varios códigos, y con especialidad de los que adoptan el sistema hipotecario que ha prevalecido en Alemania, y lo que propusieron los redactores del Código civil.»

A la vista de todo lo expuesto en la LH-1861, la práctica unanimidad de nuestra doctrina, incluida la partidaria del «fiador real», concluye que tanto el tercer poseedor, como el hipotecante no deudor carecen hoy del beneficio de excusión. No obstante tal unanimidad, es necesaria mayor profundización, siendo insuficiente quedarse con la EM LH-1861 reproducida, pues a pesar de ser autorizadísimo comentario de la LH, no es estricta interpretación auténtica de la misma²⁰⁸; máxime cuando en ella, como se verá enseguida, hay titubeos y errores de fondo inadmisibles que de no aclarar y corregir permiten admirar algunas normas actuales del extranjero que sí conceden el beneficio de excusión (los arts. 2170 y 2171 *Code*, al tercer poseedor; y el 2868 *Codice*-1942, al hipotecante no deudor), para así proponer, como lo hacen los adeptos del «fiador real», su concesión, por analogía o, sobre todo, por vía convencional²⁰⁹.

²⁰⁸ Lo decía el propio redactor de la EM LH-1861, don Pedro GÓMEZ DE LA SERNA (pp. 166, 181 y 182), ante el elogio que a la misma hizo el Ministro de Gracia y Justicia de aquél entonces, D. Santiago Fernández Negrete, que la calificó como «el mejor preámbulo y mas autorizado comentario de la ley».

²⁰⁹ Defienden la aplicación analógica, en Francia, refiriéndose al artículo 2170 de su CC por ser también el tercero hipotecante, como el tercer poseedor, un no deudor, PLANIOL (pp. 342 y 343), aunque reconoce su dificultad, ex artículo 2171, pues la hipoteca por deuda ajena es siempre especial; y DAGOT (p. 460), añadiendo la lógica de que antes de ejecutar la hipoteca de un no deudor hay que ejecutar los bienes hipotecados en manos del propio deudor. Entre los nuestros, aun siendo conocedor de la EM LH-1861 reproducida antes, MORENO QUESADA, L. (pp. 175-179), es prácticamente el único defensor de la aplicación analógica del artículo 1830 CC al hipotecante no deudor, porque, sin ser ello contrario a la naturaleza real de la hipoteca –dice él– porque no suprime la acción real, sino que pospone su ejercicio, se muestra tal aplicación conforme al pro-

Ante todo, para admitir o negar tal posibilidad, la cuestión clave es: ¿Por qué desde el Derecho romano justinianeo y a lo largo de buena parte de la historia, incluida a veces la actual de algunos Códigos, se ha venido reconociendo el beneficio de excusión a favor del tercer poseedor, para luego negárselo? Dentro de los poquísimos autores que a esta pregunta responden, la mayoría lo hace fundándose en la analogía existente entre la fianza y la hipoteca, por ser ambas garantías accesorias²¹⁰. Según acabamos de ver, lo decía de pasada la Exposición de Motivos de la LH-1861. Será este un argumento empleado hoy para defender, ante nuestro «vacío legal», ora, según unos, los menos, la aplicación analógica de los artículos 1830 ss. CC al hipotecante no deudor, ora, cuando menos, según otros, los más, la posibilidad de conceder tal beneficio mediante pacto, al modo en que lo prevé el artículo 2868 CC italiano vigente. Nada de esto es admisible. Bien es cierto que la hipoteca es accesoria, y que también puede estimarse como subsidiaria, mas en el sentido etimológico más elemental, es decir, en cuanto sirve de subsidio, de ayuda o socorro, en este caso para que la deuda sea satisfecha. Y, desde luego, tampoco vale aquí traer el sentido etimológico de hipoteca (que, procedente del griego, significa sujeción o colocación de una cosa debajo de otra para sostenerla), pues ello alude más a la idea de sujeción real o, si se apura, a la de accesoriedad, mas no a la de subsidiariedad. Y ya quedó demostrado arriba –en el epígrafe V.1– que la estricta accesoriedad no fundamenta la excusión como su consecuencia lógica, necesaria

pio fundamento de la excusión (que para él, aunando todas las posibles razones, reside en razones de equidad, de accesoriedad y de subsidiariedad). En cambio, mayoritaria es la posición doctrinal que, aceptando la imposibilidad de la aplicación analógica, defiende la excusión del hipotecante no deudor por vía convencional; al margen, por ahora, de los argumentos empleados en su defensa, esta posición es hoy defendida sobre todo en Italia, *ex artículo 2868 Codice*-actual, que lo permite expresamente. Ya antes, vigente el CC italiano-1865, defendía la excusión accordada a favor del tercero hipotecante, CHIRONI (I, pp. 3, 64 ss., y II, p. 527). También se defiende la excusión pactada del tercero hipotecante, en Bélgica (DE PAGE, T. 7, p. 656); en Francia (SIMLER, núm. 469, apoyándose en la STCasación francesa de 6 de marzo de 1979); y también en la doctrina española (MORENO QUESADA, p. 170 ss.; ALBALADEJO, III-2.º, p. 234; AZPITARTE, pp. 100 y 101; BELUCHE, pp. 10, 14-16; y CARPI, pp. 164 y 165).

²¹⁰ Así, en Francia, PLANIOL (p. 342); en parte, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 27-III, pp. 385 y 386); DAGOT (p. 460). Entre nosotros, para LUZURIAGA (en G.ª GOYENA, IV, p. 208), comentando el artículo 1812 Proyecto CC-1851 (sobre el beneficio de excusión a favor del hipotecante no deudor, que luego, en su momento, trataremos con detenimiento), el beneficio de excusión del tercer poseedor a lo largo de la historia «fundóse en la analogía que existe entre la fianza y la hipoteca; obligaciones ambas accesorias de la principal»; por su parte, DÍAZ MORENO (p. 515), fundamenta la excusión del tercer poseedor en tiempos de las Partidas por concebirse la hipoteca más como contrato accesorio, que como derecho real. Por eso dirá que se deroga tal beneficio tras la LH-1861 porque a partir de entonces la hipoteca será estimada más como derecho real que como contrato accesorio. Es la misma explicación que la de BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. [La hipoteca (*Génesis de su estructura y función*), Madrid, 1980, p. 330].

o ineludible. De serlo, ¿por qué hoy nuestro Derecho no concede también expresamente la excusión en materia de hipoteca?; ¿o es que acaso también aquí hay otra supuesta quiebra de la accesorie-dad, ahora en la hipoteca? Cuando en tiempos pasados se concedió al tercer poseedor el beneficio de excusión, la hipoteca se convirtió en subsidiaria, pero no como consecuencia necesaria e indeclinable de su accesoriedad, sino por su naturaleza real, o reipersecutoria²¹¹; a saber:

Sin necesidad de entrar aquí pormenorizadamente en el origen y devenir histórico del *jus distrahendi*, de la acción hipotecaria (la *serviana*,...) y de la inherencia real o reipersecutoriedad de la hipoteca; y también sin necesidad de entrar en la espinosa cuestión de si todas las hipotecas generales que existieron desde el Derecho romano hasta prácticamente la codificación eran o no reipersecutorias²¹², la cuestión que aquí y ahora interesa abordar es otra y, además, bien sencilla. Ya se tratara, por su origen, de hipotecas voluntarias, judiciales (pretorias, en Derecho Romano) o legales (numerosísimas en Derecho justiniano), ya se tratara, por su objeto, de hipotecas especiales o generales, todas ellas en tiempos de Roma eran tácitas, clandestinas u ocultas. De todos es sabido que uno de los motivos, el principal tal vez, de la escasa práctica de la hipoteca en el Derecho Romano fue su clandestinidad, y también su posible generalidad, sobre todo por la falta de un Registro Público como hoy conocemos o de cualquier otro sistema para dar a conocer las hipotecas²¹³. ¿Cómo entonces incentivar el préstamo

²¹¹ Son muchos los que explican la supresión de la excusión a favor del tercer poseedor por la diversa naturaleza jurídica existente entre la hipoteca y la fianza (así, BALLARIN, p. 330; CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999, pp. 77 y 79; CARPI, pp. 161-164). Según AZPITARTE CAMY (p. 99), el «fundamento –de la derogación– está en razones de Orden público»; sí, pero, ¿cuáles son tales motivaciones de orden público? Parece responder RUBIO GARRIDO (p. 141, nota 333, y pp. 190 ss.), para quien se suprime tal beneficio con la LH-1861 porque en la era codificadora (del liberalismo) se va atenuando el tradicional *favor debitoris* (o *fideiussoris*) justiniano-medieval a favor del acreedor, en pro del tráfico y crédito territoriales. Parte de razón llevan todas estas explicaciones, pero no dan del todo con el meollo de la cuestión.

²¹² Para todas estas cuestiones son destacables, amén de la romanística común, los más recientes estudios de MENTXAKA, Rosa (*Notas sobre la naturaleza real o no de la prenda general en el Derecho Romano clásico*, en Libro-Homenaje a J.B. Vallet de Goytiso, vol. III, Madrid, 1988, pp. 655-663); y, siguiéndole bastante, DE CHURRUCA, J. (*Pignus, en Derecho Romano de Obligaciones*, en Homenaje a J. L. Murga Gener, Madrid, 1994, pp. 333-386, especialmente las pp. 352-355, 358, 359 y 364 ss.).

²¹³ Bien es verdad que por obra del Emperador León se introdujeron los llamados *pignus publicum* (constituido en documento ante Magistrado o Notario) y *pignus quasi publicum* (realizado en documento privado ante tres testigos de buena fama); pero tal seudo-publicidad sólo servía para dar preferencia a tales hipotecas frente a las demás (la cuasi-pública frente a las «privadas», y la pública frente a todas). En dicha Constitución 8.17.11 de León (que para unos es del año 472 d.C., y para otros del 469 d.C.) se decía, en un fragmento que aquí más interesa: «*Si autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi*

hipotecario o cómo proteger al posible acreedor ante la sorpresa de que la finca que recibía en hipoteca ya estaba hipotecada antes por otra u otras deudas?; ¿y cómo incentivar la transmisión inmobiliaria o cómo proteger al adquirente de una finca que, sin poder saberlo, ya estaba hipotecada? Muchos y variados mecanismos dispuso al respecto el Derecho Romano, y luego el Derecho intermedio, aunque sin conseguir nunca el éxito deseado para la hipoteca como instrumento de prosperidad económica. Ahí estaban, vgr., el delito de estelionato, la acción civil de evicción,... En lo que aquí importa, el mecanismo de incentivo del tráfico inmobiliario y de protección del tercer poseedor para paliar la clandestinidad de toda hipoteca fue, precisamente, la concesión del beneficio de excusión. No en vano, ni por casualidad, tal concesión fue hecha definitiva, para perdurar durante mucho tiempo después, por Justiniano (en su referida Novela 4, cap. 2), cuando ya por entonces, salvo las «hipotecas» generales, sobre todo voluntarias, carentes de reipersecutoriedad (precedente remoto del 1911 CC), todas las demás hipotecas, cualesquiera que fuese su origen y objeto, eran ocultas y reipersecutorias, descognoscibles y eficaces en su *jus vendendi*, por entonces ya esencial, frente a cualquier tercer poseedor.

Y otro tanto puede decirse del Derecho intermedio, de nuestras Partidas y de las normas forales que por influencia romana²¹⁵ concedían el beneficio de excusión al tercer poseedor, con preferencia a la excusión del fiador, cuando aún existían las viejas clases de hipotecas (según Ley 1, tít. 13, P. 5.^a: voluntarias, judiciales y legales, éstas todavía numerosísimas), siendo tales hipotecas en su mayoría generales²¹⁴ y ocultas –o «calladas», según rezan las propias Partidas y otras normas para referirse a las legales–. Así, *a.e.*,

instrumentis vindicare quis sibi contendenterit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probate atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineatur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.

²¹⁴ Tampoco aquí, como hicimos con el Derecho romano, vamos a entrar en si en tiempos de las Partidas y así hasta la LH-1861 las hipotecas generales eran o no reipersecutorias. Interesante al respecto fue el debate mantenido en el s. XIX por LUZURIAGA (en G.^a Goyena, IV, pp. 190, 195 y 196) y GOMEZ DE LA SERNA [p. 204, nota (a)], al principio sin mencionarse el uno al otro, y luego cara a cara en las discusiones sobre la LH-1861 ante el Senado (que puede verse en las LLHH de España, I-2.^º, pp. 10, 11 y 39-41). En este debate la EM LH-1861 da la razón a Gómez de la Serna, quien para negar la reipersecutoriedad de las hipotecas voluntarias generales se apoyaba, sobre todo, en el Informe de la prestigiosísima entonces Audiencia de Valladolid; mas no se olvide que la Serna fue precisamente el redactor de la EM LH-1861.

²¹⁵ A la vista, sobre todo, de las leyes 1, 6 y 13, todas del tít. 13, P. 5.^a, cuya no reproducción ha de excusársenos por cuestiones ya de espacio, todas las hipotecas legales eran tácitas («calladas»). Las judiciales requerían sólo de entrega, y las convencionales sólo requerían de acuerdo o de señalamiento, con o sin escritura. También según los Fueros de Valencia (donde, recuérdese, también se concedía el beneficio de excusión al tercer poseedor), regía, cómo no, un sistema de clandestinidad en materia de hipotecas, como así nos

glosando la ley de Partidas que concedía tal excusión, decía Gregorio López que tal beneficio sólo era aplicable al caso de las hipotecas legales, todas generales y tácitas, esto es, ignorables por el tercer poseedor²¹⁶. Implícitamente se excluía de la excusión a las especiales y expresas, porque ya en las Partidas y sobre todo luego a lo largo de un extenso período de la Historia comenzó a exigirse la registración, al menos de las hipotecas especiales (recuérdense las diversas Pragmáticas y las normas de la Novísima Recopilación, todas ellas fallidas en la práctica común, que instauraron la Contaduría de Hipotecas o registros y oficios parecidos)²¹⁷. Porque, a la luz de las propias Partidas e incluso de tales Pragmáticas, si se demostraba que de algún modo el tercer poseedor tuvo o pudo tener conocimiento de la hipoteca recayente especialmente sobre el bien que adquiría (vgr., según las propias Partidas, si la venta del bien hipotecado se hizo ya iniciado el pleito ejecutivo²¹⁸; si al adquirente se le exhibía la escritura de hipoteca, o era ésta mencionada en el contrato de compraventa, o por estar aquélla registrada en la Contaduría,...), entonces, dicho tercer poseedor carecería del beneficio de excusión, como lo atestigua la propia jurisprudencia de aquellos tiempos, sobre todo de los muy cercanos ya al CC-1889²¹⁹.

explican GALINDO y ESCOSURA (pp. 26 y 27); y GÓMEZ DE LA SERNA (I, pp. 63 ss.), aunque éste nos advierte de que en tiempos de aquellos fueros Jaime «el conquistador» intentó instaurar, aunque sin éxito, un rudimentario sistema de publicidad similar a los «horoi» de la Grecia clásica.

²¹⁶ G. LÓPEZ, decía en su Glosa introductoria a la Ley 14, tít. 13, P. 5.^a: «*Pignorando quis instrumentum emptionis vel donationis rei, intelligitur rem pignorare, sicut si posses-sione rei creditorri tradidisset; et iste creditor potest à debitore, vel ejus haeredibus petere, ut pignus ei tradatur: sed si ante traditionem pignus alii pignoretur, vel alienetur, et tradatur, prius ad debitum contra debitorem aget; et si id consequi non potest, tunc aget contra rei pignoratae possessorem; nisi antequam alienetur, vel pignoretur, vel tradatur secundo, prius super pignore cum denitore litigabat; quia est in ejus electione contra quem velit agüere. Hoc dicit.*» Y luego, en su Glosa (7), dice que esta Ley de las Partidas se aplica a las hipotecas tácitas: «*Procedit hoc etiam in tacita hypotheca legali.*» Y tengase en cuenta que por entonces todas las hipotecas legales eran tácitas, como así advierte reiteradamente el propio Gregorio López.

²¹⁷ Nos referimos, sobre todo, a las Reales Pragmáticas de Carlos I y Juana, de 1539, de Carlos III, de 31 de enero de 1678, y de Felipe V, de 11 de diciembre de 1713; y a las leyes 1 ss., Tít. 16, Lib. 10 Novísima Recopilación. Para su estudio siguen siendo imprescindibles las explicaciones de GÓMEZ DE LA SERNA, en su Introducción a los Comentarios de la LH, ya citados (y algunas pueden verse reproducidas también en las LLHH de España). Lo que sí convendría advertir es que solía exigirse como condición de su eficacia real la toma de razón de las hipotecas especiales, no de las legales, ni de las convencionales generales, lo que para GÓMEZ DE LA SERNA (p. 91), fue uno de sus más graves defectos.

²¹⁸ Supuesto de no excusión en el que insiste ESCRICHE (p. 838), y que ya parecía, al menos, recoger el D. 20.1.13. § 4, de Marciano.

²¹⁹ Así, por ejemplo, las SSTS de 27 de febrero de 1879 y de 22 de junio de 1897, estando ya vigente la LH en concurrencia aún con las Partidas (por la fecha de origen del conflicto que resuelven), denegaron en el caso el beneficio de excusión al tercer poseedor porque la hipoteca se hizo con la cláusula de *non alienando* –por entonces permitida según la Ley 67, tít. 5, P. 5.^a (según recuerda, como caso de no excusión del tercer poseedor, ESCRICHE, p. 838)– y porque la hipoteca estaba inscrita. Por su parte, la más antigua STS

Así las cosas, la razón de la derogación en nuestra LH-1861 del beneficio de excusión para el tercer poseedor fue evidente, aunque no quedase lo suficientemente explícita en su Exposición de Motivos, sólo insinuada en su última frase; recuérdese, cuando termina diciendo: «*En lo que propone –la Comisión al denegar tal excusión– ha seguido el ejemplo de varios códigos, y con especialidad de los que adoptan el sistema hipotecario que ha prevalecido en Alemania, y lo que propusieron los redactores del Código civil*», refiriéndose al Proyecto de CC-1851. La referencia que a éste se hace, aun siendo acertada, ha de limitarse a su parte registral, la más germanófila por inspirarse en esta sede aquel proyecto en el Anteproyecto de 1848 (obra de los propios García Goyena, Luzuriaga, y de Bravo Murillo), que a su vez se inspiró en las también germanistas Bases del Proyecto de CC-1843 (de Luzuriaga)²²⁰; no ha de entenderse, pues, el apoyo del Proyecto CC-1851 referido a la parte sustantiva de hipotecas, que clara –y erróneamente en este punto de la excusión, como se verá– se inspiró en el CC francés. Lo demuestra que nuestro sistema hipotecario adoptase, en general y sobre todo para las hipotecas en particular, el principio de publicidad, complementado por el de especialidad²²¹. Como lema, se decía en la EM LH-1861: «*No hay pues mas que un sistema acep-*

de 9 de marzo de 1859, recogida por GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (p. 361), y por ELIAS, JA. (*Derecho Civil general y foral de España*, Barcelona, 1876, p. 311), niega en el caso la excusión al tercer poseedor porque la hipoteca estaba registrada en la Contaduría de Hipotecas y porque, además, fue reconocida en la propia escritura pública de venta del inmueble hipotecado. Otro caso, evidentísimo de negación de la excusión, es el de la STS de 9 de diciembre de 1865, porque el propio deudor era poseedor del bien hipotecado. ¿Cómo iba a alegar ignorancia de la hipoteca? Tampoco, como explica ESCRICHE (cit.), cabía la excusión cuando el deudor estuviese ausente o cuando fuese insolvente.

²²⁰ Como punto de partida se tomó una Base única, que decía: «*Para adquirir la hipoteca, sea ésta legal, judicial o convencional, no basta el título de adquisición, sino que se requiere absolutamente la toma de razón en el Registro Público, desde cuya fecha data en todo caso el derecho real de la hipoteca misma. De esta regla general no habrá más excepciones que las que se expresarán en el Código*». Y ante el debate suscitado por Luzuriaga, que pretendía hacer la inscripción constitutiva para todo derecho real inmobiliario, se aprobarán, desarrollando aquella base, las tres Bases (50 a 52) para el futuro CC, de entre las que aquí interesa traer la primera de ellas (la Base 50), que decía: «*No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas, y en virtud de toma de razón en el Registro Público*».

²²¹ Acerca del Título XIX del Proyecto CC-1851 (sobre hipotecas), explicará LUZURIAGA (en G.^a GOYENA, IV, pp. 183, 184 y 186-190), que para fomentar el crédito y el tráfico inmobiliarios, se consagran para las hipotecas los principios de publicidad y de especialidad, ambos, dice, tomados del sistema hipotecario alemán (de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg). A idénticos principios de publicidad y de especialidad se referirá luego LUZURIAGA (en GOYENA, IV, pp. 209 y 210), como preámbulo al comentario del Título XX del Proyecto CC-1851 (Sobre el Registro Público), para extenderlos a la propiedad y a todo derecho y carga real inmobiliario. Así seguirá imponiéndose en el RD de 8 de agosto de 1855 (que puede verse en las LLHH de España, I-1.^º, p. 111), que mandaba redactar la LH, la que será de 1861. Y así ya lo recogía la Ley de Bases de 1858 para el Proyecto de la LH-1861 (que también puede verse en las LLHH de España, I-1.^º, pp. 118-120, 123 y 124).

table: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas». Para que toda hipoteca fuese eficaz *erga omnes* y gozase así de preferencia y reipersecutoriedad, se empezó a exigir su inscripción en el Registro de la Propiedad, su publicidad. Siendo entonces toda hipoteca pública, cognoscible, ¿para qué mantener ya el beneficio de excusión? No lo justifica de este modo tan patente la EM de la LH-1861, pero sí su debate ante el Congreso²²²: a la crítica del Sr. Ortiz de Zárate de que al tercer poseedor se le diera una especie de moratoria de 10 días para pagar después de ser requerido de pago el deudor (el beneficio de orden al que antes nos referíamos), replicará el Sr. Permanyer diciendo:

«La nueva ley... ha tenido en cuenta las dificultades á que se prestaba el *beneficio de órden y de excusión* concedido contra las acciones hipotecarias y en beneficio de los poseedores de fincas hipotecadas; ha tenido en cuenta estas dificultades, no ha podido cortarlas de raíz, no ha creido conveniente hacerlo; pero... para reclamar el pago de un crédito á cargo del poseedor de una finca hipotecada que no estaba sujeto á obligación personal, y que nada tenía que ver con el contrato que produjo esta obligación, no habrá en lo sucesivo necesidad, como la había antes, de un juicio previo ordinario, de lo que comúnmente se llama *excusión*... Nada más lógico y justificativo bajo el punto de vista en que se colocaron los autores de la ley. ¿Qué era si no el beneficio de excusión ó de vida entre los romanos, de cuya legislación se transmitió á la nuestra como á las demás Naciones modernas? Era una consecuencia genuina, indeclinable de las hipotecas ocultas, de estas mismas que están destinadas á desaparecer tan pronto como se plantee la ley que estamos discutiendo... Desde el momento empero en que se ha introducido en el régimen hipotecario el gran elemento de la publicidad, desde el momento en que todo poseedor de una finca al tiempo de adquirirla ha debido tener conocimiento de los gravámenes que pesaban sobre ella, y si no le ha tenido debe imputarse á sí mismo la culpa de su ignorancia, porque la ley le facilita todos los medios de adquirir esos datos; desde entonces el beneficio de órden ó de excusión, ó deja de tener objeto, ó debe quedar limitado á condiciones completamente distintas de las que antes tenía. La ley ha sido sumamente lógica en esta parte; no ha olvidado, no podía olvidar que el derecho de hipotecas es un derecho esencialmente accesorio y esencialmente subsidiario. Por eso obliga al acreedor hipotecario á reclamar el pago de la deuda al deudor personalmente obligado antes que al poseedor de la finca gravada. Pero teniendo en cuenta que el acreedor con hipoteca no había fiado en el crédito personal de su deudor, sino en la libertad y suficiencia de los bienes, cuyo gravámen estipuló especialmente y conforme á derecho, teniendo la ley esto en cuenta, si bien considerando la hipoteca como un derecho accesorio,

²²² Que aquí tomamos íntegramente reproducidas de las LLHH de España, I-1.^º, pp. 193-195.

no ha permitido que se entable la acción real contra tercera persona antes de reclamar la deuda al deudor personal obligado»²²³.

Así sucedió mucho antes en Alemania, donde en tiempos medievales (siglo XII), superada la recepción del Derecho Romano, empezó a instaurarse un sistema de publicidad registral para los derechos reales inmobiliarios en general, inspirado en aquellos principios de publicidad y especialidad, que cuajaría en diversas leyes²²⁴, algunas de ellas antecedentes directos de nuestros proyectos y normas hipotecarias, para consagrarse definitivamente con alcance general para toda la Alemania en el BGB-1896 (§§ 873 y 1115, sobre todo) y en la GBO-1897. Y lo mismo puede decirse de Bélgica, cuyo tradicional sistema del *nantissement*, reflejado en algunas normas locales muy antiguas de Bélgica y de algunas zonas del Norte de Francia, y luego consagrada en la ley hipotecaria belga de 16 de diciembre de 1851 que por influencia germana se aparta del sistema mixto francés, impone para toda hipoteca, y para todo derecho real inmobiliario, los principios de publicidad y especialidad. Por eso, ni en Alemania, ni en Bélgica, ni tradicionalmente en aquellas zonas norteñas francesas pertenecientes al *nantissement* existió nunca el beneficio de excusión a favor del tercer poseedor²²⁵. Lo mismo podría decirse de Italia²²⁶. Y un tanto de lo mismo, por tanto, puede decirse para nuestro Derecho, especialmente desde la LH-1861.

²²³ Dichas palabras de Permanyer serán sintetizadas unos años más tarde por D. Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (pp. 361 y 362), para justificar la supresión de la excusión en materia de hipotecas dada su publicidad registral. Y en tal idea insistirá en otro lugar (pp. 366 y 367), comentando el artículo 133 LH-1861 (equivalente al actual 126 LH). Ya años antes, en 1849, D. F.º de CÁRDENAS [De los principales vicios de nuestro sistema hipotecario], en el Derecho Moderno (Revista de Jurisprudencia y Administración), 1849, VI, pp. 270 y 271], así lo había vaticinado y propuesto de *lege ferenda* ante la sinrazón y deseable desaparición de las hipotecas ocultas, sorprendiendo que luego (en su trabajo de 1851, pp. 415 y 416, al que nos referiremos luego), al comentar el Proyecto CC-1851 vea bien la supresión de la excusión para el tercer poseedor, pero no haga objeción ninguna a la excusión que se concede al hipotecante por deuda ajena.

²²⁴ Destacables son la ley hipotecaria de Austria de 1781 (y su CC-1881), la ley de Mecklemburgo de 1819, la de Sajonia de 1843; de Prusia, amén de las leyes de hipotecas de 1722 y de 1783 y de su CC-1794, son más destacables las leyes de Ordenanza de Hipotecas de 1835 y la de Registros de 1872 (por ser ambas las más influyentes en el posterior y definitivo sistema alemán); y, en menor medida, pues sólo contemplaban la registración de las hipotecas (no la de los demás derechos y cargas reales inmobiliarios), las leyes hipotecarias o de prendas de Baviera de 1822 y de Wurtemberg de 1825.

²²⁵ Así lo advierten, refiriéndose a Bélgica, LAURENT (T. 31, pp. 236 y 237); DE PAGE (T. 7, p. 787); PLANOL (p. 344); COLIN y CAPITANT (pp. 474 y 475), éstos últimos, los franceses citados, con cierta envidia, claro.

²²⁶ Porque tras la codificación en Italia, siempre han regido los principios de publicidad y de especialidad en materia hipotecaria. No obstante, CHIRONI (II, p. 565), y RUBINO (1956, p. 425), explican, con razón, la no concesión del beneficio de excusión a favor del tercer poseedor porque ello sería contrario a la naturaleza real de la hipoteca.

Bien es verdad que, aunque muy reducidas en número, tras la LH-1861, y aún hoy, subsisten algunas hipotecas legales de las antiguas (cfr., arts. 137, 158.1 y 168 ss LH)²²⁷; pero en su mayoría, amén de su actual desuso (como sucede con las dotales), dichas hipotecas «legales» no son tales, al menos en el modo en que sí lo eran las del Derecho romano y del medioevo; son hipotecas, que podrían llamarse, coactivas o forzosas. En su mayoría no vienen impuestas directamente *ope legis*, sino habilitadas para ser concedidas en un acto (voluntario, o en su defecto impuesto por la autoridad), que, como sucede con las hipotecas voluntarias, ha de ser escriturado e inscrito (cfr., arts. 158.2, 159, 161, 165 y 166 LH, incluso la genuinamente legal del art. 14.1.II LAT). No escapan, pues, a los principios de publicidad y de especialidad. Las que siguen siendo genuinas hipotecas legales [la de la Hacienda Pública, la de Aseguradoras, y la del art. 9.1.e) LPH], en efecto, son obra directa de la ley y están exentas de publicidad registral. Mas no por ello son del todo clandestinas, ni, por ende, sería justificable para ellas el reconocimiento del beneficio de excusión, mucho menos para el tercero hipotecante por cuanto que toda hipoteca por deuda ajena –ya advertimos arriba– es voluntaria²²⁸. Para estas auténticas hipotecas legales, no es tanto que la publicidad legal se superponga a la falta de publicidad registral, sino que, de una u otra forma, los posibles terceros poseedores quedan protegidos ante ellas por la propia Ley: vgr., limitando el *quantum* de cobertura de la hipoteca o exigiendo que para cubrir el exceso de ese máximo la hipoteca sí deba inscribirse,...

No hay, pues, ya lugar lógico necesario para la excusión en nuestro Derecho hipotecario, como tampoco lo hay, desde hace mucho más tiempo, en otros, como el alemán o el belga.

Sí lo hay, o mejor dicho, lo hubo en el francés. La razón es también muy sencilla, y, en esta ocasión sí, ha sido advertida por la común opinión gala, a salvo los que explican la concesión de la excusión al tercer poseedor por su analogía con el fiador²²⁹. En el Derecho intermedio y durante mucho tiempo, a salvo algunos intentos fallidos en contrario, al regir la clandestinidad y la gene-

²²⁷ Ya debatiéndose la LH-1861 en el Congreso, como síntesis, dirá el Ministro de Gracia y Justicia de entonces, el Sr. Fernández Negrete, que de las 24 hipotecas legales que existían antes (18 de las Partidas y 6 de la práctica), la LH-1861 las reduce a cuatro.

²²⁸ Por eso, en Francia, donde el beneficio de excusión del tercer poseedor sólo opera respecto de las hipotecas generales (*ex artículos 2170 y 2171 Code*), o sea, las judiciales y las legales, la doctrina común gala niega su concesión al hipotecante no deudor, puesto que toda hipoteca dada por tercero es convencional, y, por tanto, especial. Así, BAUDRY (T. 27-III, p. 389); JOSSEMAND (p. 696); los MAZEAUD (II, pp. 157 y 158); SIMLER y DELEBECQUE (p. 390, nota 5); MESTRE (y otros, I, p. 15, y II, p. 867); CABRILLAC y MOULY (pp. 256, 274 y 685); y las SSTCasación francés de 21 de junio de 1978, 6 de marzo de 1979 y de 6 de marzo de 1999.

²²⁹ Los citados arriba PLANIOL, BAUDRY-LACANTINERIE y DAGOT.

ralidad en sede hipotecaria, era lógico que la mayoría del Derecho consuetudinario francés concediera la excusión al tercer poseedor²³⁰. Luego, en la época codificadora, como transacción entre los partidarios de mantener el añeo sistema de clandestinidad y generalidad de las hipotecas, entre otras razones mezquinas para mantener en secreto las enormes deudas y numerosas hipotecas que soportaban las grandes familias, y los partidarios de recoger el sistema de publicidad y de especialidad ya instaurados en las leyes revolucionarias (en la de 9 de mesidor del año III – de 27 de junio de 1795– y, sobre todo en la de 11 de brumario del año VII –de 1 de noviembre de 1798–), el CC francés, tras un largo y apasionado debate²³¹, transige en lo jurídico, y adopta un sistema auténticamente mixto –bastardo e inoperante, para muchos– de mezcolanza entre clandestinidad y publicidad, entre generalidad y especialidad²³². Así, en el *Code originario*, mientras que todas las hipotecas voluntarias, para su eficacia *erga omnes*, habían de ser públicas y especiales (arts. 2127, 2129, 2146 y 2166), las judiciales (las del 2133 *Code*) y las legales (las tres del art. 2121 *Code*)²³³, todas ellas, eran generales y ocultas (arts. 2122 y 2123). Esto dará como resultado, al modo de nues-

²³⁰ Como explican POTHIER (IX, pp. 444 y 445); y TROPLONG (T. 3, pp. 365, 366 y 381, nota 8), en la mayoría del Derecho consuetudinario francés el tercer poseedor siempre gozó del beneficio de excusión, ya fuese la hipoteca general o especial; no se concedía tal beneficio, en cambio, según el artículo 116 Costumbre de París, ya fuera la hipoteca general o especial, mas siempre tratándose de hipoteca en garantía de rentas periódicas; y tampoco concedía tal beneficio de excusión al tercer poseedor el artículo 436 Costumbre de Orleáns si dicha hipoteca en garantía de rentas era especial.

²³¹ Que puede verse enteramente reproducido en FENET (pp. 223-326 y 510-524), donde los Tribunos Treilhard, Berlier, Portalis y otros (partidarios de la Ley germanista de brumario) se enfrentaron, agríamente incluso, a los tribunos Bignot de Premeneau y Tronchet (partidarios del sistema tradicional). Y para una espléndida síntesis de dicho debate, puede verse lo que dijo el Ministro de Gracia y Justicia, Fernández Negrete, en el debate de la LH-1861 ante el Senado (recogido en las LLHH de España, I-2.^o, pp. 384 y 385).

²³² Así, PLANIOL (pp. 135, 136, 139 ss., 173 ss., 219), para quien ese sistema mixto es peor que el anterior de todas las hipotecas ocultas y generales; COLIN y CAPITANT (pp. 294, 325-327 y 354-356), para quienes el *Code* establece, dicen, un sistema bastardo, una amalgama de ideas tradicionales y de principios nuevos, que debería ser abolido; los MAZEAUD (I, pp. 351 ss.; II, pp. 32 ss., 367 y 368); JOSSEMAND (pp. 551 y 616 ss.); LAURENT (T. 29, 7 ss., y t. 30, pp. 140 ss.), éste elogiando el sistema belga, el suyo, y criticando el francés, que al ser híbrido, combina la publicidad con la clandestinidad, lo que no es, dice, un principio, sino un vicio. A tal crítica se añade el hecho práctico –explicado, entre otros, por PLANIOL (pp. 189, 190, 253 y 254); los MAZEAUD (pp. 352 y 353); y por LAURENT (pp. 466 ss.)– de que en la práctica notarial fue muy común que la hipoteca convencional fuese general por su título y –sólo– especial en su inscripción; y de que en la práctica judicial incluso fuesen hipotecas generales en cuanto a su inscripción (con la muy usual cláusula de que se respondiera con todos los inmuebles que el hipotecante tuviese en tal o cual municipio) por cuanto en ellas, según dicen varias SSTCasación francés, se respetaba el principio de publicidad –olvidando, dice PLANIOL (cit.), el de especialidad, que es el auxiliar útil de la publicidad–.

²³³ Más los privilegios especiales inmobiliarios del 2103 *Code*, que PLANIOL (p. 95 ss.); COLIN y CAPITANT (pp. 139 ss.); y los MAZEAUD (pp. 185 y 186), por influencia de DOMAT (*Loix Civiles*, I, sec. XIX ss.) y de POTHIER (IX, pp. 433 y 434), estiman como verdaderas hipotecas legales o privilegiadas ex 2113 *Code*.

tras Partidas y de nuestro Derecho posterior a ellas y anterior a la LH-1861, que el tercer poseedor carezca del beneficio de excusión cuando la finca esté gravada por una hipoteca especial, esto es, pública, gozando, *a contrario sensu*, aquél de tal beneficio en los demás casos, en los de las hipotecas generales, es decir, oculatas. Lo dejaba bien claro el artículo 2171 CC francés, aún hoy vigente: «*L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble*»²³⁴. Así fue también el sistema, sobre hipotecas y excusión, que por influencia francesa recogía el Proyecto CC-1836 español²³⁵. Pero luego, con la ley francesa de reforma del CC de 23 de marzo de 1855²³⁶, a salvo la hipoteca legal del artículo 2121.1.^º, que sigue siendo tácita y general –aunque cabe su reducción (arts. 2140 ss. y 2161 ss.)–, todas las demás legales y las judiciales se someten al principio de publicidad (arts. 2134, 2135 y 2166); y más tarde, al fin, por obra del Decreto-Ley de 4 de enero de 1955 y de la Ordenanza de 7 de enero de 1959, los principios de publicidad y especialidad alcanzarán ya a toda hipoteca, consagrándose así prácticamente el sistema de la ley de 11 de brumario. ¿Para qué servirá, entonces, mantener vigen-tes los artículos 2170 y 2171 *Code* sobre el beneficio de excusión a favor del tercer poseedor? Es esta una contradicción interna

²³⁴ Así lo entendía la común opinión francesa, detalles aparte, al interpretar los artículos 2170 y 2171 *Code*, diciendo que la excusión no opera tratándose de hipotecas –o de privilegios– especiales –ni de bienes litigiosos, añadía antes POTHIER, IX, pp. 446 y 447–. En la gestación de tales artículos 2170 y 2171 CC francés, hubo, sin embargo, un importante debate (*vid.*, en FENET, pp. 384 y 385): TRONCHET criticaba que no hubiese lugar a la excusión sólo en el caso de hipotecas especiales, que son todas convencionales, en tanto que al acreedor con hipoteca legal sí le eraponible tal beneficio de excusión; para Tronchet también en caso de hipoteca convencional-especial debería el tercer poseedor gozar de tal beneficio. A ello replicará TREILHARD diciendo, por un lado, que nada daña al acreedor con hipoteca general dirigirse contra uno u otro bien antes que contra otro, y que, por otro lado, la hipoteca especial es la garantía directa y exclusiva del acreedor. Como se ve, no da en la clave Treilhard.

²³⁵ Como síntesis, en la Exposición de Motivos del Proyecto de CC-1836 se anuncia la disminución en número de las hipotecas tácitas y generales por ser perjudiciales para el tráfico jurídico inmobiliario: por un lado, porque lo impiden o lo hacen más gravoso para el dueño transmitir si el adquirente lo conocía, pues éste pagaría un precio menor; y, por otro, porque es una superchería injusta para el adquirente que lo ignore. Y ya en su articulado, tras decir que toda hipoteca es eficaz *erga omnes* (arts. 1725 y 1726), que toda hipoteca convencional es pública y especial (arts. 1751 a 1754), y que la mayoría de las hipotecas legales y judiciales son tácitas y generales (arts. 1755 a 1766), acerca de los efectos de la hipoteca frente al tercer poseedor, al modo francés, le concederá el beneficio de excusión cuando se trate de hipotecas generales (art. 1770) y se lo negará cuando se trate de hipotecas especiales (art. 1771).

²³⁶ En cuya tramitación, por cierto, según nos cuenta su contemporáneo TROPLONG (T. 3, pp. 363-365), se previó la abolición del beneficio de excusión del tercer poseedor (la derogación, pues, del precedente del art. 2170 *Code*), por ser inexacta, dice, la asimilación entre fiador y tercer poseedor, y porque mientras aquél puede, como suele hacerse, renunciar a la excusión, en el caso del tercer poseedor ningún contrato hay entre él y el acreedor que posibilite tal renuncia.

sobrevenida en el CC francés que ha sido muy criticada por la generalidad de la doctrina francesa²³⁷. Por eso, craso error sería admirar en este punto al CC francés, bien para defender la aplicación analógica de los artículos 1830 ss. CC español al «fiador real», o para defender la posibilidad de su acuerdo²³⁸. En este punto, el *Code* sólo merece repulsa.

Idéntico, o incluso mayor, rechazo merece, en este punto, el Proyecto de CC-1851, que erróneamente también sirve hoy a algunos de fundamento para defender aquella aplicación analógica o para admitir la excusión pactada entre acreedor e hipotecante no deudor²³⁹. Porque si el CC francés en esta sede ha devenido con el tiempo en contradictorio, el Proyecto CC-1851 fue incoherente desde un principio:

Por un lado, aunque en apariencia por su silencio al regular la hipoteca, justificado expresamente por Luzuriaga, tal proyecto parece no conceder el beneficio de excusión al tercer poseedor²⁴⁰, en realidad sí lo hace, no en sede de hipoteca, sino en la de fianza, cuando en su artículo 1745.II, diverso de nuestro actual artículo 1832 CC y casi copiando el artículo 2023.II *Code* –tal vez por mimetismo y sin caer en la cuenta de lo que se hacía–, se dice que «*el fiador no puede* –al oponer la excepción de excusión– *señalar bienes... que no estén poseídos por el deudor; aunque hayan sido hipotecados para*

²³⁷ La critican, por las razones indicadas, matices y detalles aparte, COLIN y CAPITANT (pp. 474 y 475); JOSSEMAND (pp. 695 y 696); los MAZEAUD (II, pp. 158 y 159); MESTRE (y otros, II, p. 807). Como razones diferentes, COLIN y CAPITANT (cit.), aducen la evitación de un circuito de acciones, que, sin embargo, como veremos enseguida, evita el 2023 CC francés (sin parágrafo, acertadamente, en nuestro CC); SIMLER y DELEBECQUE (p. 390), se sorprenden de tal concesión porque el tercer poseedor no es un deudor accesorio –ni deudor, añadimos nosotros–; BAUDRY (T. 27-III, p. 384); y, siguiéndole, JOSSEMAND (cit.), los MAZEAUD (II, p. 155 ss.) y MESTRE (cit.), dicen que tal concesión es una excepción al principio de la indivisibilidad fundada en la equidad, pues la aplicación de dicho principio llevaría a una injusticia, por cuanto que el tercer poseedor sólo es obligado *propter rem*.

²³⁸ Citados ya *supra*, siendo hoy destacable la posición de BELUCHE (cit.).

²³⁹ Véase la nota anterior.

²⁴⁰ Parece justificarlo (IV, p. 205) al referirse al artículo 1799 Proyecto CC-1851, que dice: «*La hipoteca confiere accion real al acreedor para hacerse pagar con el valor de la cosa hipotecada.... El acreedor puede ademas ejercitar su accion personal contra el deudor, bien sea separadamente de la accion real, o bien simultaneamente con ella, salvo lo dispuesto en el articulo 1559* –sobre censos, que ahora no viene a nuestro caso–. No obstante tal libertad, en el comentario –brevísimamente– de esta norma, advierte LUZURIAGA (cit.), de lo que dirá en el artículo 1812 (sobre excusión del hipotecante no deudor, al que luego nos referiremos). Es una promesa que, como se verá enseguida, no cumple. En cambio, CÁRDENAS, en su comentario al Proyecto CC-1851 (pp. 415 y 416), tras criticar, por sus dilaciones y excesivos gastos judiciales, la excusión que a favor del tercer poseedor recogían las Partidas, ve su supresión en el artículo 1810 Proyecto CC-1851, que parece sólo recoger un beneficio de orden, mas dentro del mismo pleito ejecutivo hipotecario, al decir en sus dos primeros párrafos: «*No se puede repetir el pago contra el tercer poseedor, sin requerir previamente al deudor personalmente obligado.... Pasados diez dias sin que el deudor haya pagado, puede hacerse la repetición contra el tercer poseedor, el cual tendrá el término de otros diez dias para desamparar los bienes hipotecados, si no prefiere pagar la deuda....*».

la seguridad de la deuda»²⁴¹. ¿Por qué no? En su respuesta, García Goyena se limita a reproducir parte del razonamiento que los tribunos franceses dieron antes, en el debate parlamentario, del correlativo artículo 2023 *Code* (razones de agilidad y celeridad procesal)²⁴², fundados todos ellos, Goyena y tribunos, en la opinión de Pothier, aunque sin citarlo; pero ni aquél ni éhos, ni otros tantos, atendieron a todo el razonamiento que aportó Pothier al respecto: tales razones de sumariedad procesal obedecían a que, precisamente, el tercer poseedor también contaba con el beneficio de excusión; de modo que para evitar el circuito de acciones o reenvíos, que al final conduciría a la ejecución patrimonial en primer lugar del deudor garantido, con aquella norma (la del art. 2023 CC francés), en coherencia con la que concedía la excusión al tercer poseedor frente a todo deudor, principal o accesorio (*ex art. 2170 Code*)²⁴³, se imponía directamente ejecutar el patrimonio del deudor asegurado²⁴⁴. El Proyec-

²⁴¹ Dice el artículo 2023.II *Code*: «*Elle –el fiador– ne doit indiquer... ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur*». Así también el 1909.II *in fine* CC italiano-1865 –no ya hoy, congruentemente, el artículo 1934 *Codice*-1942–, y, entre nosotros, el artículo 12.II del Anteproyecto CC-1888, que copia al artículo 1745 del Proyecto CC belga de Laurent; a los que extendemos el comentario crítico que a continuación en texto hacemos del Proyecto CC-1851.

²⁴² Comenzará justificando el Tribuno CHABOT (en *Fenet*, p. 54) que tal exclusión de bienes hipotecados en manos del tercer detentador evitará una larga excusión. Ello será criticado por el Tribuno GOUPIL-PREFELIN (en *Fenet*, pp. 66-68): 1.^º porque seguramente el fiador, al prestar fianza, confió en esa garantía hipotecaria; 2.^º porque al no permitirse la excusión en tal caso se convierte al fiador en fiador solidario por un acto (el de venta del bien hipotecado por el deudor a un tercero) ajeno al fiador, que no pudo preverlo, ni evitarlo; y 3.^º porque al negársele en tal caso la excusión no se protege por ello al acreedor, pues si éste fue diligente en la conservación de la hipoteca, goza de la acción hipotecaria, y de prelación, frente a ese tercero adquirente. A todo esto replicará el propio CHABOT (en *Fenet*, pp. 71 y 72), diciendo que por razones de equidad es inadmisible que la ejecución provocada por la excusión sea larga, difícil y penosa («*longue, difficile et pénible*»). También alegan la elusión de una ejecución larga, difícil y penosa, LAURENT (T. 28, p. 226); TROPLONG (T. 17, pp. 246-248); BAUDRY (T. 24, p. 551); BORSARI (p. 328); DISTASO (ED, p. 117). Por su parte, GOYENA (IV, p. 152), comentando el artículo 1745 Proyecto CC-1851 (arriba en texto reproducido), se limitará a decir: «En los discursos 95 y 96 se contestó victoriamente al ataque: «... Para perseguir los bienes hipotecados poseídos por un tercero, tendría que litigar contra este: semejante pleito acarrearía retardos y dilaciones, y acabaría tal vez por hacer la fianza más onerosa que útil».

²⁴³ Que dice: «*Néanmoins le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au titre Du cautionnement: pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué*».

²⁴⁴ Decía íntegramente POTIER (II, p. 222): «La discussion ne devant pas être trop difficile, le créancier ne peut être obligé à la discussion des biens du débiteur qui sont hors du royaume. M. de Lamoignon voulait qu'il ne pût même être obligé à la discussion de ceux situés dans le ressort d'un autre parlement.(...) Le créancier n'est pas non plus obligé à la discussion des biens du débiteur qui sont litigieux; car il n'est pas obligé à soutenir des procès, ni à eu attendre l'événement pour être payé: c'est encore une suite du même principe, «que la discussion ne doit être ni trop longue ni trop difficile» –en esto se quedaron los tribunos y autores citados; pero Pothier añadía algo más al referirse al otro caso; a saber: (...) Par la même raison, il n'est pas obligé de discuter les biens hypothéqués par le

to CC-1851 sólo recoge una norma gemela a la del 2023 francés, pero no a la del 2170, con lo que sólo implícitamente, o de rebote si se quiere, termina admitiendo aquel beneficio de excusión para el tercer poseedor. De no entenderlo así, carecería de razón el artículo 1745.II Proyecto CC-1851 en su copia del 2023 francés.

Y por otro lado, ya en sede de hipoteca, tras consagrarse la libertad de acción (real-hipotecaria o personal) del acreedor hipotecario y tras justificar Luzuriaga que el tercer poseedor carece de tal beneficio, dice que el hipotecante no deudor sí goza del beneficio de excusión, claramente *ex artículo 1812 del Proyecto CC-1851*²⁴⁵, según él por su analogía con la fianza por ser ambas obligaciones accesorias, al modo en que luego lo dirá también la EM LH-1861 más arriba reproducida²⁴⁶. Tal justificación, como ha quedado

principal débiteur, lorsque le principal débiteur les a aliénés, et qu'ils sont possédés par des tiers; ce sont au contraire ces tiers détenteurs qui ont le droit de renvoyer à la discussion du débiteur principal et de ses cautions les créanciers qui donneraient contre eux l'action hypothécaire; *edd. Novel. cap. 2*».

²⁴⁵ Recoge la libertad de acción el artículo 1799 Proyecto CC-1851 (en una nota anterior reproducido); y, por su parte, decía el artículo 1812: «Cuando la hipoteca no fue constituida por el mismo deudor, sino por otro á título de fianza, tendrá lugar el beneficio de excusión con arreglo á lo dispuesto en la sección I, capítulo II, título XVII de este libro, y no en otro caso». Al respecto, no nos parece justa la crítica que sobre ambas normas realiza LALAGUNA (pp. 57 y 58), y, siguiéndole, CASTILLO MARTÍNEZ (p. 87); para estos autores el 1812 se contradice con el artículo 1799, pues éste, dicen, da preferencia al ejercicio de la acción hipotecaria frente a la personal, de lo cual, terminan diciendo, Luzuriaga no da una respuesta satisfactoria. No parece ser esto así: amén de que, como dirá Luzuriaga, el 1812 es excepción de lo que dice el 1799, en éste no se proclama prioridad ninguna de una acción sobre otra, sino dualidad de acciones y libre ejercicio de ambas. La excepción del 1812 es a ese libre ejercicio, no a la prioridad de la acción real.

²⁴⁶ Dice íntegramente LUZURIAGA (en G.^a Goyena, IV, p. 208): «Fundóse en la analogía que existe entre la fianza y la hipoteca; obligaciones ambas accesorias de la principal: concedió el Derecho Romano al tercer poseedor de los bienes hipotecados el beneficio de escusión, el cual fue también recibido en el Derecho patrio, sin embargo de que se limitó en este con muchas excepciones —que arriba ya hemos nosotros indicado—; y, á falta de un regulador seguro de la jurisprudencia, no sería fácil afirmar cuál es hoy en esta parte la regla de los tribunales —confusión, la suya, que obedece a la heterogeneidad en los tribunales menores de aplicar o no las Pragmáticas que imponían la publicidad para toda hipoteca—; porque tales son la incertidumbre y la confusión que reinan en un gran número de las cuestiones que tienen mayor ó menor contacto con la legislación hipotecaria. El artículo 1812 disipará estas dudas, y ya no tendrá el tercer poseedor aquél beneficio, porque así lo exige la necesidad de afianzar el crédito territorial, que no consiente implicar al acreedor hipotecario en pleitos, sino que exige una acción expeditiva y directa contra los bienes obligados, por cuya razón se hallan de acuerdo en este punto el sistema Germánico, como puede verse en el artículo 90 de Wurtemberg, y 57 de la ley de Baviera, y el Francés, como se manifiesta en el 2171 del Código». Como se ve, menciona un batiburrillo de normas jurídicas heterogéneas, y cuya *ratio* —ya explicada en las páginas anteriores— no supo conocer Luzuriaga, contradiciéndose, además, por cuanto que al referirse al sistema registral o hipotecario —como vimos en una nota anterior— también aludía Luzuriaga al sistema alemán (de Baviera, Wurtemberg...), sin percatarse de que en tal sistema no había lugar para la excusión en materia hipotecaria por ser toda hipoteca pública y especial. Tampoco se percata de ello CÁRDENAS (en los trabajos citados, especialmente en su comentario al Proyecto CC-1851, pp. 415 y 416), cuando tras criticar la excusión del tercer poseedor consagrada en las Partidas, elogia su supresión en el Proyecto-1851, limitándose a mencionar su concesión a favor del hipotecante por deuda ajena *ex artículo 1812 Proyecto CC-1851*.

demostrado, es un grave error. Y la norma del Proyecto que consagraba tal excusión, si bien incontestable en su literalidad, era contradictoria con el resto del sistema hipotecario instaurado en el propio Proyecto. Si en la parte registral inmobiliaria, el Proyecto CC-1851 es germanista por inspirarse en los principios de especialidad y de publicidad para toda hipoteca, ¿por qué concedió la excusión, más aún al propio hipotecante que, evidentemente, es conocedor de la hipoteca? Siendo rechazable la justificación alegada por Luzuriaga, no quedaría más remedio que ver en el artículo 1812 Proyecto CC-1851 una gracia, un privilegio singularísimo, por carecer de razón suctancial e histórica, a favor del hipotecante no deudor. Por eso mismo, al menos en este punto, que nadie se apoye en el Proyecto CC-1851 para fundamentar la excusión, analógica o convencional, a favor del tercero hipotecante. Es, por el contrario, acertadísimo que nuestro actual CC no conceda la excusión, ni al tercer poseedor²⁴⁷, ni al hipotecante no deudor.

3. LA PRETENDIDA EXCUSIÓN CONVENCIONAL DE EFICACIA *INTER PARTES* EN FAVOR DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR: SU NULIDAD POR SER *CONTRA NATURAM* Y *CONTRA LEGEM*

Aun quedando desacreditados, en nuestra opinión, los más «importantes» apoyos, pasados y actuales, en *pro* de la excusión, sobre todo pactada, del hipotecante no deudor, quedan todavía otros argumentos por rebatir. Uno de ellos es considerar que la libertad de elección del acreedor hipotecario entre la acción personal y la acción real hipotecaria es disponible, negociable, y, por tanto, renunciable. Para llegar a tal conclusión, varios apoyos legales se emplean, unos foráneos, y otros propios:

Uno de los fundamentos jurídicos patrios es el artículo 1447 LEC-1881 y, en su lugar, hoy los artículos 592.1 y 681 LEC²⁴⁸.

²⁴⁷ De ahí que no resulte justa, por desacertada, la extrañeza crítica que muestra BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 551), al ver que no hay norma correlativa al artículo 2023.II francés en nuestro CC, así como tampoco la hay, para su sorpresa, en el BGB, ni el CC suizo. Muy sencillo, porque en ellos, por las contundentes razones vistas, no se concede el beneficio de excusión al tercer poseedor.

²⁴⁸ Así, sobre todo, AZPITARTE (pp. 100 y 101); y BELUCHE (pp. 10, 14-16). Régimen similar al del artículo 1447 LEC-1881 se observa en otros Códigos (vgr., art. 697 CC portugués vigente, § 777 Ley Procesal civil alemana, artículos 2209 *Codice* y 675 Cod. Proc. Civil francés, y artículos 2080 *Codice*-1865 y 2911.1 *Codice* vigente, al que nos referimos arriba, en el epígrafe V.2, al tratar el problema de la colisión de subrogaciones). Ya mucho antes, en C. 8.13.2, introducido por los Emperadores Severo y Caracalla, se consagró una especie de excusión real, en cuya virtud si la deuda estaba garantizada con hipoteca general y con hipoteca especial, el acreedor debía proceder primero contra la hipoteca especial (salvo que el

Curiosamente, el artículo 1447 LEC-1881, que consagraba el llamado beneficio de excusión real, era muy recurrente para muchos autores, incluidos nosotros (pp. 393 y 394), para negar la excusión al hipotecante no deudor²⁴⁹. No era, sin embargo, tal norma definitiva en este punto, porque al imponer aquélla que lo primero que debía ejecutarse era el bien hipotecado, tal preferencia ejecutiva sólo operaba cuando el acreedor hipotecario había interpuesto la acción personal, no la hipotecaria, y el deudor era a su vez el hipotecante y conservaba aún el bien hipotecado sin haberlo transmitido²⁵⁰. De poco servía, pues, tal norma para negar la excusión al tercero hipotecante; pero tampoco podría servir para lo contrario, por lo que a continuación se verá sobre el Derecho actual, que en este punto mantiene sin cambio relevante el criterio de antaño. Mayor apoyo parece encontrarse a favor de la excusión convencional en la norma dispositiva del artículo 592.1 LEC, que como primer criterio en la ordenación de la ejecución patrimonial atiende a lo pactado entre el ejecutante y el ejecutado. Esto es descontextualizarla; dicha norma se ubica en materia referida al juicio ejecutivo ordinario, es decir, para cuando, en el caso de hipoteca, el acreedor hipotecario interponga la acción personal contra el deudor o la acción real hipotecaria, en este caso siempre que el deudor sea hipotecante y poseedor del bien hipotecado. O sea, que el ejecutado siempre será el propio deudor, no por sí sólo el titular del bien hipotecado. De hecho, el artículo 592.1 LEC no habla de ejecutante y de ejecutado²⁵¹, sino de «*acreedor y deudor*». Lo que sí ha hecho esta norma, al priorizar la autonomía de la voluntad en materia de ejecución patrimonial, es derogar el imperativo beneficio de

acreedor se hubiese reservado expresamente la elección entre una u otra, dice aisladamente, GÓMEZ DE LA SERNA, II, p. 156). También existía ya dicho beneficio de excusión real en las Observancias de Aragón (véase, al respecto, DE ASSO Y DE MANUEL, pp. 169 y 170; GÓMEZ DE LA SERNA, I, p. 56; ELIAS, p. 312; y DE ROVIRA, en *EJE*, p. 311).

²⁴⁹ Y nos cita, para luego con razón criticarnos, BELUCHE (nota 135). Así también opinaban, CAMY (pp. 395 y 406); CABELO DE LA SOTA (pp. 114 y 115); CORDERO (p. 250). En Italia, GORLA (1935, p. 101), refiriéndose al artículo 2080 *Codice-1865*. Sin que sirva de excusa, tal opinión obedecía a la interpretación que grandes hipotecaristas hacían del artículo 1447 LEC-1881 al entender que dicha norma imperativa excluía la libertad de elección del acreedor hipotecario por obligarle a interponer la acción hipotecaria antes que la acción personal para toda clase de hipoteca (así, CÁRDENAS HERNÁNDEZ, L., «La hipoteca como deuda de responsabilidad limitada», en *RCDI*, 1940, p. 407; SANZ FERNÁNDEZ, en sus *Comentarios a la nueva LH*, Madrid, s/f, p. 388; DE LA RICA, en *AAMN*, 1948, pp. 291-294; GARCÍA GARCÍA, p. 376, para quien aquella norma se había de aplicar incluso cuando hay un tercer poseedor).

²⁵⁰ Esta es la interpretación común en nuestra doctrina (entre los más relevantes, ROCA SASTRE, pp. 958 y 959; COSSIO, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1956, p. 361; BALLARIN, pp. 341 ss. y 448; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 4.^a ed., Madrid, 2000, p. 1622; DÍAZ GONZÁLEZ, III, p. 263; PEÑA BERNALDO, p. 160).

²⁵¹ Como, en cambio, dice BELUCHE (cit.).

excusión real que contenía antes el artículo 1447 LEC-1881, aunque, por supuesto, no impide que así lo pacten las partes, pues ello se muestra muy conforme a la naturaleza jurídico-real, a la eficacia reipersecutoria, de la hipoteca. No puede, en cambio, decirse al contrario que por esa misma razón quepa pactar el beneficio de excusión personal. Ello sería contrario a la naturaleza y eficacia reales de la hipoteca y, además, contrario a la propia ley, a la necesaria libertad de elección entre acción personal y real que tiene, y ha de tener, todo acreedor hipotecario. Hay, sin embargo, quien niega tal imperatividad apoyándose, hoy, en el «*podrá*» del artículo 681 LEC, sobre ejecución hipotecaria²⁵². Se malinterpreta ese «*podrá*», pareciéndose olvidar que tal expresión no es novedad de la LEC vigente. Ya la utilizaron y siguen utilizando, con antecedentes en las más antiguas normas hipotecarias, los artículos 126 y 129 LH que, también sobre el juicio ejecutivo hipotecario, dicen, como decían hace casi un siglo, «*podrá*» (también el art. 1872 CC, sobre prenda); y como se aclaró en el debate parlamentario de la LH-1909, donde tal expresión se empleó por primera vez, no significa ello que la libertad de elección de acciones sea disponible, sino que, muy al contrario, el acreedor siempre tiene libertad para elegir entre la acción personal o la real, entre el juicio ejecutivo ordinario, el hipotecario o el extrajudicial ante notario²⁵³. Y así lo dice hoy la común opinión, incluida la procesalista, a la vista de los artículos 517.2, 579, 592, 681 y 682 LEC, y 129 LH²⁵⁴. Restringir o alterar convencionalmente tal libertad sería incluso contrario a los artículos 1911 CC y 105 LH²⁵⁵, normas éstas que como única

²⁵² Así, sobre todo, BELUCHE (cit.).

²⁵³ Esa era la contestación del Sr. Ministro de Gracia y Justicia, Fernández Negrete, a la pregunta que hacía el Sr. Rodríguez (en *LLHH de España*, II-1.º, pp. 669, 670 y 680), añadiendo aquél que lo imperativo eran los trámites del procedimiento judicial sumario si era éste por el que finalmente optaba el acreedor hipotecario.

²⁵⁴ MORENO CATENA, V. (*La nueva LEC, IV: La ejecución forzosa*, Madrid, 2000, p. 183); MONTERO AROCA, J. (*Las ejecuciones hipotecarias en la nueva LEC*, Valencia, 2001, pp. 181, 282 y 284, éste conforme a lo que ya decía en su otro trabajo anterior, «Acción hipotecaria y pretensión ejecutiva: interpretación del artículo 129.1 LH», en AC, 1997, p. 1135 ss.); MARTÍN DÍZ, F. (*La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles: su tratamiento legal en la nueva LEC*, Granada, 2000, pp. 182-184); JURADO (pp. 20-27); CARBONELL LLORENS, C. («La ejecución hipotecaria», en *Cuadernos del CGPJ*, núm. 31, Madrid, 2000, pp. 286 y 287); RUBIO GARRIDO (cit.). No hacen estos autores sino secundar la libertad del acreedor hipotecaria ya hace tiempo proclamada (véase la siguiente nota).

²⁵⁵ Así lo decían ROCA SASTRE (p. 958, nota 3); DÍAZ GONZÁLEZ (III, p. 263); y BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (*En torno a la libertad de elección procesal del acreedor hipotecario*, en *RJC*, 1979, pp. 49-51), para negar, frente a la opinión de PÉREZ GONZÁLEZ y de ALGUER (III-2.º, pp. 271 y 272) –a la que luego se adhiere MORENO QUESADA (p. 170 ss.)–, la posibilidad de pactar el beneficio de excusión real en cualquier clase de hipoteca y cualquiera que fuese el hipotecante. Frente a tal propuesta, aquellos sólo admitían las excepciones legales de los artículos 1447 LEC-1881 y 140 LH, que como tales excepciones habían de interpretarse restrictivamente.

excepción, y por tanto de restrictiva interpretación, admiten la del artículo 140 LH, que, como ya se advirtió más arriba, sólo es aplicable al caso en que el hipotecante sea el propio deudor; y, en particular, admitir el pacto de excusión personal a favor del hipotecante no deudor sería contrario *in recto* al artículo 1858 CC y a los artículos 1876 CC y 104 LH, esto es, a la esencia más íntima y radical de la hipoteca, y a la propia causa de su concesión²⁵⁶. Sería, pues, un pacto *contra naturam* y *contra legem*. Ya lo decíamos en nuestro *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, cit., p. 394:

De concederse el beneficio de excusión al hipotecante no deudor, «la garantía real hipotecaria –decíamos– resultaría una simple quimera al quebrar su propia razón de ser: la posibilidad de ejecución directa, reipersecutoria y preferente de una cosa determinada en pago del crédito asegurado. Sería *contra naturam*, contrario a la propia esencia teleológica de la hipoteca, compeler al acreedor para que accione primero contra el deudor, puesto que nuevamente asumiría los riesgos de insolvencia patrimonial del obligado y de concurrencia en igualdad o paridad con otros acreedores en la ejecución; unos peligros éstos que fueron precisamente los que motivaron la constitución de la hipoteca.»

Recuérdese, en general (*vid.*, epígrafe I), que la hipoteca mira a la cosa, no la persona que presta la hipoteca. Lo que explica, precisamente, el progresivo reforzamiento y agilización de la ejecución hipotecaria desde la LH-1909 hasta la actual LEC (cfr., el ap. XVII, párrafo 2.^º de su Preámbulo). Y recuérdese de nuevo, pues parecen olvidarlo algunos tras su cita, que así lo advertía la propia EM LH-1861 refiriéndose a la excusión del tercer poseedor:

²⁵⁶ Ya hace tiempo GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (pp. 415 y 416), y BURÓN (p. 536), negaron la excusión al tercer poseedor por ser ello contrario al artículo 105 LH-1861 (el actual art. 104 LH), «opuesto á la esencia del derecho real de hipoteca» –decía Burón–, pues tras la LH-1861, la acción hipotecaria no es ya acción mixta, sino genuina acción real. También consideran que la excusión es contraria a la naturaleza jurídico-real de la hipoteca, a su fuerza ejecutiva directa y a la libre elección de acciones del acreedor hipotecario, CARPI (p. 82, nota 109, p. 158, nota 240, y pp. 161-164), desmostrando según ella que entre hipoteca y fianza no hay una simple diferencia de medida; incluso así opinan algunos de los partidarios del «fiador real», como CORDERO (p. 250); la propia BELUCHE (p. 14); CAMY (pp. 410 y 411); o CARRASCO PERERA (y otros, pp. 217 y 481). A continuación veremos cómo algunos de ellos (vgr., CARPI, BELUCHE,...) intentan defender la validez del pacto de excusión aun siendo éste contrario a la naturaleza jurídico-real de la hipoteca. En nuestra jurisprudencia, la STS de 14 de diciembre de 1874 negó la aplicación de la ley 9, tít. 12, P. 5.^a, sobre excusión del fiador, pues se trataba de un peño immobiliario. Recientemente, fundándose también en la diversidad de naturaleza jurídica entre la fianza y la hipoteca por deuda ajena, dijo la STS de 6 de octubre de 1995 que «*el dueño de la cosa hipotecada carece del beneficio de orden y excusión y no contrae obligación de afianzar, sino que enajena el poder de realización de la hipoteca, que tiene el rango de derecho real ejercitable erga omnes*». Así también, en Bélgica, DE PAGE (t. 7, p. 656); en Italia, CHIROPNI (I, pp. 3, 64 ss., y II, p. 527); GORLA (1935, pp. 100 y 101), ex artículo 1879 *Codice-1865*; PALUMBO (p. 3); MOSCHELLA (pp. 175, 199 y 200).

«... la comisión no ha admitido los beneficios de orden –sic– y escusión en las deudas garantidas con hipoteca, porque... no puede satisfacer al que, por medio de la constitución de un derecho real, mira la cosa hipotecada como principal garantía de su crédito. Envolverlo en procedimientos que dén por resultado la insolvenza del deudor, obligarlo á que se hagan antes escusión y pago con los bienes no hipotecados que en los que han sido especial objeto de la hipoteca, no se aviene bien con la índole del crédito real y destruye su principal ventaja, que es la seguridad de un próximo reintegro al vencimiento de la obligación.»

Bien es verdad que en el actual artículo 129.I LH ha desaparecido aquel inciso final que proclamaba la imperatividad de las normas reguladoras del juicio ejecutivo hipotecario («*sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes*», decía). Pero tal supresión nada ha cambiado. En general, a salvo excepciones expresas (como la del art. 592.1 LEC, ya vista), las normas procesales son imperativas de suyo por regular materia de Orden Público; y, en particular, lo son las normas que en concreto regulan el juicio ejecutivo hipotecario, como lo prueban sus taxativas causas de oposición y de suspensión (arts. 695 a 698 LEC –antes, el art. 132 LH–), o las del extrajudicial [art. 236, letras ñ) y o)], RH²⁵⁷. Por supuesto, ni siquiera entramos en las excepciones oponibles en los demás juicios, pues ya éstos siempre se tramitarán sólo contra el deudor (por ejercitarse la acción personal, o por la real siendo el deudor hipotecante y poseedor del bien hipotecado)²⁵⁸. Viene esto último a propósito, porque también en este punto, más adjetivo que sustantivo, surge otro obstáculo insuperable para admitir la excusión negociada a favor del tercero hipotecante. De admitirla y aceptando conforme a la opinión común que el de excusión es excepción dilatoria a oponer *in limine litis* (antes de la contestación a la demanda o, más acorde a nuestras normas procesales, en la misma contestación a la demanda, no ya después)²⁵⁹, o incluso admitiendo, con la minoría, que es excepción

²⁵⁷ Imperatividad y taxatividad de causas oponibles que obedecen, en general, a razones de orden público, y en particular sobre los procesos ejecutivos hipotecarios, a la sumariedad y celeridad de los mismos habida cuenta, precisamente, de la necesidad de dar expresión procesal a una carga real, cual es la hipoteca, en garantía del crédito territorial. Ésta ha sido siempre la opinión común (*vid.*, vgr. MORELL y TERRY, IV, pp. 90 ss.; ROCA SASTRE, IV-2.^o, p. 1095; y, entre los contemporáneos, MORENO CATENA, pp. 18, 90 ss., 100 ss., 245 ss.; LÓPEZ LIZ, pp. 246 ss. y 251; MARTÍN DÍZ, pp. 359 ss. y 596 ss., entre muchísimos otros).

²⁵⁸ Por eso, no parece llevar razón CARPI (cit.), cuando dice que la excusión pactada a favor del hipotecante no deudor sólo puede ser opuesta en los procedimientos ordinarios, no en los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria.

²⁵⁹ Siendo posición mayoritaria, permitásenos aquí en nota sólo citar a los autores más significativos que así lo explican. Uno de ellos, fuente inspiradora de muchos Códigos, como el nuestro, también en este punto (como dicen LAURENT, t. 28, pp. 221 ss., y

perentoria, a oponer prácticamente en cualquier momento del pleito²⁶⁰, ¿cuándo operaría la excusión pactada del hipotecante no deudor en el ejecutivo judicial hipotecario o en el extrajudicial? ¡En ningún momento! Porque tal causa de suspensión de la ejecución no es contemplada en ninguna de las taxativas causas de suspensión que las normas sobre tales juicios contemplan (recuérdense los arts. antes citados de la LEC y del RH). A lo más, aquella excusión pactada sólo podría ser causa de oposición a ventilar en juicio separado, sin que en ningún caso se paralice la ejecución hipotecaria ya iniciada (cfr., art. 698 LEC). ¿Qué utilidad, entonces, tendría aquel pacto? Para dársela efectivamente habría de ser un pacto de excusión que obligara a suspender dichas ejecuciones, pero de admitirse tal fuerza paralizante, de nuevo estaríamos ante un pacto nulo por ser *contra legem*, contrario a las normas procesales, imperativas y de Orden Público (cfr., art. 6.2 CC)²⁶¹.

TROPLONG, t. 17, pp. 234 ss.), que puso así fin a un debate existente antes del *Code* (que explica TROPLONG, cit.), fue POTHIER (IX, p. 464; y II, p. 221). Ya en el debate parlamentario del CC francés, acerca de su artículo 2022, TREILHARD (en FENET, pp. 40 y 41), dijo que el beneficio de discusión se debía ejercitar al principio, por ser una excepción de fondo. Y así, aunque con más detalle, CHABOT (en p. 53, FENET). Entre los nuestros, GREGORIO LÓPEZ, en su Glosa 4.^a a la Ley 8, Tít. 12, P. 5.^a (siguiéndole, GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, IV, p. 75; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, p. 59; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, p. 374). En particular, frente a la opinión de Vinio, que comentando el Digesto estimaba el beneficio de excusión como excepción perentoria y ejercitable, por tanto, después de contestada la demanda, GARCÍA GOYENA (IV, p. 151), comentando el artículo 1745.I Proyecto CC-1851 (que, con ciertos cambios en este punto irrelevantes, será el artículo 1832 CC), decía: «Siendo el beneficio una excepción dilatoria, debe ser opuesta como todas las de esta especie a *limine litis* y antes de la contestación de la demanda». Así también se entiende, algo más suavemente, en la común doctrina y en la jurisprudencia, en cuya virtud, al no estar la excusión entre las excepciones dilatorias mencionadas en los artículos 532 ss. LEC-1881, *ex* artículo 542 LEC-1881, aquella debía de oponerse en la misma demanda (art. 524 LEC-1881), en la contestación a la demanda (art. 540), o en los escritos de réplica y dúplica (art. 548 LEC-1881). Así, entre otras, según las SSTS de 22 de enero de 1971, 7 de abril de 1975, o de 3 de octubre de 1985.

²⁶⁰ Entre los nuestros, MANRESA (XII, p. 255), siguiéndole, VALVERDE (p. 617); CASTÁN (anotado por FERRANDIS VILELLA, p. 785, nota 4); GUILARTE ZAPATERO (p. 130), para quien la excusión, aunque suspende o paraliza, no se excepciona, sino que se opone. En una posición intermedia, en Italia, BORSARI (p. 322); y luego MESSINEO (p. 243), aun estimando a la excusión como excepción dilatoria, creen que puede oponerse en cualquier momento del pleito, aun después de contestada la demanda, pero siempre antes de la ejecución (como así, según Borsari, venía haciendo en la práctica forense), pues no entenderlo así sería obligar al fiador a actuar prematuramente (dadas las condiciones exigidas, en nuestro Derecho por el art. 1832 CC). En otra posición intermedia, CARRASCO PERERA (y otros, p. 217), cree que la excusión no es excepción dilatoria, ni perentoria, sino orden de ejecución patrimonial, similar al orden de embargos del artículo 592 LEC. Parece con ello olvidarse de que la excusión no opera automáticamente ni por iniciativa propia del juez.

²⁶¹ Casi todo cuanto acabamos de decir se dijo ya en la discusión de la LH-1909 ante el Senado, donde *in recto* se planteó la cuestión del beneficio de excusión, no ya a favor del tercero poseedor, sino en la del hipotecante por deuda ajena. Dicha discusión puede verse íntegramente reproducida en las LLHH de España, II-1.^º, pp. 414-418, 458 y 459, que aquí resumimos: Al hilo del previo requerimiento de pago al deudor que exigía dicha ley al introducir para toda España el procedimiento judicial sumario, el Sr. Blanco Rajoy, tras

Otra traba procedural, menor desde luego, mas no por ello trivial, para admitir la excusión pactada en beneficio del hipotecante no deudor, sería el de la irresoluble colisión de dicha excusión con la del fiador para cuando en garantía de una misma deuda haya hipoteca dada por tercero y fianza²⁶². No entran en esta cuestión la mayoría de los partidarios del «fiador real» que defienden el pacto de excusión a su favor. Probablemente –es mera conjetura nuestra–, resolverían el conflicto dando preferencia a la excusión del fiador, porque mientras que la de éste es legal y, por tanto, eficaz *erga omnes* por el propio vigor que le da la ley, la excusión del tercero hipotecante es pactada y, por ende, obligacional o de eficacia *inter partes*²⁶³.

recordar la accesoriad o subsidiariedad –dice él– y la inherencia real de toda hipoteca, consideraba que el hipotecante no deudor es un fiador, que se obliga subsidiariamente al pago, salvo que convenga obligarse solidariamente, preguntándose, entonces: «... ¿cuándo, en qué tiempo, en qué forma, en qué período de ese expediente sumario va el hipotecante á hacer uso del beneficio de excusión?». A ello respondió el Sr. Lastres diciendo que si bien antiguamente tal beneficio existía como consecuencia de la subsidiariedad (refiriéndose, claro es, a la excusión del fiador, pues el tercero hipotecante jamás la tuvo), hoy, añade, con el procedimiento judicial sumario no cabe oponer la excusión al ser la acción hipotecaria una acción real, que se dirige directamente contra los bienes hipotecados, exponiéndose a ello, por saberlo, el hipotecante no deudor al dar un bien propio como garantía real. A ello replicaría el Sr. Blanco Rajoy diciendo, por un lado, que la acción hipotecaria es mixta, que la excusión ¡se funda en el artículo 1857 CC!, y, por otro, planteando qué sucedería si en la escritura pública de hipoteca se pactara tal beneficio de excusión. Algo generoso se mostró en su contestación el Sr. Lastres al decir «que puede establecerse la obligación hipotecaria como subsidiaria de una obligación principal, claro está que esto es lícito, pero esa no es la acción hipotecaria que vamos á amparar aquí, eso daría lugar á un procedimiento ordinario, que exigiría la excusión, que no sería culpa del pacto establecido, pero eso no es verdadera acción hipotecaria –dice con toda razón–, que prescinde del derecho de la excusión, y va contra la garantía, por eso está calificada como esencialmente real.(...) Esto se determina cada día más, y ¡ojalá se determine en España como está en la mayor parte de los países, principalmente en Alemania, en donde se prescinde de las personas y se va contra las cosas sin preocuparse de quién sea el deudor; se va contra el elemento, tal como se realiza la prenda, contra la garantía de una manera rapidísima en nuestro derecho!». Y no se olvide que ya entonces, en lo que será la LH-1909, los trámites del procedimiento sumario eran claramente imperativos, inalterables convencionalmente, y que la excusión no venía comprendida en las taxativas causas de oposición y de suspensión (prácticamente las de hoy) a la ejecución hipotecaria. Más contundente se mostró el Sr. Álvarez Guijano, quien retomando la cuestión días más tarde, criticará las elucubraciones del Sr. Blanco Rajoy diciéndole que la acción hipotecaria era ya, sobre todo desde la LH-1861, una acción real, no mixta, que el procedimiento judicial sumario lo único que hacía era trasladar al procedimiento los artículos 1858, 1876 y 1879 CC, que le leyó, y que en tales normas se veía que lo que importa es la hipoteca, sea dada por el propio deudor o por un tercero. De ahí, concluía, que todas las normas del Anteproyecto de LH-1909 estuviesen directamente dirigidas a la venta en subasta judicial del bien hipotecado.

²⁶² Imposible, por nuestro actual vacío legal, sería acudir a la preferencia de la excusión hipotecaria que antaño recogían, para sólo referirla a la excusión del tercer poseedor, algunas de nuestras normas forales y que hoy recogen los artículos 2023 y 2170 CC francés, como hacía, por ser su antecedente a medias, el artículo 1745.II Proyecto CC-1851 (recuérdese el anterior epígrafe VI.2). Tampoco son aplicables, por igual silencio de nuestro Derecho, los artículos 639 CC portugués y 2871 *Codice* vigentes (recuérdese, sobre la colisión de subrogaciones, el epígrafe V.2).

²⁶³ Hacemos esta conjetura sin desconocer que, de modo muy sorprendente, para nuestro Derecho CARRASCO PERERA (y otros, pp. 677-680), aplica lo dispuesto en los artículos 2023 y 2170 CC francés, no ya sólo en beneficio del tercer poseedor, sino también

¿Y si hay varias hipotecas dadas por varios terceros en garantía de una misma deuda y todas ellas gozan de la excusión pactada? Probablemente, dirían los partidarios del «fiador real» con excusión pactada que aun siendo obligacionales tales pactos, al estar obligado por todos éstos el acreedor, éste terminaría agrediendo en primer lugar el patrimonio del deudor. No nos parece que así sea.

Para esta negación arribamos, por fin, al último pretendido apoyo legal a favor de la excusión convencional del hipotecante no deudor: el artículo 2868 *Codice* vigente, que dice: «*Chi ha costituito un'ipoteca a garanzia del debito altrui non può invocare il beneficio della preventiva escussione del debitore, se il beneficio non è stato convenuto*». Responde, por lo visto, tal norma a lo que ya algunos italianos, partidarios del «fiador real», defendían antes, aunque advirtiendo, como también hace ahora la doctrina italiana al amparo de aquella norma, que tal pacto es obligacional, sólo eficaz entre el acreedor hipotecario y el tercero hipotecante, las partes del acuerdo²⁶⁴. Y así, sin más, lo entienden también nuestros partidarios del «fiador real» y de la excusión pactada²⁶⁵, cuando, como ya quedó advertido desde el epígrafe I, en esta cuestión es muchas veces arma de doble filo el dato de Derecho comparado: bien es verdad que el actual Código italiano prevé la posibilidad de conceder por pacto la excusión al tercero hipotecante, significando para algunos tal concesión que dicho sujeto es análogo al fiador (para cuya excusión también se requiere ya de pacto *ex art. 1944.2 Codice-1942*)²⁶⁶; pero también podría decirse²⁶⁷ que dicha concesión obedece, por el contrario, a la falta de analogía, habiendo sido necesaria tal concesión expresa por el legislador. En cualquier caso, no parece que dicha norma italiana sirva sin más de apoyo para nuestro Derecho, donde claramente, y nadie lo niega, no hay norma parecida alguna. Y no se diga por tal silencio que el pacto de excusión ha de admitirse pues si bien no hay norma que lo admita, tampoco la hay que lo prohíba²⁶⁸. Ahí están aquellas normas arriba citadas que lo impiden por imponer la libertad de acción a favor del acreedor hipotecario y por vigorizar la hipoteca una vez ejercitada

en el del hipotecante no deudor, ambos frente al fiador; todo ello, dice, a salvo que el acreedor acordase que también respecto de tales bienes hipotecados el fiador es también subsidiario. Ésta es la solución que propone, pero no aporta ninguna argumentación.

²⁶⁴ Así lo advierten, RUBINO (pp. 258-260); BARBIERI (pp. 46 y 47); MAIORCA (p. 104); BOERO (pp. 674 y 675), entre otros.

²⁶⁵ BELUCHE (cit.); CARPI (cit.), quien además (pp. 151 ss.) se apoya en el artículo 592 LEC, cuando, como hemos dicho ya, tal norma no tiene aplicación al problema que venimos tratando.

²⁶⁶ Así lo piensan GORLA (1985, p. 393); y BARBIERI (pp. 30 y 31).

²⁶⁷ Como dice CICERO (p. 435).

²⁶⁸ Así lo razona CARPI (cit.).

la acción hipotecaria, a favor del crédito hipotecario en general. Tal imperatividad es un obstáculo insuperable que hace nulo cualquier pacto de excusión, que al ser excepcional sólo podría ser conferida por la ley. Pero precisamente, aunque de forma inconsciente, se intenta salvar tal escollo diciendo que el pacto sería sólo obligacional. ¿Por qué? Para algunos²⁶⁹, porque así lo es, en efecto, en Derecho italiano. De nuevo es maltraído el dato comparado. Con ese mero trasplante de la norma italiana a nuestro Derecho se olvida que en Italia, por incidencia doctrinal de los sistemas alemán y portugués, rige en materia de derechos reales el principio de *numerus clausus*, y que sólo se permite cierta «atipicidad» en el contenido de los derechos reales típicos cuando lo permite expresamente la Ley (como sucede, precisamente, con el art. 2868), siendo tal singularidad sólo válida entre las partes, pero ineficaz frente a terceros²⁷⁰. He ahí la razón de que el pacto de excusión permitido en el Derecho italiano sea obligacional. Pero nada de esto puede aplicarse a nuestro Derecho, donde por el contrario, al margen de debates hoy ya superados, rige el sistema de *numerus apertus* (*ex arts. 2.2 LH y 7 RH*, sobre todo). Y, precisamente, de admitirse el pacto de excusión para la hipoteca, habría de conferírsele trascendencia real, inscribibilidad, y, por ende, eficacia *erga omnes*. Los partidarios de tal pacto niegan tales trascendencia y eficacia²⁷¹, alegando que dicho pacto es contrario a la esencia del 104 LH²⁷². Tal razonamiento nos abocaría de nuevo a la nulidad del pacto por ilegal y contrario a la naturaleza jurídico-real de la hipoteca. Pero, incluso admitiéndolo, y pasando por alto la invalidez del pacto, éste, de ser válido, afectaría, modificándolo, al contenido de la hipoteca, al ejercicio del *ius distrahendi*, al de la acción hipotecaria, siendo por ello innegable su trascendencia real, ... *ex artículos 7 y 51.6.º RH*; incluso podría acceder al Registro tal pacto si estimamos que la excusión convenida contiene una condición suspensiva de la fase ejecutiva de la hipoteca (cfr., arts. 9.2.º LH y 51.6.º RH). Pero dicha supuesta eficacia frente a terceros llevaría de nuevo, aunque por otro camino, a la nulidad misma del pacto, en este caso

²⁶⁹ BELUCHE (cit.); y CARPI (cit.).

²⁷⁰ *Vid.*, por todos, NATUCCI, A., *La tipicità dei diritti reali*, Padua, 1988, pp. 167-179 y 199, sobre todo; BELFIORE, A., *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milán, 1979, pp. 574 ss.; y, discrepando con los anteriores en cuanto al fundamento del *numerus clausus*, BURDESE, A., «Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali», en *RDCiv.*, 1983-II, pp. 236-238, sobre todo. Como advierte GORDILLO CAÑAS (en *ADC*, 1998, pp. 449 y 450), tal doctrina se construye desde el § 137 BGB y el artículo 1306.1.º CC portugués.

²⁷¹ A salvo AZPITARTE CAMY (cit.), aunque sin alegar razón y sin ahondar en tal afirmación.

²⁷² Así, CARPI (cit.).

por ser de nuevo contrario a la esencia de la hipoteca (arts. 1858 y 1876 CC y 104 LH) y, por tanto, al Orden Público; por supuesto, no sería contrario, sino favorable, al tráfico inmobiliario, pues innegablemente tal pacto beneficiaría al tercer poseedor. Sería contrario al crédito territorial²⁷³, otro de los pilares de nuestro sistema inmobiliario, pues iría en detrimento de la disponibilidad de la hipoteca por su acreedor: ¿cómo dicho acreedor va a subhipotecar, a ceder su crédito hipotecario o a constituir títulos hipotecarios si el posible cesionario sabe que en caso de impago va a tener antes que ejecutar el patrimonio del deudor, con todos los riesgos que ello implica, y que, precisamente, la hipoteca por su naturaleza elude? No hay más solución que afirmar la nulidad de tal pacto (cfr., de nuevo, el art. 6, en sus aps. 2 y 3, CC, o incluso en el ap. 3 si el pacto se hace con la cobertura del art. 1830 CC).

Y para terminar, el dato más evidente, aunque más económico que estrictamente jurídico. Conocido el mundo neoliberal en que vivimos, y sabiendo que los acreedores hipotecarios por excelencia en la realidad de nuestros tiempos son las Entidades de Crédito, ¿qué acreedor hipotecario, qué Banco va a pactar la excusión a favor del hipotecante no deudor, cuando, muy al contrario, muchas de las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios son de dudosa validez y eficacia por abusar del prestatario hipotecante?

No hay, pues, ninguna razón para conceder la excusión, por vía analógica o convencional, al hipotecante no deudor, como tampoco la hay, según todo lo visto hasta aquí, para aplicar ninguna otra de las normas de la fianza al tercero hipotecante. Es de desear, al menos en esta ocasión, que nuestra jurisprudencia mantenga su posición contraria a tal aplicación y que desoiga a la doctrina más reciente que defiende injustificadamente lo contrario. Porque, sencillamente, no hay analogía entre hipoteca y fianza, ni vacío legal ninguno que colmar.

²⁷³ Ya, amén de las razones arriba vistas, los MAZEAUD (II, pp. 158 y 159), critican el artículo 2170 CC francés (sobre el beneficio de excusión del tercer poseedor), por ser contrario al acreedor, al crédito inmobiliario. Aunque invirtiendo el caso, antes del CC francés, cuando la mayoría del Derecho consuetudinario francés concedía el beneficio de excusión al tercer poseedor, decía POTHIER (IX, pp. 445 y 446), que en la práctica eran muy habituales los pactos de exclusión de tal beneficio, pero advertía seguidamente Pothier que tales pactos no afectaban al tercer poseedor, que no había sido parte en los mismos, porque le perjudicaban y eran contrarios a lo impuesto por el Derecho.

La responsabilidad civil del menor derivada de ilícito penal. Análisis del artículo 61.3.^º de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor

M.^a CARMEN NÚÑEZ ZORRILLA

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los nuevos sistemas de responsabilidad civil o de reparación que pueden exigirse al menor cuando éste incurre en un delito o falta penal. La aprobación de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 12 de enero de 2000, ha supuesto cambios importantes en este ámbito. Dentro de estas innovaciones, es digna de mención la fuerte tendencia que la ley tiene a conseguir que el menor se responsabilice de sus propios actos, rebajando su límite de edad penal a los catorce años, aplicándole medidas que le reconocen una mayor madurez psicológica y una mayor capacidad para reparar por medio de sus propias actuaciones los daños que haya podido infringir a la sociedad. Se pretende ante todo una intervención educativa y preventiva orientada a su reinserción, claramente diferenciada del sistema sancionador aplicable a los adultos. Otra novedad que incorpora esta ley, es el establecimiento de una responsabilidad solidaria y objetiva de los padres, tutores, acogedores y guardadores del menor, frente a la responsabilidad subsidiaria y subjetiva de éstos, que se consagraba en el sistema anterior. Se analiza el concepto de «guardas» que debe darse para poder atribuir la responsabilidad a los titulares de la potestad sobre el menor y las medidas reparadoras que tienen como finalidad evitar el inicio de un proceso penal, así como las que pueden imponerse al menor una vez finalizado éste con sentencia.

ABSTRACT

The present work aims at the study of the new systems of public liability or of repair that can be required to the minor when this commits an offence or mistake penal. The approval of the Organic Law regulatory of the penal responsibility of the minors, of 12 January of 2000, has supposed important changes in this area. In these innovations, the strong trend that the law has to achieve that the minor makes himself for its own acts, reducing its limit of penal age at 14 years, applying it responsible is worthy of mention you measure that they recognise to him one senior psychological maturity and one senior qualified for repairing through its own performances the damages that it has been able to infringe to the company. First of all an educational and preventive intervention directed at its rehabilitation, clearly differentiated from the sanctionative system applicable to the adults, is aimed for. Another novelty that incorporates this law, is the establishment of a solidary and objective responsibility of the parents, tutors, cosy and protective of the minor; in the face of the subsidiary and subjective responsibility of these, which he consecrated in the former system. The concept of «guard» is analysed that the headlines of the authority about the minor and the fortifying measures that they have as a purpose has to be given to be able to attribute the responsibility to avoid the beginning of a penal process, as well as that they can be imposed to the minor once finished this with sentence.

SUMARIO: 1. *El tránsito de una responsabilidad civil subsidiaria y subjetiva hacia una responsabilidad solidaria y objetiva.*—2. *La modificación del límite mínimo de edad penal: el menor infractor.*—3. *La actuación legislativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña en el marco de la responsabilidad del menor:* 3.1 La Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil. 3.2 La Ley 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social. 3.3 La Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias.—4. *La guarda como factor determinante de atribución de la responsabilidad: los otros sujetos imputables:* 4.1 Los padres. 4.2 Los tutores. 4.3 Los acogedores. 4.4 Los guardadores legales. 4.5 Los guardadores de hecho. 4.6 Los supuestos de delegación de las funciones paternas.—5. *El contenido y extensión de la responsabilidad civil derivada de delito:* 5.1 La responsabilidad del menor con anterioridad a la sentencia penal. 5.2 La responsabilidad del menor con posterioridad a la sentencia penal: 5.2.1 La restitución y la reparación del daño. 5.2.2 La indemnización de perjuicios materiales y morales. 5.3 Imposibilidad de llevar a cabo la reparación del daño causado. 5.4 La capacidad del menor para celebrar el acuerdo de reparación. 5.5 Las medidas de reparación en el ordenamiento catalán.

I. EL TRÁNSITO DE UNA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA Y SUBJETIVA HACIA UNA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y OBJETIVA

La aprobación de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 12 de enero del 2000 (en adelante LORPM), vino impuesta por exigencia del actual Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, en cuyo artículo 19.2.^º dispone que: «*cuando un menor de dicha edad (de dieciocho años) cometiera un hecho delictivo, podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor*». Remitiendo así de forma expresa la regulación de la responsabilidad penal y civil derivada de delito de los menores de dieciocho años, a una futura legislación especial que debería regularla con detalle. Dicha regulación específica por fin se ha llevado a cabo en la actual Ley 5/2000, de 12 de enero. En el transcurso de tiempo que ha tenido lugar entre el actual Código Penal de 1995 y la aprobación de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, la responsabilidad de los menores de edad ha continuado regulándose por el Código Penal, pero no por el actual, dado que éste en su artículo 19.1.^º dispone que «*los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código*», sino por el anterior Código Penal de 1973.

Efectivamente, hasta la vigencia de la futura ley que regularía la responsabilidad penal del menor, nuestro actual Código Penal remitía mientras tanto dicha regulación a las normas de su predecesor (el Código Penal de 1973). Por ello, la Disposición Derogatoria Primera, letra a) del Código Penal de 1995 mantiene vigentes los artículos 8.2.^º, 9.3.^º, la regla 1.^a del artículo 20, el párrafo 2.^º del artículo 22 y el artículo 65 del Código Penal anterior. De los preceptos citados, ahora debemos centrar nuestra atención, por un lado, en el ya derogado artículo 20, en cuya regla 1.^a contemplaba la responsabilidad civil subjetiva de las personas que tenían al menor bajo su potestad o guarda. Se trataba de una responsabilidad subjetiva porque supeditaba expresamente dicha responsabilidad al hecho de que existiera por parte de estas personas culpa o negligencia. Dicho precepto además, debía ponerse en relación con los artículos 118.1.^º.1.^a y 120.1.^º del vigente Código Penal, que en consonancia con el artículo 20 de su predecesor, contemplan igualmente un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa de los titulares de la potestad o guardadores legales.

En el ámbito de esta responsabilidad, la culpa o negligencia de los padres, tutores o guardadores debía ser probada por la víctima o

demandante para que aquéllos viniesen obligados a responder¹. Sólo si conseguía demostrar que el daño era debido a un defectuoso cuidado paterno, ya fuese en la educación o en la vigilancia del hijo, la víctima podía hacer efectiva la responsabilidad civil derivada del delito o falta cometido por el menor. En consecuencia, con este sistema existía la posibilidad de que la víctima no fuese resarcida, en la medida en que la obligación de tener que demostrar la culpa del guardador exigía tener que acreditar, ya fuese con respecto a su deber de vigilancia o con respecto a su deber de educación, no sólo que el guardador pudo prever la conducta dañosa, sino además, que éste disponía de los medios necesarios para impedirla y no lo hizo (art. 1105 CC)². Factores que en ocasiones pueden resultar muy difíciles de probar. Esta dificultad del sujeto dañado a la hora de hacer efectiva la responsabilidad se agravaba todavía más por el hecho de que la responsabilidad civil *ex delicto* que consagran tanto el anterior como el vigente Código Penal con respecto a los padres, tutores o guardadores, es subsidiaria. Pues éstos sólo venían obligados a responder en el caso de que el menor infractor fuese insolvente. Lo que obligaba a la víctima a dirigir su acción en primer lugar contra el menor, y sólo en el supuesto de que no existiesen bienes en su patrimonio para responder, o que los existentes fueren insuficientes, podía el perjudicado dirigir su acción contra los guardadores, haciéndose de esta forma más lento y difícil el procedimiento para obtener la reparación del daño causado. Esta responsabilidad subsidiaria de los guardadores se desprendía del artículo 22 párrafo 2.^º del anterior Código Penal, en relación con el artículo 120.1.^º del Código Penal vigente³.

Pero este sistema ha quedado totalmente desplazado con la entrada en vigor de la *Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 12 de enero de 2000* (LORPM), que actualmente consagra en su artículo 61.3.^º un sistema de responsabilidad civil objetiva y solidaria.

El criterio de imputación objetivo se desprende claramente de la letra del precepto, al disponer que: «... cuando éstos (los guardadores) no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos». Lo que significa que aunque las personas que ten-

¹ Criterio que comparte LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, Madrid, 2001, p. 453.

² El concepto de culpa viene integrado por dos elementos: el elemento de la previsibilidad y el de la evitabilidad del resultado dañoso; REGLERO CAMPOS, L. Fernando, Los sistemas de responsabilidad civil, Capítulo II del *Tratado de Responsabilidad Civil*. coord. por L. Fernando Reglero Campos, Navarra, 2002, pp. 191 y 193.

³ Así lo entiende también LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, cit., p. 453.

gan bajo su cuidado al menor, hayan observado una conducta correcta tanto en lo que respecta a su deber de vigilancia como de educación, de todas formas serán responsables, aun cuando el menor actúe totalmente fuera de la esfera de vigilancia y control de sus padres, y aun cuando sus actos sean en absoluto imprevisibles e inevitables⁴. De nada sirve que los padres y demás guardadores intenten probar que han actuado con toda la diligencia que les era exigible. O que pusieron todos los medios que tenían a su alcance para evitar el resultado dañoso, puesto que no cabe posibilidad alguna para ellos de exoneración. Aunque no haya dolo o culpa en estas personas, no quedan por ello excluidas de responsabilidad. Siempre que el menor infrinja un daño tipificado como delito o falta, vendrán obligados a responder junto con éste civilmente⁵.

Es decir, en el sistema que consagra el artículo 61.3.^º LORPM, la culpa de los padres y guardadores ni siquiera se presume. No se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contra porque no hay una inversión de la carga de la prueba. Y no la hay porque la norma ya parte de la base de que aunque no exista ningún grado de negligencia, igualmente se responde. A los padres o guardadores ni tan siquiera se les brinda la posibilidad de defenderse, asegurándose de esta forma la ley que la víctima va a ser indemnizada por el solo hecho de acreditar que se le ha producido un daño. Se garantiza al sujeto perjudicado que será resarcido siempre que se le origine un daño, y lo más rápidamente posible.

Ahora bien, al admitir el artículo 61.3.^º que el Juez pueda moderar la responsabilidad de los padres y demás guardadores del menor cuando no hubieren favorecido la conducta de éste con dolo o negligencia grave, está introduciendo en este sistema un cierto grado de subjetividad. Es decir; si por un lado, en la relación externa y de cara a la víctima, el criterio de imputación de responsabilidad es, como hemos visto, totalmente objetivo, sin embargo, en la relación interna, a la hora de concretar la cuota de responsabilidad que corresponde a cada sujeto obligado, se admite que puedan existir atenuaciones que dependerán de las concretas circunstancias y de la valoración del comportamiento en lo que respecta al mejor o peor cumplimiento de los deberes de vigilancia y control que ostentan los padres y guardadores sobre el menor. Lo que será apreciado por el Juez caso por caso⁶. Así por tanto, cuando los

⁴ POLO RODRÍGUEZ, José Javier/HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús, *La nueva ley penal del menor*, Madrid, 2001, p. 62.

⁵ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El derecho penal de menores*, Valencia, 2001, p. 371.

⁶ Opinión similar es sostenida por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, dir. por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Madrid, 2001, pp. 500 y 501.

padres o guardadores no actúen con dolo o negligencia grave, porque por ejemplo pudo apreciarse en su comportamiento culpa leve o levísima, o incluso ningún grado de culpa, el Juez valorando el grado de negligencia procederá a reducir la cuota de responsabilidad de éstos, lo que comportará un aumento en la responsabilidad del menor. Por ello, el principal interesado en probar que ha habido dolo o culpa de los guardadores es el propio menor. Porque de producirse la moderación del Juez, la cuota que le correspondería abonar en las relaciones internas de la solidaridad se vería incrementada. Y es internamente donde opera el criterio subjetivo, porque en las relaciones externas con la víctima, estos criterios de moderación que se fundamentan en los distintos grados de culpa de los sujetos responsables, no operan en absoluto. En el sentido de que cualquiera de los sujetos responsables vendrá obligado a entregar a la víctima la prestación entera (art. 1137 CC), independientemente de que posteriormente en la relación interna éstos (padres, tutores o guardadores) reclamen al menor una cuota mayor⁷.

Efectivamente, si no hay negligencia en el comportamiento de los guardadores o ésta es leve o levísima, podrán ver moderada su responsabilidad de tal manera que acrecerá la del menor. Y si actuaron con dolo o culpa grave, su responsabilidad, al no verse reducida, se mantendrá igual. Pero en todos estos casos, en las relaciones con la víctima, los sujetos que enumera la norma vendrán obligados a responder por el todo, porque a nivel externo es una responsabilidad solidaria (art. 1137 CC) completamente objetiva. Los distintos grados de culpa sólo se tienen en cuenta para graduar la cuota de responsabilidad que corresponderá afrontar a cada uno de los sujetos obligados en las relaciones internas de la solidaridad. Por ello, puede afirmarse que se trata de un sistema de responsabilidad objetiva sólo a nivel externo, en el que el criterio de imputación subjetivo sigue desempeñando un papel importante a la hora de concretar finalmente la parte de responsabilidad que va a ser atribuida a cada obligado solidario. Así por tanto, cuando el sujeto que ha sufrido un daño tipificado como delito o falta penal por parte de un menor quiera hacer efectiva la responsabilidad civil derivada del mismo, podrá dirigirse bien contra el menor o bien contra cualquiera de los otros sujetos que resulten obligados conjuntamente con éste en virtud de la solidaridad, para hacer responder a cualquiera de ellos por la prestación íntegra (arts. 1137 y 1144 CC). En este plano, el criterio de imputación para los padres, tutores o guardadores será plenamente objetivo, porque

⁷ A similares conclusiones llega LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *ob. cit.*, pp. 427 a 429.

vendrán obligados a responder siempre por el solo hecho de haber cometido un daño el menor que se encuentra bajo su cargo. Sin que éstos en ningún caso puedan quedar exonerados de dicha obligación de responder, al no permitirles la norma ni tan siquiera la posibilidad de demostrar que actuaron de acuerdo con los cánones de diligencia exigibles. A este nivel es indiferente que los padres o guardadores hayan actuado con culpa o sin ella, porque de todas formas responderán. No existe otra forma más segura de garantizar que el daño sea reparado, ante la posibilidad muy frecuente de que el menor sea insolvente.

En el plano externo de la solidaridad como se observa, las cosas son bastante sencillas y no plantean mayores problemas. Pero no sucede lo mismo a nivel interno; el sujeto que ha realizado la prestación íntegra después tiene acción de regreso para reclamar a los demás codeudores solidarios la parte que les corresponda según haya sido su grado de participación en la comisión del daño (art. 1145.2.^º CC). Por consiguiente, el problema que inmediatamente se plantea es el de determinar como se distribuye la responsabilidad de cada uno de los co-obligados solidarios cuando los padres o guardadores hayan actuado con dolo o negligencia grave, o cuando pueda apreciarse en su comportamiento una imprudencia leve, levísima e incluso no imprudencia. El artículo 61.3.^º LORPM no dice gran cosa al respecto. Sólo señala que «*cuando éstos (guardadores) no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos*». Del precepto pueden extraerse a mi entender las siguientes conclusiones:

- 1.^a Si los padres o guardadores actuaron con dolo o negligencia grave, como según la norma su responsabilidad no se modera; es decir, no experimenta ninguna reducción ni graduación, entonces continuará siendo la misma. Esto es, responderán se entiende en la misma medida que el menor, presumiéndose dividida la deuda en partes iguales. Por consiguiente, cuando el menor o bien el guardador realice la prestación íntegra frente a la víctima, posteriormente tendrá derecho a reclamar al otro codeudor solidario la mitad de la misma (en el caso de que por ejemplo sean dos los responsables), por aplicación del principio general que consagra el artículo 1138 CC. Ahora bien, el principio general indicado es la regla que debe funcionar cuando se parta de la base de que entre los sujetos que responden conjuntamente con el menor, no existen diferentes grados de responsabilidad, por ostentar todos la misma participación en la conducta dañosa llevada a cabo por el menor. Pero esta misma regla (la división en partes iguales) no rige necesariamente así en todos los casos cuando son más de uno los sujetos responsables además del menor. Ya tendremos la oportunidad

de ver más adelante como en la mayoría de los supuestos en los que intervienen como sujetos responsables varias personas independientemente del menor, la parte de responsabilidad que corresponderá asumir a cada uno de estos partícipes no va a ser la misma, ya que dependerá de la incidencia que pueda tener la conducta de cada uno de ellos (padres, tutores o guardadores) sobre el comportamiento del menor que provoca el daño. Digamos que el principio general que consagra el artículo 1138 CC, conforme al cual todos los sujetos partícipes responden en la misma medida o por partes iguales, sólo regirá cuando en el caso concreto que se plantee deban responder de esta forma por la situación que ocupan frente al menor. Pero no en aquellos otros casos que ya veremos, en los que unos deberán asumir una cuota de responsabilidad mayor que otros, según sea el poder de dirección o de control que cada sujeto responsable haya podido ejercer sobre el menor. Así pues, la regla de la división en partes iguales sólo tendrá una aplicación estricta cuando junto al menor únicamente exista un responsable solidario, el cual responderá con el menor por partes iguales, pero no cuando sean más de uno, en cuyo caso, esta regla encuentra excepciones.

2.^a Si el grado de culpa de los padres o guardadores es menor que el dolo o la negligencia grave. Es decir en los casos de imprudencia leve o levísimas, su cuota de responsabilidad podrá ser moderada por el Juez, que, valorando las circunstancias concretas y el grado de participación de éstos en el resultado dañoso, procederá a disminuir la cuota de responsabilidad, lo que conllevará un aumento en la parte de responsabilidad que asumirá el menor. Por consiguiente, si los padres o guardadores realizan la prestación íntegra frente a la víctima, después tendrán acción de regreso para dirigirse contra el menor para reclamarle una cantidad que será mayor a la mitad de la deuda. Si contrariamente es el menor el que abona la indemnización al sujeto dañado, posteriormente podrá reclamar en vía de regreso al guardador una cantidad que será inferior a la mitad de la deuda entera.

3.^a Si no interviene ningún grado de culpa o negligencia en los padres o guardadores por haber observado éstos un comportamiento absolutamente correcto, lo más justo y lógico hubiese sido que estuviesen facultados para repetir del menor la totalidad de la deuda. Pero parece ser que ésta no es la solución que ha establecido el artículo 61.3.^º LORPM, dado que tan sólo contempla esta norma la posibilidad de «moderar» la responsabilidad, pero no de excluirla plenamente. De acuerdo con la redacción literal del precepto, la responsabilidad de los padres o guardadores podrá verse disminuida pero nunca excluida. Así que aunque no pueda apreciarse ni el más mínimo grado de imprudencia en el comportamiento de los guardadores, éstos de todas formas tendrán una cuota de responsabilidad en las relaciones internas, aunque sea por una ínfima cantidad⁸.

⁸ En sentido similar se pronuncia NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo Alfonso, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor», en ICADE, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 53, Madrid, mayo-agosto, 2001, pp. 136, 139 y 140.

En todos los supuestos, la apreciación de los distintos grados de culpa será llevada a cabo por el Juez ayudándose de las pruebas aportadas por las partes; entre ellas también las que consiga aportar el propio menor, que ante la posibilidad de que su responsabilidad se vea incrementada por la moderación del Juez, en realidad, se convierte en el principal sujeto interesado en conseguir pruebas que demuestren la mayor negligencia posible en el actuar de las personas que lo tienen bajo su cuidado y vigilancia. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Juez no estará obligado a moderar la responsabilidad de los padres o guardadores en todos los casos en los que éstos no hayan actuado con dolo o negligencia grave. Sino que se trata de una facultad que queda al arbitrio judicial, como parece desprenderse de los términos del artículo 61.3.^º, cuando señala que su responsabilidad «podrá» ser moderada por el Juez «según los casos»⁹. Cuando lo más justo hubiese sido que la norma hubiere contemplado el ejercicio de la moderación judicial, no como una facultad, sino como un deber del Juez en todos los casos en los que no exista dolo o negligencia grave por parte de los guardadores. De esta forma se compensaría la responsabilidad solidaria y objetiva de éstos con su moderación en los casos en los que el grado de negligencia sea menor. Y no sólo hubiese sido lo más justo, sino también lo más coherente y razonable en un sistema de responsabilidad civil derivada de delito, en el que se supone que debe prevalecer el principio de seguridad ciudadana. Personalmente considero que la norma está generando inseguridad jurídica al no permitir saber con certeza si el Juez va a proceder o no a reducir la responsabilidad en los supuestos de culpa leve o inexistencia de la misma. ¿En base a qué criterios entonces el Juez decidirá si ejercita o no la facultad de moderación? La respuesta a esta pregunta debería haber quedado bien clara. Ni siquiera los ciudadanos deberíamos cuestionárnosla. Tendríamos que saber a qué atenernos desde el principio para de esa forma actuar en consecuencia. Si el ejercicio de la moderación de la responsabilidad queda a la libre voluntad del juzgador, existiendo la posibilidad de que no la lleve a cabo aun en el supuesto de actuar con la máxima diligencia exigible, entonces el legislador está provocando que de alguna forma el ciudadano no se esfuerce demasiado en demostrar un comportamiento correcto en lo que respecta a la educación y vigilancia sobre sus hijos menores. Y no sólo se desincentiva de esta forma la autoexigencia de los padres o guardadores en el cumplimiento de sus

⁹ VAQUER ALOY, Antonio, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: una propuesta de interpretación», en *Revista Jurídica La Ley*, 2001, t. 1, p. 1635.

deberes de control y vigilancia sobre el menor, sino además también la motivación del propio menor para exigirse a sí mismo un comportamiento más respetuoso con las normas sociales. Pues aunque éste infrinja un daño, de todas formas es consciente de que su cuota de responsabilidad puede llegar a ser la misma, tanto si los padres se preocupan de poner todos los medios a su alcance para evitar la conducta dañosa del menor como en caso contrario.

Se observa así, como la propia norma entra en contradicción, al pretender, por un lado, que los menores, siendo cada vez más jóvenes, asuman las consecuencias de sus propios actos, y por otro, consiguiendo finalmente que dicha pretensión se convierta en papel mojado, al quedar fuertemente respaldada la conducta delictiva del menor por la responsabilidad que asumirán de todas formas sus padres o guardadores. Por ello, lo más justo y razonable, teniéndose en cuenta que la norma obliga a los padres o guardadores a responder siempre, al no brindarles la posibilidad de quedar exonerados de responsabilidad ni siquiera en los casos de inexistencia de culpa, hubiese sido que en los supuestos en los que aquéllos consiguiesen demostrar que no actuaron con dolo o negligencia grave, el Juez estuviese obligado a moderar la cuota de responsabilidad en las relaciones internas de la solidaridad en todos los casos, y no únicamente cuando al Juez le parezca.

2. LA MODIFICACIÓN DEL LÍMITE MÍNIMO DE EDAD PENAL: EL MENOR INFRACTOR

Mientras tanto no entrara en vigor la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, quedaban exentos de responsabilidad criminal los menores de 16 años. Así lo disponía el párrafo 2.^º del artículo 8 del Código Penal de 1973, cuyo contenido se mantuvo vigente hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, por imposición de la disposición derogatoria primera, letra *a*), del Código Penal de 1995. Pero con la entrada en vigor de la Ley 5/2000, el límite mínimo de edad penal se rebaja a los catorce años (art. 1.1.^º LORPM), con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son, en general, irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada, las medidas que se lleven a cabo en los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado. Así, por tanto, cuando el autor del hecho tipificado como delito o falta penal sea un menor de 14 años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a

la Ley 5/2000, sino que se le aplicarán las normas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual por los daños cometidos por el menor a terceros que no sean constitutivos de delito o falta penal, es decir; los artículos 1902, 1903.1.^º, 2.^º y 6.^º, y 1904.1.^º CC, que contemplan un sistema de responsabilidad civil objetiva únicamente en lo que concierne a la inversión de la carga de la prueba al demandado, que es quien deberá probar su diligencia. Pero que de todas formas se basa en el principio de culpa o negligencia, en la medida en que el demandado tiene la posibilidad de quedar exonerado de responsabilidad si logra acreditar su no culpabilidad, lo que no sucede de ninguna de las formas en el sistema que consagra la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, en la que la posibilidad de quedar exonerado de responsabilidad es impensable.

Es evidente, por tanto, que rebajando el límite mínimo de edad penal, el ordenamiento está reconociendo cada vez más al menor un mayor grado de discernimiento para entender y asumir las consecuencias de sus actos y a la vez una mayor capacidad de obrar para poder responsabilizarse y ser consecuente con las acciones que ha llevado a cabo. Por otra parte, seguramente esta reacción del legislador obedece también al hecho de que se está evidenciando cada vez más un aumento de la delincuencia entre la población menor de edad, y rebajándose el límite de edad penal, lo que se pretende es frenar de alguna forma este fenómeno social. Antes de la adolescencia el niño presenta un desarrollo incompleto, no sólo físico sino también psíquico en su doble vertiente intelectual y emocional. Hasta esa edad se sobreentiende que el niño no tiene capacidad suficiente de comprensión, ni un adecuado desarrollo de su voluntad. Conforme a lo sostenido por la psicología evolutiva, un niño no alcanza hasta aproximadamente los 14 años la capacidad de establecer juicios morales autónomos. Y a partir de esta consideración, el legislador toma la opción política de excluir de cualquier derecho penal a los menores de dicha edad, cuya responsabilidad no debe sobrepasar el ámbito familiar o educativo. No es sino a partir de la adolescencia cuando la persona joven comienza a desarrollarse en los aspectos cognitivo, afectivo, emocional y social¹⁰. Es en este período cuando comienza a comprender el alcance y significado de sus actos, dado que el crecimiento se acelera, produciéndose también una aceleración del desarrollo cogniti-

¹⁰ ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier, «Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su reforma en materia de terrorismo», en *ICADE, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 53, Madrid, mayo-agosto, 2001, p. 93.

vo y emocional que le dotan de una capacidad para, al menos, comprender y ser consciente de la injusticia de su actuar y para valorar su trascendencia¹¹. Ahora bien, la responsabilización personal del menor, es decir, conseguir que el niño se haga cargo de las consecuencias de sus actos, vaya madurando y rectificando su conducta, es distinta de la simple responsabilización penal. En realidad el menor no se responsabilizará moralmente mientras no se dé un proceso de resocialización capaz de incorporarle las pautas básicas de la comunidad en la que se desarrolla. Es éste, ante todo, el tipo de responsabilidad que debe inculcársele para poder frenar su conducta delictiva, pues la cuestión no es sólo si posee las facultades psíquicas y la madurez necesaria para comprender el alcance normativo, sino si las normas que se le aplican le motivan hasta tal punto que pueda llegar a abstenerse de cometer la conducta prohibida o por lo menos rectificarla¹².

La Ley 5/2000, de 12 de enero, gira en torno a este *principio de responsabilización personal*, dado que su finalidad es conseguir que el menor llegue a autorresponsabilizarse de sus actos tanto desde el punto de vista moral como en lo que concierne a la reparación efectiva del daño causado. Esto es lo que se desprende al menos claramente de su texto cuando afirma que, aunque tiene la naturaleza de disposición sancionadora, pretende ante todo una intervención educativa mediante la adopción de medidas que no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor. Consagra así su naturaleza *formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa*, tanto en lo que respecta al procedimiento como a las medidas aplicables a los menores infractores.

En su exposición de motivos sienta firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores debe distanciarse de la de los adultos por su carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación y que determina considerables diferencias entre las sanciones en uno y otro sector. Lo que se pone de manifiesto sin ir más lejos, en el hecho de que la presente Ley rechaza algunas de las finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como es la proporcionalidad entre el hecho y la sanción, la intimidación del destinatario de la norma o el ejercicio de la acción penal por la víctima o por otros particulares, cuya participación en el procedimiento se contempla de un modo

¹¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina; *La responsabilidad civil del menor*, Madrid, 2001, pp. 379 y 390.

¹² AA. VV.; *Los menores en el Derecho español*, coord. por Isabel Lázaro González, Madrid, 2002, pp. 89 a 91.

limitado (art. 25 LORPM). Con la finalidad de no obstaculizar los criterios educativos, resocializadores y de valoración del interés superior del menor, rige asimismo en esta Ley *el principio de intervención mínima*, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o de renuncia al mismo, mediante el establecimiento de medidas tales como el resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima (arts. 18 y 19), y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta (art. 40) o de sustitución de la misma durante su ejecución (arts. 14 y 51) por otra que se estime más adecuada.

El *criterio preventivo-resocializador* que predomina en la Ley, se lleva a término en la práctica a través de la imposición de medidas que responden más a una finalidad terapéutica que sancionadora. Así se observa claramente, por ejemplo, en la medida de *amonestación*, en la que el Juez manifiesta al menor las razones que hacen socialmente intolerables los hechos cometidos; le hace comprender la gravedad de los mismos y sus consecuencias para él y para la víctima, formulándole recomendaciones para el futuro [art. 7.1.º.l)]. En la medida de *prestaciones en beneficio de la comunidad*, en la que el menor debe realizar una actividad en beneficio de la colectividad en su conjunto o de personas que se encuentren en una situación de precariedad, relacionada con el bien jurídico afectado. Que se caracteriza porque el menor ha de comprender durante su realización, que la colectividad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta que merece el reproche formal de la sociedad, y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justo [art. 7.1.º.j)]. En la *realización de tareas socio-educativas*, consistentes en que el menor lleve a cabo actividades específicas de contenido educativo que faciliten su reinserción social, como puede ser por ejemplo asistir a un taller ocupacional o a un curso de preparación para el empleo [art. 7.1.º.k)]. En la *convivencia con una persona, familia o grupo educativo*, adecuadamente seleccionados, que se ofrezcan para cumplir la función de la familia en lo que respecta al desarrollo de pautas socioafectivas prosociales en el menor [art. 7.1.i)]. O en la *asistencia a un centro de día*, donde se realizan actividades socio-educativas con el propósito de proporcionar al menor un ambiente estructurado que pueda compensar las carencias de su ambiente familiar [art. 7.1.º.f)]. O, asimismo, en la *medida de libertad vigilada*, encaminada a hacer un seguimiento de la actividad del menor y de su asistencia a la escuela o al lugar de trabajo, procurando ayudarle a superar los factores que determinaron la infracción cometida [art. 7.1.º.h)].

E incluso las *medidas de internamiento* responden al objetivo prioritario de disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar las deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial [art. 7.1.^º a), b) y d)].

Dichas medidas se ejecutarán en centros específicos para menores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para los mayores de edad penal (art. 54.1.^º). Y estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales del menor interesado (art. 54.3.^º). Asimismo, toda la actividad de los centros en los que se ejecuten medidas de internamiento estará inspirada por el *principio de resocialización*, en virtud del cual, el menor interesado continúa formando parte de la sociedad y, como consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, y la participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social (art. 55). Para la elección de la medida adecuada, la Ley ordena atender no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, así como también a los informes emitidos por los equipos técnicos y, en su caso, por las entidades públicas de protección del menor.

La Ley Orgánica 5/2000, ha sido objeto de desarrollo reglamentario por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, que tiene por objeto el desarrollo parcial de dicha Ley en lo referente a la actuación del equipo técnico y de la Policía Judicial, a la ejecución de las medidas cautelares y definitivas adoptadas de conformidad con aquella y al régimen disciplinario de los centros para la ejecución de las medidas privativas de libertad. De acuerdo con el Reglamento, los profesionales y organismos que intervengan en la ejecución de las medidas ajustarán su actuación a los principios de *interés superior del menor; el respeto al libre desarrollo de su personalidad; aplicación de programas fundamentalmente educativos que fomenten el sentido de la responsabilidad y el respeto por los derechos y libertades de los otros; la prioridad de las actuaciones en el propio entorno familiar y social; el fomento de la colaboración de los padres, tutores o representantes legales durante la ejecución de las medidas, y la adecuación de las actuaciones a la edad, personalidad y circunstancias personales y sociales de los menores* (art. 6 Reglamento).

El equipo técnico es un órgano formado por un conjunto de profesionales especializados en la valoración de las circunstancias personales y familiares del menor, que cobra especial importancia

en el proceso de selección de la medida que deberá serle impuesta. Pues tiene como principal misión determinar lo que en cada momento puede resultar más beneficioso para el interés del menor, a través de la elaboración de un informe sobre su situación psicológica, educativa y familiar, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de la medida idónea. Dicho informe será requerido por el Ministerio Fiscal durante la instrucción del expediente (art. 27.1.^º LORPM), el cual a su vez lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores (arts. 27.5.^º LORPM y 4.1.^º Reglamento). Y podrá ser complementado con el criterio de aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado (arts. 27.6.^º LORPM y 4 Reglamento).

Éstas y otras medidas que contempla la Ley, así como todos y cada uno de los pasos que deben seguirse a lo largo del procedimiento hasta la ejecución de la sentencia, están orientados a la consecución de aquellos principios básicos que impregnán todo su articulado: el *principio de responsabilización personal*, el *principio de resocialización*, el *principio preventivo-educativo* y el *principio de intervención mínima*. Lo único que queda por ver es que en la práctica realmente se lleven a cabo estos criterios o pautas que informan toda esta normativa, y que no quede simplemente en un bonito enunciado literal o en papel mojado. Independientemente de ello, creo que la intención del legislador en este aspecto ha sido muy buena, como también lo es el hecho de que conforme a los principios señalados, se diferencien en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos; de 14 a 16 años, y de 17 a 18 años, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren desde un punto de vista científico y jurídico un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de 16 años, la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas. Debe señalarse, asimismo, que al efecto de designar a las personas a quienes se aplica esta Ley, en el articulado de la misma se utiliza el término *menores* para referirse a los que no han cumplido 18 años, y el de *jóvenes* para referirse a los mayores de dicha edad (art. 1.4.^º LORPM).

La Ley suscita la duda sobre si los *menores emancipados* responden o no civilmente. Penalmente sí que responden; así se desprende claramente de su texto cuando afirma que quedan comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, las personas mayores de 14 años y menores de 18 (art. 1.1.^º). Pero en lo que respecta a la

responsabilidad civil *ex delicto*, la norma (art. 61.3.^º) refleja alguna que otra contradicción, al hacer responsable de los hechos, por un lado, al menor de 18 años, y por otro, a las personas que ostentan la obligación de guarda sobre él (padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho). Efectivamente, la contradicción consiste en que, en primer lugar, la norma incluye en su ámbito de aplicación a todos los menores de 18 años, en cuyo caso, quedaría comprendido entonces también el menor emancipado. Pero posteriormente, hace responder solidariamente con él sólo a las personas que detentan su guarda, entre las cuales evidentemente no se encuentra el «curador». Pues la función de esta figura de protección no es ejercer la guarda sobre el menor emancipado, sino simplemente actuar como asistente prestándole su autorización para los actos previstos en los artículos 323.1.^º CC y 159.1.^º CF. La responsabilidad civil solidaria de los padres, tutores, acogedores y guardadores se fundamenta precisamente en la obligación de guarda que les corresponde ejercer sobre el menor. Pero cuando éste se emancipa, dicha obligación se desvanece y con ella, el fundamento de imputación de la responsabilidad. En consecuencia, si el curador no responde solidariamente con el menor porque no ostenta la obligación de guarda sobre éste, entonces ello significa que el menor emancipado, cuyo mecanismo de protección más típico es la curatela, no se encuentra incluido en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de delito o falta penal¹³. Por consiguiente, al menor emancipado se le aplicará la Ley 5/2000, de 12 de enero, para exigirle responsabilidad penal cuando cometa un hecho tipificado como delito o falta, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.1.^º de la LORPM. Pero en lo que respecta a la responsabilidad civil derivada de dicho delito o falta penal, no le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 61.3.^º de esta Ley, sino que se regirá por las disposiciones generales que contempla el Código Penal para los mayores de edad (arts. 109 y siguientes del Código Penal). En consecuencia, cuando se trate de exigir responsabilidad civil derivada de delito o falta penal a un menor emancipado, dicha responsabilidad deberá reclamarse, como ya he señalado, por los cauces que prevé el propio Código Penal para los mayores de edad; ambas reciben el mismo tratamiento.

La Ley 5/2000 también incluye en su ámbito de aplicación a *las personas mayores de 18 años y menores de 21*, de conformidad con

¹³ Con igual criterio se pronuncian VAQUER ALOY, Antonio, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación», en *Revista Jurídica La Ley*, T. 1, Madrid, 2001, p. 1632; y LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *ob. cit.*, p. 418.

lo establecido en el artículo 69 del Código Penal vigente, que contempla la posibilidad de que los «jóvenes» comprendidos en esta edad queden sometidos a la Ley que regule la responsabilidad penal del menor. Para que dicha Ley se les aplique deberán concurrir una serie de requisitos:

1. Que el hecho cometido sea una falta o delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas, ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas.
2. Que el imputado no haya sido condenado por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los 18 años.
3. Que sus circunstancias personales y grado de madurez aconsejen la aplicación de la Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe (art. 4).

Ahora bien, aunque pueden aplicárseles las normas reguladoras de la responsabilidad penal de los menores, quedan excluidos de las que contemplan la responsabilidad civil en esta Ley, y sometidos a las que el Código Penal contiene sobre la materia.

La responsabilidad que contempla la Ley 5/2000, de 12 de enero, no será exigible a *los menores en quienes concurra alguna de las causas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal* previstas en el vigente Código Penal (art. 5 LORPM). Debemos situarnos entonces en el ámbito del artículo 118.1.^o CP, que contempla los criterios para hacer efectiva la responsabilidad civil. De conformidad con este artículo, cuando el menor haya protagonizado una acción típica antijurídica pero no culpable, serán responsables civiles subsidiarios quienes lo tengan bajo su potestad o guarda, siempre y cuando se pruebe que actuaron con culpa o negligencia¹⁴. No obstante lo anterior, a los menores en quienes concurran las circunstancias eximentes previstas en los números 1.^o, 2.^o y 3.^o del artículo 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1.^o letras *d*) y *e*) de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor. Tales medidas son: el *internamiento terapéutico* y el *tratamiento ambulatorio*, aplicables en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas, estados de dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o de alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. De conformidad con lo establecido en el artículo 5.2.^o LORPM.

¹⁴ Opinión que comparte TESÓN MARTÍN, Fernando, «La responsabilidad civil en la nueva Ley Penal de Menores», en *Revista Jurídica. La Ley*, T. 7, Madrid, 2001, p. 2.

3. LA ACTUACIÓN LEGISLATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD DEL MENOR

3.1 La Llei 27/2001, de 31 de diciembre, de Justicia Juvenil

La Ley 5/2000, de 12 de enero, faculta expresamente a las Comunidades Autónomas para asumir la ejecución de las medidas adoptadas por el Juez de Menores. Les atribuye competencia para la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley (art. 45). Y el ejercicio de dicha competencia, además de realizarse siempre bajo el control y vigilancia del Juez de Menores que haya dictado la sentencia correspondiente (arts. 44, 49 y 53), deberá inspirarse en los criterios y principios que rigen la Ley estatal en esta materia. Esta competencia funcional ha sido concretada por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, en cuya virtud, corresponde a las Comunidades Autónomas, mediante las entidades públicas que éstas designen: *a)* la ejecución de las medidas cautelares adoptadas de conformidad con el artículo 28 de la Ley Orgánica 5/2000; *b)* la ejecución de las medidas adoptadas por los jueces de menores en sus sentencias firmes, previstas en los párrafos *a) a k)* del artículo 7.1.^º de la LO 5/2000, y *c)* la ejecución del régimen de libertad vigilada y de la actividad socioeducativa a la que alude el artículo 40.2.^º*c.*, de la Ley Orgánica 5/2000 (art. 8.1.^º Reglamento). Cuando el Juez de menores o el Ministerio Fiscal remitan a la entidad pública de protección de menores testimonio de particulares sobre un menor de 14 años, será dicha entidad la competente para valorar la situación y decidir si se ha de adoptar alguna medida (art. 8.6.^º Reglamento). Y sin perjuicio de las funciones de mediación atribuidas en el artículo 19.3.^º LORPM a los equipos técnicos, también las entidades públicas podrán poner a disposición del Ministerio Fiscal y de los juzgados de menores, en su caso, los programas necesarios para realizar las funciones de mediación a las que alude el citado artículo (art. 8.7.^º Reglamento). Dicha competencia ha sido asumida efectivamente por la Comunidad Autónoma de Cataluña, que a partir de la aprobación de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor y por mandato de la misma, se ha preocupado de regular las funciones que ha de cumplir la Administración de la Generalitat en lo que concierne a la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces en el marco de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, y en el desarrollo de programas destinados a dar soporte a los procesos de reinserción, así como de establecer el régimen de participación y colaboración de las entidades públicas y

privadas en el ejercicio de estas funciones. Esta regulación ha quedado reflejada en una Ley reciente: *la Llei 27/2001 de 31 de diciembre, de justicia juvenil*, que deroga la Llei 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, en la parte que todavía estaba vigente.

La Llei catalana 27/2001, de 31 de diciembre, regula la actuación de la Administración de la Generalitat o de otras entidades públicas o privadas que intervengan sobre menores a los que la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal haya impuesto una actuación de los equipos técnicos o una medida en aplicación de la LORPM (art. 7). Su finalidad es promover la integración y la reinserción social de los menores a los que se aplica, mediante la articulación de programas y actuaciones que han de tener un carácter fundamentalmente educativo y responsabilizador (art. 2). Al igual que la Ley 5/2000, *la Llei catalana 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil*, gira en torno al principio básico de que las medidas impuestas han de ayudar al menor a sentirse responsable de sus propios actos y a comprender el efecto que éstos tienen sobre las otras personas, como forma de estímulo en el proceso de cambio de su conducta. Ante todo se pretende que la ejecución de las medidas se lleve a cabo en medio abierto, recurriendo al internamiento sólo como última opción. Procurando que todas las actuaciones se adecuen a la edad, psicología, personalidad y circunstancias personales y sociales de los menores. Y que los programas que se apliquen tengan un carácter fundamentalmente educativo, promotor y no represivo, destinados a fomentar el sentido de la responsabilidad, el respeto a los derechos y la libertad de los demás, y una actitud constructiva frente a la sociedad [art. 4 c), d) y e)]. Además, la Llei 27/2001 prevé una serie de actuaciones de soporte que serán llevadas a cabo por los profesionales correspondientes, dirigidas a facilitar la integración social de los menores que ya hayan cumplido las medidas impuestas. La finalidad de la Llei, por tanto, va más allá del estricto ámbito de ejecución de las medidas, al incluir también en su texto la regulación de una labor encaminada a ayudar al menor en su proceso de reinserción, una vez la medida que se le impuso haya llegado a su fin (art. 61).

3.2 La Llei 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Llei 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social

Con posterioridad a esta Llei, el Parlamento de Cataluña aprobó la *Llei 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Llei 37/1991,*

de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, con la finalidad, esta vez, no de asumir competencias en materia de ejecución de las medidas impuestas en el marco de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sino de llevar a cabo una serie de actuaciones sobre los menores encaminadas prioritariamente a prevenir que éstos puedan acabar en la marginación o en la delincuencia. La Llei 8/2002, de 27 de mayo, regula, por tanto, la protección del menor en una fase previa o anterior a la producción efectiva del daño penal. Al tener por objeto la regulación de las medidas necesarias precisamente para evitar que el menor que se encuentra en una situación de riesgo, pueda llegar a cometer una infracción de este tipo. Motivo por el cual, se trata de una Llei que tiene una naturaleza civil, no penal, al igual que los incumplimientos que en ella se preveen y que las medidas correctoras que se establecen para tales incumplimientos, que no son más que la expresión de la potestad que ejerce el tutor en su función educativo-correctora de acuerdo con la legislación civil (art. 52.2.º).

Para la consecución de la finalidad indicada, esta Llei completa la regulación de la Llei 37/1991 de 30 de diciembre, al mismo tiempo que deroga el título V de la Llei 11/1985, mediante la actualización de 4 ámbitos concretos en materia de protección de menores:

a) Por un lado, en el ámbito de las medidas de protección del menor que contempla la Llei 37/1991 para las situaciones de desamparo, se lleva a cabo una actuación especializada y personalizada encaminada a desbloquear el miedo, la desconfianza y la resistencia frecuente que manifiesta la población adolescente frente a la aplicación de las medidas de protección que necesitan para su atención. Mediante una intervención técnica en principio en el entorno familiar y social, para proceder posteriormente a la determinación de las medidas de protección adecuadas a su problemática. Y es que de un tiempo a esta parte sucede que las entidades públicas de protección de menores deben atender cada vez más a chicos y chicas adolescentes que son reacios o que rechazan el acogimiento simple en familia o en un centro. Motivo por el cual, una de las respuestas de la Llei ha sido la creación de *los servicios de primer acogimiento*, que son centros o unidades especiales en los que se proporciona al menor sometido a la medida de acogimiento, una atención especial e individualizada, que es llevada a cabo por equipos de profesionales, dirigida a conseguir que aquél finalmente logre adaptarse a la medida que se le aplica. Por ello, estos cen-

tros o unidades especiales tienen la función de acogimiento inicial en el primer período de adaptación al sistema (art. 1)¹⁵.

b) La Llei 8/2002, de 27 de mayo, por otra parte, completa la regulación de la Llei 37/1991 con una tipología de centro de urgencia necesaria y específica, tanto para la población adolescente con conductas de alto riesgo social, como para las situaciones de desamparo de personas menores que se produzcan, por ejemplo, por las noches o en los fines de semana, que pueden ser transitorias y que, en todo caso, son urgentes. La novedad de la Llei en este punto consiste en la previsión de medidas pensadas para atender al menor en situaciones de riesgo, pero en las que éste no requiere todavía el ingreso en una familia o en un centro de acogimiento, sino que precisa de un tipo de asistencia más puntual o de corta duración. Medidas éstas que se ponen en marcha justamente para evitar la derivación del menor a un centro de acogimiento o residencial, que debe ser siempre el último recurso a utilizar y que sólo podrá acordarse según la Llei, cuando no sea posible utilizar otro programa distinto (art. 45.3.º). De esta forma, la Llei trata de agotar otras alternativas antes de llegar a la aplicación de aquellas medidas que el menor rechaza. Entre estas otras medidas que articula la Llei con la finalidad de evitar la aplicación de la medida de acogimiento, se encuentran:

- La asistencia diurna a menores sin hogar, para que abandonen la permanencia en la calle.
- El alojamiento nocturno de corta duración, para satisfacer las necesidades asistenciales de los menores. Y
- El ingreso, por necesidades reeducativas, en centros o unidades con restricción o supresión de salidas, por un tiempo limitado, de forma que puedan desarrollarse programas individuales (art. 3)¹⁶.

c) En tercer lugar, la Llei pone en marcha una serie de actuaciones dirigidas específicamente a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, que tienen como finalidad prevenir la marginación y la delincuencia, fomentar los procesos de integración social del menor y lograr que éste se responsabilice de sus propios

¹⁵ Véase al efecto, el apartado 5 bis que se añade al artículo 2 de la Llei 37/1991, de 30 de diciembre. La Llei 8/2002, de 27 de mayo, también añade a este mismo artículo el apartado 4 bis, con la siguiente redacción: «*todos los centros de acogimiento deben prever en el proyecto educativo del centro y en el proyecto educativo individualizado, el conjunto de actuaciones socioeducativas encaminadas a la preparación para un trabajo, con la finalidad de que los adolescentes logren más recursos, más autonomía personal y más habilidades sociales*».

¹⁶ El artículo 3 añade un artículo 5 bis a la Llei 37/1991, en cuyo párrafo 2.º contempla las medidas indicadas.

actos. Al efecto, contempla la obligación para la red básica de servicios sociales de atención primaria, de promover programas educativos y preventivos destinados a potenciar la capacidad crítica, de autocontrol y el sentido de la propia responsabilidad de los adolescentes con conductas de alto riesgo social, así como la realización de todas aquellas prestaciones que apoyen la atención del adolescente en su propio entorno, siempre teniendo muy presente el interés superior del menor (art. 6) ¹⁷. Este tercer tipo de actuaciones van destinadas a los menores adolescentes cuya conducta altera de forma grave las pautas de convivencia y el comportamiento social generalmente aceptados, provocando un riesgo evidente de causarse daños a ellos mismos o a tercera personas ¹⁸. Son éstos los menores a los que la Llei denomina *población adolescente con conductas de alto riesgo social* (art. 43).

d) Por último, la Llei 8/2002 de 27 de mayo, adiciona un nuevo capítulo VI a la Llei 37/1991, en el que se contemplan, con carácter general, los derechos y deberes de los menores que son acogidos en centros de acogimiento, así como aquellas conductas de éstos que constituyen incumplimientos de tales deberes, y las medidas educativas correctoras que hay que aplicar a los mismos (arts. 48 a 52).

3.3 La Llei 18/2003 de 4 de julio, de apoyo a las familias

La labor del legislador catalán en esta materia ha sido completada finalmente con la Llei 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, que pendiente de un posterior desarrollo reglamentario para su aplicación, gira, al igual que la Llei 8/2002, de 27 de mayo,

¹⁷ Con este artículo, la Llei 8/2002, de 27 de mayo, adiciona un nuevo capítulo V a la Llei 37/1991, que versa sobre la «atención especial a la población adolescente con conductas de alto riesgo social», en cuyos artículos 44 y 45 se contemplan los mandatos mencionados.

¹⁸ Así lo dispone el nuevo artículo 43 de la Llei 37/1991, que ha sido incluido por el artículo 6 de la Llei 8/2002 de 27 de mayo, en el mencionado capítulo V dedicado a «la atención especial a la población adolescente con conductas de alto riesgo social». Dicho capítulo, en su artículo 45.2.^º menciona cuáles son estas medidas preventivas y educativas:

- La atención en determinados centros abiertos, talleres y demás servicios comunitarios.
- La atención en su propio entorno.
- La ayuda profesional que tiende a proporcionar a los menores los medios pedagógicos que les faciliten la inserción en el mundo del trabajo.
- El seguimiento de las personas menores desinternadas de los centros con la oferta del apoyo sociopedagógico necesario.
- La atención psicoterapéutica.
- Las demás medidas de índole educativo o terapéutico que se consideren pertinentes.

principalmente en torno a una política de prevención de la marginación y de la delincuencia de los menores.

Es evidente que el mejor sistema para poner freno a las actuaciones delictivas de los menores no estriba tanto en el establecimiento de medidas sancionadoras para el castigo de conductas ya realizadas, sino precisamente en la creación de los instrumentos o vías que ayuden a evitarlas. Pues ciertamente, el daño que ya ha sido generado por un menor, ha sido consecuencia, la mayor de las veces, de una situación previa y de unas circunstancias que casi siempre lo han potenciado, y una vez que el menor ya se encuentra en esa situación que le lleva fácilmente a delinquir, es mucho más difícil erradicarla. Así que la mejor solución es evitar ante todo que nuestros menores puedan llegar en un futuro a encontrarse en ella, y éste ha sido una vez más el centro de atención de nuestro legislador autonómico, que siendo consciente del peligro y de las dificultades que cada vez más envuelven a los menores, ha decidido muy acertadamente continuar en la labor preventiva hasta sus últimas consecuencias por medio de la reciente aprobación de la Llei de apoyo a las familias, que incorpora unas directrices o principios que serán llevados a la práctica a través de las futuras reglamentaciones o disposiciones normativas que la desarrolle. De entre las distintas directrices en las que se mueve esta Llei, que en general tienen por objeto el apoyo a la familia, nos interesa concretamente para el tema que tratamos, aquellas que van encaminadas a evitar que las personas que tengan a su cargo a un menor no puedan desempeñar como es debido sus funciones familiares por la existencia de una situación cada vez más preocupante de pobreza y precariedad, que tiene una repercusión directa en la privación material de niños y jóvenes. Si el núcleo familiar en el que se desarrolla el menor carece de los medios económicos necesarios para procurarle la subsistencia, entonces lógico es que aquél intente procurárselos a través de la comisión de delitos contra el patrimonio, cayendo así progresivamente en la marginación, lo que le conduciría casi con toda seguridad en el futuro a llevar a cabo otro tipo de delitos contra la seguridad ciudadana en general, fruto de la desestructuración del núcleo familiar en el que ha crecido y del abandono que por parte del mismo ha sufrido.

Es por ello que nuestro Parlamento y por mandato del propio artículo 39 CE, que establece el principio general dirigido a todos los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, ha impulsado un conjunto de actuaciones e iniciativas a fin de que las familias puedan asumir con calidad de vida sus responsabilidades, para garantizar la igualdad de oportunidades.

dades y para luchar contra la marginación crónica y el peligro de la exclusión social, así como para facilitar el ejercicio de una maternidad y paternidad responsables.

Son destinatarios de las medidas de apoyo, tanto las familias formadas por unión matrimonial como extramatrimonial y las familias monoparentales cuyos niños menores dependen económicamente de una sola persona, no existiendo discriminaciones entre los hijos por razón de la relación de filiación. Asimismo, también entran dentro del ámbito de la protección de la Llei las familias con niños en acogida o adopción; las familias con personas en situación de dependencia, cuando éstas, por motivo de alguna discapacidad física, psíquica, sensorial o mental, necesiten la ayuda de otra persona para llevar a cabo las actividades básicas de la vida diaria; los titulares de una relación de convivencia de ayuda mutua, que podrán acogerse a determinadas medidas y prestaciones, y las demás situaciones a las que las leyes atribuyan o reconozcan los mismos efectos jurídicos que a la familia (arts. 2, 3 y 4 Llei).

Las medidas inciden en todos aquellos aspectos que pueden llegar a convertirse en los verdaderos puntos débiles de una familia; ámbitos todos ellos capaces de generar fuertes conflictos y problemáticas en el seno de aquellas familias que no han sabido discurrir por caminos normales. La Llei que ahora comentamos, siendo plenamente consciente de todas estas posibles situaciones potencialmente generadoras de desestructuraciones familiares, trata de evitarlas y también de remediarlas mediante la concesión de una serie de prestaciones específicas al efecto. Prestaciones que además se reconocen en la misma medida a los supuestos de adopción o acogida permanente, al equipararse éstos al de la filiación natural (disposición adicional novena).

4. LA GUARDA COMO FACTOR DETERMINANTE DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: LOS OTROS SUJETOS IMPUTABLES

El artículo 61.3.^º LORPM hace responsables civiles solidarios conjuntamente con el menor, por los daños cometidos por éste, a los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho. De la redacción del precepto se desprende que el criterio que ha sido tenido en cuenta por el legislador para atribuir la responsabilidad a aquellos otros sujetos que responden juntamente con el menor, es precisamente *el ejercicio de la guarda* por éstos. Tal es así, porque la norma incluye dentro de su ámbito de aplicación figuras de protección del menor que sólo abarcan o pueden abarcar

únicamente el ejercicio de la guarda sobre éste, como son: la Tutela de la Entidad Pública por Ministerio de la Ley, el Acogimiento, la Guardia legal y la Guarda de hecho.

Efectivamente, y por lo que respecta a la *Tutela de las Entidades Públicas*, debe señalarse que cuando la entidad tiene noticia de la existencia de un menor en situación de riesgo o desprotección, primeramente desempeña una función sólo meramente asistencial y de prevención con carácter urgente, asumiendo en este momento únicamente la *guarda* sobre el mismo, mientras se realiza una atenta investigación de las circunstancias y hechos que han dado lugar a esta situación. Y una vez analizadas las circunstancias se decide posteriormente la medida de protección más adecuada a aplicar (arts. 172.1.^º.1.^º CC, 2.1.^º y 3.1.^º Llei sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, de 30 de diciembre de 1991; en adelante LPMA). De esta forma, lo que se produce es una transmisión del ejercicio de la función de *guarda* a la entidad pública, quedando por el momento los titulares de la potestad anterior suspendidos temporalmente en el ejercicio de la misma. (arts. 172.3.^º CC; 164 y 166 CF, y 3.2.^º LPMA) hasta que finalmente se determine si procede o no la privación total de la potestad atendiendo a la situación real del menor.

Una vez valoradas las circunstancias del caso concreto, se fijará el ámbito de protección que será asumido por la entidad. Lo que podrá dar lugar, bien a una privación total de la potestad de los padres o tutores anteriores, en el caso de que las causas que originaron el abandono del menor sean de tal naturaleza que le hayan provocado una situación de desatención grave, o bien sólo a la suspensión de una parte del contenido de la potestad, cuando el análisis de los factores que han provocado la situación de desatención en el menor no evidencien una conducta tan grave o negligente como para provocar la privación de la potestad. Por consiguiente, en el caso en el que se prive totalmente a los titulares de su potestad, entonces la tutela de la entidad pública tenderá a abarcar todo el contenido de ésta, tanto en su ámbito personal como en el patrimonial. Mientras que el régimen de la suspensión dará lugar a que los padres o tutores queden despojados sólo de una parte del contenido de la misma, sin llegar a abarcar a la totalidad de las funciones¹⁹.

¹⁹ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, «La delegació de les funcions de pàtria potestat i les seves conseqüències sobre el menor», en *Documents de Treball i Investigació*, Publicació interna del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996, pp. 49, 50 y 55.

En lo que concierne a la figura del *Acogimiento*; la persona o familia acogedora asume únicamente el ejercicio de la *guarda*, que bien podrá ser transmitido por la entidad a partir de la previa tutela *ex lege* de los artículos 172.1.^º CC, 2.1.^º y 3.1.^º LPMA, y 164 CF, o bien en los supuestos de previa guarda administrativa de los artículos 172.2.^º CC, 9 LPMA y 165 CF. En todos estos supuestos, lo único que se transfiere a la familia acogedora es el ejercicio de la potestad de *guarda*, mientras que la titularidad de la misma seguirá correspondiendo a la entidad pública.

La diferencia entre los apartados 1.^º y 2.^º del artículo 172 CC, al igual que la diferencia que se establece entre los artículos 3 y 9 LPMA en el ámbito de la legislación catalana, radica en que mientras en los supuestos de los artículos 172.1.^º CC y 3 LPMA, la situación de desprotección del menor va a desembocar generalmente en una situación de desamparo debida a la gravedad de las causas que la han provocado. Sin embargo, en los supuestos contemplados en los artículos 172.2.^º CC y 9 LPMA (*Guarda Administrativa o Guarda Legal*), la situación de desasistencia del menor es bastante menos grave, dando lugar únicamente a la asunción de una guarda temporal por la entidad hasta que el menor pueda retornar a su anterior hogar, no llegándose a producir en este supuesto, por tanto, una situación de abandono.

Se caracteriza esta guarda por su provisionalidad, porque es asumida por la entidad pública sólo durante el tiempo estrictamente necesario, mientras subsistan las causas que impedían a los padres o tutores del menor atenderlo, siendo su destino natural la reintegración del total contenido de la potestad. Por este motivo precisamente se dice que «la guarda administrativa es excluyente de la adopción», porque no podrá originar situaciones irrevocables que impidan el restablecimiento de la situación familiar que la ha precedido.

Esta guarda legal o administrativa es ejercida, en primer lugar y preferentemente, por la persona o personas que determine la entidad pública (acogimiento familiar de los arts. 173 CC, 10 y 11 LPMA). Y sólo en el caso de que este tipo de acogimiento no sea posible, entonces será ejercida por el director del centro donde sea acogido el menor (acogimiento residencial o en institución de los arts. 172.3.^º CC y 12 LPMA).

Finalmente, y por lo que respecta al *Guardador de Hecho*; esta figura de protección tiene lugar cuando alguien, careciendo de potestad o de título legal o convencional, ejerce de modo espontáneo y de forma completamente libre y voluntaria alguna de las funciones inherentes a la patria potestad o tutela (arts. 303 CC

y 253 CF) sobre un menor desamparado. En estas situaciones, al no existir título que legitime el ejercicio de dichas facultades, se dice que existe únicamente una guarda de hecho, por contraposición a lo que es la guarda legal, que comprendería aquellas en las que sí existe una potestad o título, ya sea legal o convencional que legitimaría su ejercicio. La figura abarca tanto el cuidado y custodia del menor como la administración de su patrimonio o gestión de sus bienes, aunque puede limitarse perfectamente a una u otra, siendo lo más normal en la práctica que el guardador se encargue de ejercer únicamente aquellas funciones inherentes a la *guarda* del menor²⁰.

Una vez explicados los motivos que llevan a concluir que el elemento de la *guarda* ha sido el factor utilizado por el legislador para atribuir la responsabilidad a los demás sujetos que van a responder junto con el menor, queda ahora por definir qué es lo que se entiende por *guarda*, o más, concretamente, por *ejercer la guarda sobre el menor*. Porque lo cierto es que no existe ningún precepto en nuestro ordenamiento que aluda a su concepto de forma explícita. Pese a ello, sin embargo, sí que es posible averiguar su significado y contenido a partir de una serie de normas que la contemplan de manera indirecta cuando se dedican a definir figuras de protección del menor que implican o llevan consigo el ejercicio de la potestad de guarda. Tales preceptos son, por un lado, en el ámbito de la legislación estatal, el artículo 172.3.^º CC cuando dispone que «la guarda que es asumida a solicitud de los padres o tutores, o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial». Y el artículo 173.1.^º CC cuando señala que «el acogimiento impone a la familia acogedora que recibe a un menor las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». Y a la misma conclusión se llega en el ámbito de la normativa civil catalana a partir de la lectura conjunta de los artículos 2, 3, 9 y 10 LPMA. Pues según el artículo 10 LPMA, «el menor que deba ser separado de su hogar por las causas contempladas en los artículos 2, 3 y 9 LPMA, y 165 CF, debe ser confiado a una familia acogedora que ejercerá sólo la guarda sobre el menor mientras se mantenga la situación que provocó la adopción de la medida». Y de acuerdo con el artículo 10.2.^º LPMA; «las personas que reciben a un menor en acogimiento tienen la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». De lo

²⁰ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, «La delegació de les funcions de pàtria potestat ...», cit., pp. 68, 69, 75, 80, 85, 86, 98 y 99.

que se desprende que el contenido de la potestad de guarda se encuadra exclusivamente en el *ámbito personal* de la protección del menor, coincidiendo plenamente con las funciones inherentes al *contenido personal* de la patria potestad o tutela ordinaria (arts. 154.1.^º y 269 CC, 143.1.^º y 207.1.^º CF) ²¹.

La guarda, en definitiva, es el deber que tienen los padres de velar por sus hijos menores. Consistiendo su contenido fundamental en la dispensación de toda clase de cuidados, asistencia y protección que en cada momento de la vida de éstos requiera su crianza y formación ²². El deber de velar es un deber inherente a la guarda que consiste en la asistencia tanto material como moral, y en la prestación de todas las atenciones necesarias para el desarrollo físico, intelectual y afectivo del menor ²³. Este deber genérico que engloba los restantes deberes que le siguen relativos a la esfera personal de la protección del menor, comprende una serie de deberes que se encuentran en estrecha relación con la obligación de responder por los daños que cause el menor a terceras personas. Dado que precisamente el quebrantamiento de tales deberes es lo que va a originar el resultado dañoso del menor. Los deberes a los que me estoy refiriendo son concretamente:

– El *deber de vigilancia y control* que ostentan los titulares de la potestad de guarda sobre el menor, que tiene como finalidad impedir que éste se haga daño a sí mismo o a otras personas.

– El *deber de educación y procurar una formación integral*, que comprende la instrucción básica y la formación moral, cívica y religiosa que facilite al menor su adecuada adaptación a la vida en sociedad. La finalidad de este deber es proporcionar al menor la formación intelectual, profesional y cívica adecuadas para convertirlo en un ser con comportamientos, creencias y valores que respeten a la Comunidad y se adapten a las normas de la misma, con el objeto de evitar conductas que se aparten de las pautas sociales o que originen daños a las demás personas. La educación que el menor reciba condicionará toda su personalidad e influirá en su forma de actuar, por lo que ésta se convierte en un factor de enorme importancia a la hora de determinar a quién debe atribuirse la responsabilidad cuando el menor infrinja un daño a tercero.

²¹ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, «La delegació de les funcions de pàtria potestat ...», cit., p. 49.

²² Véase, a propósito del concepto de guarda, AA.VV., *Los menores en el Derecho español*, coord. por Isabel Lázaro González, Madrid, 2002, pp. 162, 194, 230 y 360.

²³ ESPIAU ESPIAU, Santiago/VAQUER ALOY, Antoni, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 139.

– El *deber de corrección* (arts. 154, párr. último, y 143.3.º CF), es un deber que debe ejercitarse necesariamente para poder educar al menor, por lo que se encuentra íntimamente relacionado con el anterior. Si bien, en este caso, el derecho-deber que la potestad de guarda atribuye a su titular se centra más en aquel aspecto que se refiere a la imposición de sanciones y castigos al menor con la finalidad de corregir sus comportamientos; sanciones que, como bien dice la norma, en ningún caso podrán ser humillantes ni atentar contra los derechos del menor. La forma como los titulares de la potestad ejerzan este deber va a tener muchísima trascendencia en el desarrollo de la personalidad del menor y en sus conductas con respecto a las demás personas. Por lo que también es un factor a tener muy en cuenta a la hora de imputar la responsabilidad.

– El *deber de compañía* en principio implica que los hijos deben convivir con sus padres, pero no siempre este deber exige la unidad de domicilio, pues se entiende que la compañía es algo más que la inmediación física e intelectual, siendo perfectamente compatible con separaciones físicas transitorias. Efectivamente, caben en la vida real situaciones en las que puede resultar más conveniente para el menor estar alejado de sus padres o tutor y éstos, siendo conscientes de ello, opten por traspasar a tercera personas de forma temporal su custodia. Por ello, este deber debe interpretarse en sentido amplio y flexible, dando cabida también a aquellos supuestos en los que los padres o tutores, sin perder el control sobre la persona del menor, lo llevan a otra residencia en base a las más variadas motivaciones laborales, educativas, correccionales, sanitarias, etc. Pues la ley deja margen a los titulares de la potestad de guarda para cumplir su función teniendo al menor en su casa o en otra, o en una institución idónea, cuando las circunstancias impongan el alejamiento de la casa paterna o simplemente sea lo más conveniente para la guarda y educación del hijo²⁴. Por otra parte, cuando el progenitor no pueda tener al hijo en su compañía ya sea, por ejemplo, por motivos de separación, divorcio, imposibilidad o incapacidad, no por ello quedará privado de este derecho-deber, sino que el mismo se traducirá en un derecho de comunicación o visita que podrá ejercer con la finalidad de relacionarse con el menor (arts. 160.1.º CC y 135.1.º CF). El deber de compañía en sus diferentes modalidades es otro de los índices que contribuirán a determinar a quién corresponde la responsabilidad. Probablemente sea éste el elemento más relevante, por la sencilla razón de que la persona que se encuentra más cercana físicamente al menor es la

²⁴ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, *ob. cit.*, p. 28.

que puede ejercer un control real sobre el mismo y una vigilancia más directa e inmediata. Es esta persona que está en contacto físico directo con el menor la única que, efectivamente, en un momento determinado, puede llegar a evitar el resultado dañoso, porque precisamente el menor se encuentra bajo su esfera de actuación y supervisión. Así que en aquellos supuestos en los que los padres o tutores transmitan temporalmente y por motivos de necesidad la custodia del menor a terceras personas, o cuando por causa de separación, imposibilidad o incapacidad el progenitor no pueda tener al menor en su compañía y ostente un derecho de visita, el tercero a quien se le ha atribuido provisionalmente la custodia y el progenitor que tiene el derecho de visita serán responsables por los daños que cause el menor estando éste bajo su custodia o compañía justamente en el preciso momento de producirse la infracción penal. Al respecto, ya veremos más adelante como se reparte esta responsabilidad entre la persona que tiene atribuido el ejercicio de la potestad de guarda y aquella otra que sin ostentar el contenido entero de la potestad, desempeña sólo alguna o algunas de las funciones que la integran. Al margen de ello, lo que está claro es que quien se encuentre en compañía del menor en el momento en que éste comete el daño, responderá. En mayor o menor medida si se quiere, dependiendo de si esta persona ostenta la totalidad del contenido de la potestad de guarda o sólo alguna de las funciones que lo integran, pero en cualquier caso, como digo, será responsable.

Así, por tanto, los deberes hasta aquí mencionados, que forman parte integrante del contenido de la obligación de velar por el menor y en consecuencia de la potestad de guarda, van a ser en la práctica, la mayoría de las veces, los elementos o factores más determinantes, porque realmente son los que van a influir de manera directa en la conducta del menor, llevándole a cometer infracciones que causan daño a terceras personas. Justamente el incumplimiento de tales deberes o su mal desempeño es lo que originará en definitiva el resultado dañoso. Incumplimiento que será llevado a cabo de forma más directa por la persona que tenga al menor en su compañía en el instante de producirse el daño. Y de una forma más indirecta por aquella que sin estar en un contacto físico tan directo con el menor en ese preciso momento, sin embargo sigue ostentando la potestad de guarda y, por consiguiente, los deberes que de ella se derivan. Por ello, es importante aclarar que en algunas ocasiones, dependiendo de la situación en la que se encuentre el menor, la responsabilidad se va a repartir entre varias personas: por un lado, en aquella o aquellas que estén en compañía del menor en el momento de producirse el ilícito penal, y por otro, en aquella o

aquellas que sin tener la compañía del menor en ese momento, ostentan sobre él la potestad de guarda o algunas de sus funciones.

Ahora bien, si nos basamos en el concepto de guarda tal y como lo hemos configurado hasta ahora, para atribuir la responsabilidad a aquellas personas que deben responder solidariamente con el menor, obtendríamos como resultado que aquel progenitor privado de la patria potestad también vendría obligado a responder en virtud de las obligaciones que todavía sigue ostentando, y que encuentran su fundamento en la relación paterno-filial. Pensemos, por ejemplo, en los casos en los que el menor se encuentra bajo el cuidado de un tutor, estando los padres privados de la patria potestad. Aquí la responsabilidad siempre se repartiría entre los padres y el tutor porque aquellos, aun privados de la patria potestad, siguen conservando el deber de velar por el menor y de prestarle alimentos (arts. 110 y 111, párr. último, del CC y 136.1.^º CF), así como el derecho a relacionarse con él (arts. 160, párr 1.^º, CC y 135.1.^º CF). Derechos-deberes éstos que forman parte del contenido de la potestad de guarda y que corresponden a los padres aun privados de su titularidad y ejercicio, por ser una consecuencia de la relación paterno-filial. Y lo mismo sucedería cuando la privación de la potestad afectase a uno solo de los progenitores, quedando el ejercicio de la guarda en manos del otro. Resulta que, como los deberes de velar y de alimentos son deberes inherentes a la potestad de guarda y en este caso el progenitor los sigue ejerciendo con fundamento en la relación de filiación, entonces podría afirmarse que el progenitor privado de la patria potestad conserva aun así la guarda sobre el menor, en la medida en que continúa obligado a ejercer aquellos deberes. Si bien los ejerce en este caso de una forma mucho más distante, debido a la privación de la potestad que le impide tener al menor bajo su custodia. Pero lo cierto es que este resultado no deja de ser injusto para un padre que no tiene apenas o ningún contacto con su hijo, en la medida en que no puede ejercer sobre éste ningún poder directo de control o vigilancia. Ciento es que continúa ostentando una serie de derechos-deberes que se enmarcan dentro del concepto de la guarda, pero aun así, no parece muy acertado permitir que venga obligado a responder por unas obligaciones que a duras penas puede desempeñar materialmente en la práctica. La privación de la potestad es una sanción que puede mantener al padre muy alejado del hijo, llegando incluso en ocasiones a impedir que pueda relacionarse con éste en aquellos supuestos en los que el Juez suspende el derecho de visita y comunicación (arts. 170 CC, y 135.1.^º y 3.^º CF), entendiendo que puede resultar perjudicial para el hijo relacionarse con su progenitor.

Piénsese por ejemplo, en el supuesto en el que el padre es privado de su potestad por el incumplimiento grave de sus deberes paternos y que además se encuentra ingresado en prisión por sus reiteradas conductas delictivas. En este caso, el Juez considerará que lo más conveniente sea cortar las relaciones personales entre ambos por lo menos hasta que el progenitor privado de la potestad modifique su conducta. ¿Qué tipo de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes de guarda podría exigírsele entonces, si ni siquiera puede relacionarse con el menor, el cual escapa totalmente de su esfera de dirección? En estos casos en los que los deberes de guarda son más ficticios que reales, por la propia imposibilidad del padre de poder ejercitarse en alguna de sus modalidades el derecho de vela sobre el hijo, lo más justo y razonable es eximirle de toda responsabilidad por los daños que este último pueda infringir a otras personas. Distinto sería el supuesto en el que el padre privado de la potestad conservase el derecho a relacionarse con el hijo, y que justamente cuando estuviese ejercitando el derecho de visita, el menor cometiese el resultado dañoso. Aquí, el delito o falta es llevado a cabo bajo la vigilancia del progenitor que aunque privado de la potestad, sigue ostentando aquellos deberes derivados de la relación de filiación que entran en juego justamente ahora, al poder desempeñar en la práctica las funciones inherentes a la guarda. El padre que puede ejercitarse el derecho de visita y comunicación con el hijo puede desempeñar el deber de control y vigilancia sobre el mismo, por lo que si en este concreto instante en el que el menor se encuentra bajo su compañía, éste infringe un daño a tercero, el padre aun privado de la patria potestad debe responder por el mal desarrollo de las funciones de guarda. Porque es en este momento únicamente cuando el padre puede llevar efectivamente a la práctica el derecho-deber de vela que le obliga a hacer todo lo posible para evitar que el menor produzca un daño.

Otro supuesto que puede plantearse en la práctica, es aquel en el que el padre privado de la potestad sigue conservando el derecho de visita, pero el daño es llevado a cabo por el menor estando en compañía ahora de otra persona que tiene atribuida su custodia, y que puede ser tanto el otro progenitor como un tutor o un tercero acogedor. Aquí el padre privado de la potestad puede ejercer algún tipo de influencia sobre la conducta del menor, en la medida en que si puede comunicarse con él, puede perfectamente inculcarle ideas o valores extraños o marginales que le lleven a atentar contra la sociedad. Pero en este caso sería muy difícil averiguar hasta qué punto ello ha sido así. El problema vendría dado por la dificultad de desentrañar si realmente el progenitor privado de la potestad,

que se comunica de tanto en tanto o periódicamente con su hijo, ha sido capaz de mediatar el comportamiento de éste hasta el extremo de conducirlo a la producción del daño. Así que ante los problemas que se plantearían por la necesidad de la investigación de tal extremo, lo más práctico y seguro es que el progenitor que se encuentra en estas circunstancias no venga obligado a responder.

Respecto al supuesto ya mencionado en el que el progenitor privado de la potestad responde por los daños que cometa el menor estando en su compañía, cabe señalar que la responsabilidad será compartida entre este progenitor y la persona que ostente la custodia, la cual vendrá obligada a responder por el hecho de ejercitar directamente las funciones de guarda y por tener al menor bajo su cuidado y protección; circunstancia ésta que impide que pueda quedar exenta de toda responsabilidad. Otra cosa distinta es concretar en qué proporción o medida responderá, para lo que habrá que ponderar todos aquellos índices o factores que influyeron en la conducta del menor. Pero esto es algo que examinaré con más detenimiento en páginas posteriores de este trabajo.

Si continuamos con el estudio de los distintos supuestos en los que puede darse una concurrencia de responsabilidades por concurrir a su vez varias potestades de guarda, se observa como en los casos de separación, divorcio, ausencia, imposibilidad e incapacidad de alguno de los padres o de ambos, en los que el ejercicio de la guarda corresponde exclusivamente a uno de ellos (arts. 156.4.^º y 5.^º CC, 137.3.^º y 139.1.^º y 3.^º CF) o a una tercera persona que tiene asignada la custodia del menor, igualmente la responsabilidad será conjunta. Pues esto no implica de ningún modo que se asigne a este último de forma exclusiva, ni el deber de velar y cuidar a los hijos, ni el de tenerlos en su compañía, privándose al otro progenitor o progenitores del ejercicio de dichas funciones. La atribución de la custodia a uno solo de los padres o a un tercero no afecta al deber que siguen ostentando el otro u otros de atender las necesidades cotidianas de sus hijos (arts. 92.1.^º, 94 CC y 103.1.^º CC). De una forma más abstracta o menos cercana si se quiere, pero siguen teniendo la obligación de cuidarlos aun cuando no los tengan consigo²⁵. Es el que convive con el hijo quien asume la idea de guarda de una forma más directa y personal, pero el privado de dicho ejercicio sigue conservando sin embargo las obligaciones de velar y alimentar, y el derecho a relacionarse con él, y en esta medida sigue conservando, por lo tanto, la potestad de guarda. Estos supuestos en los que por motivos de separación, divorcio,

²⁵ AA.VV., *Los menores en el Derecho español*, coord. por Isabel Lázaro González, Madrid, 2002, p. 231.

imposibilidad o incapacidad de alguno de los padres o de ambos, la custodia corresponde a uno solo de los progenitores o a un tercero (tutor o acogedor), deben diferenciarse de aquellos otros en los que el titular de la potestad sufre la sanción de privación de la misma. Como ya se ha explicado, el padre privado de la patria potestad únicamente puede venir obligado a responder por los daños que cometa el menor estando éste en su compañía justamente en el preciso momento de producirse la infracción penal. Tal es así, porque la sanción de privación impide casi de forma absoluta al padre llevar a cabo en la práctica el deber de vela que deriva de la relación de filiación (arts. 110 CC y 136.1.º CF), por lo que, exceptuando el supuesto anteriormente mencionado, no tendría sentido exigírsele responsabilidad por el incumplimiento de un deber que ni siquiera tiene la oportunidad de ejercitar. Pudiendo afirmarse que en estos casos el progenitor no ostenta la potestad de guarda, al quedar completamente en el aire esta función. Pero diferente es cuando la persona que ostentando la guarda sobre el menor, no tiene su custodia en un momento dado por otros motivos distintos de la privación, como en los supuestos de separación, divorcio, incapacidad, imposibilidad, custodia compartida, etc., en los que la persona que no tiene al menor en su compañía en el momento de producirse el daño, responderá de todas formas, porque en este caso, a diferencia del anterior, sí que se ostenta la potestad de guarda. Y se ostenta dicha potestad porque la persona que no tiene la custodia del menor debe y puede seguir ejerciendo perfectamente las otras funciones propias de la guarda. Entre ellas, cabe mencionar que tiene la obligación de seguir educándolo, alimentarlo, procurarle una formación, cuidarlo y, en general, velar por su estado físico y psicológico. Además, en muchos de estos supuestos las decisiones que se adopten sobre el menor en todos los aspectos relativos a su desarrollo en la esfera personal serán compartidas e incluso tomadas únicamente por la persona que no tiene en ese momento su custodia, la cual puede llegar a ejercer como se verá, una fuerte influencia en las actuaciones tanto de la persona que tiene la custodia como en las del propio menor. Por lo que no puede quedar al margen de la responsabilidad.

Otro supuesto en el que la potestad de guarda se bifurca, es aquel que tiene lugar cuando la entidad pública encargada de la protección de menores asume la tutela sobre un menor en situación de desamparo (arts. 172.1.º CC y 3.1.º LPMA), o cuando asume solo su guarda a solicitud de sus padres o tutores (arts. 172.3.º, 173 CC, 9 LPMA y 165 CF). En el primero de los supuestos mencionados, cuando el organismo competente aprecie la existencia de

una situación de desamparo en el menor, deberá indicar el régimen jurídico aplicable al caso concreto, que podrá consistir en la privación o suspensión de las funciones de la potestad anterior y, además, consiguientemente deberá decretar la constitución de la tutela en la entidad pública. Mientras tanto se llega a esta solución, ambas potestades: la de la Administración y la de los padres o tutores anteriores coexisten y son perfectamente compatibles, al pertenecer una al ámbito del derecho privado y la otra al ámbito del derecho público. Pues la tutela administrativa consiste en un poder jurídico de carácter excepcional que el ordenamiento confiere directamente a la Administración y que genera relaciones de especial sujeción, con menoscabo o desplazamiento de las relaciones o situaciones jurídicas ordinarias de derecho privado de los sujetos afectados. Menoscabo o desplazamiento cuya intensidad dependerá de la extensión del acto concreto de ejercicio de la potestad que en cada caso, realice la Administración, y que dejará de producirse recobrando todo su contenido las potestades familiares ordinarias de derecho privado, en cuanto cese la actuación administrativa. Por el contrario, la patria potestad y tutela ordinaria son potestades familiares de derecho privado que el ordenamiento atribuye directamente a los particulares como consecuencia del establecimiento de una filiación legal, o bien por la carencia de potestad. En consecuencia, la tutela de la entidad pública es compatible con las otras potestades originarias cuyo contenido y ejercicio variará dependiendo del ámbito de protección que haya sido asumido por el órgano administrativo. Lo cual podrá dar lugar, bien a una *privación* total de la potestad anterior, o bien sólo a una *suspensión* de una parte del contenido de la misma.

En el supuesto de *privación*, tanto la titularidad como el ejercicio de la potestad de guarda serán transferidos a la entidad, que asumirá a partir de este momento la totalidad de las funciones tutivas sobre el menor. La privación total de la potestad, que supone la exclusión de la titularidad, normalmente tendrá lugar cuando las causas que hayan motivado el abandono sean muy graves y además hayan sido culposas, operando así a modo de sanción por la conducta negligente de los guardadores anteriores. Mientras que si el Juez declara sólo la *suspensión* de la potestad, entonces los padres o tutores quedarán despojados solo de una parte de su ejercicio o de algunas funciones de la misma que serán asumidas por la entidad. Conservando, por tanto, los padres o tutores su titularidad y el resto del ejercicio de las funciones que no hayan sido transferidas al órgano administrativo. En este supuesto, la entidad pública tiene

la titularidad de la potestad conjuntamente con los padres o tutores y el ejercicio de una parte del contenido de aquélla²⁶.

Así las cosas, resulta evidente que el acto administrativo de ejercicio de la potestad se encuentra necesariamente limitado por la finalidad que persigue el precepto, que no es otra que poner término a la situación de desamparo en el menor. De este modo, si los padres o el tutor le prestan la adecuada asistencia moral pero no la material, entonces la actuación administrativa deberá limitarse a atender al menor en el aspecto material o viceversa. Por ello, el acto administrativo que declare la situación de desamparo y ejercente la potestad, no puede tener siempre los mismos efectos e idéntico contenido y consecuencias para el menor y para sus padres o tutores. Naturalmente, si lo que conviene al menor es, por ejemplo, su permanencia junto a sus padres, es obvio que serán ellos los que le procuren alimentos, guarden y eduquen, aunque sea con la colaboración y bajo la vigilancia de la entidad pública. Si por el contrario, se acordase el internamiento del menor o su acogimiento, la guarda será ejercida por el director del establecimiento o por la persona o personas que lo hubiesen acogido. Pero si esta medida no hubiese derivado del indigno ejercicio de la patria potestad o tutela ordinaria, sino de la imposibilidad de cumplir los deberes de ellas derivados, entonces nada justifica que los padres o tutores vean menoscabada su función como representantes legales del menor. Sin embargo, en otras situaciones el interés del menor exigirá la asunción por la entidad de todo el contenido posible de la potestad: la prestación de alimentos, la guarda, la educación, la representación legal y la administración de sus bienes, y así sucederá, desde luego, cuando los padres o tutores hubiesen sido privados de la misma. Aquí, al igual que en los supuestos anteriores, deben diferenciarse claramente las consecuencias cuando el titular de la potestad es privado o bien suspendido de la misma: en el supuesto de privación; tanto la titularidad como el ejercicio de la guarda pasan a ser asumidos por la entidad pública, y aunque según la norma sus titulares originarios siguen conservando las obligaciones de velar y alimentar al menor (arts. 110 y 111 párr. último CC y 136.1.º CF), únicamente podrá hacérseles responsables de los daños que cometa éste cuando se encuentre en su compañía en el momento de su comisión, lo que sucederá en aquellos casos en los que a los titulares anteriores de la guarda se les permita, aun privados de la misma, relacionarse con el menor (arts. 160.1.º CC y 136.1.º CF). La solución será distinta cuando el régimen al que

²⁶ NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª Carmen, *ob. cit.* pp. 50, 54 y 55.

queden sometidos los padres o tutores anteriores sea el de la suspensión, pues en este caso, la titularidad de la potestad de guarda sigue siendo ostentada por éstos conjuntamente con la entidad pública, que además de tener la titularidad de la potestad, asumirá aquella parte de su ejercicio que no puedan desempeñar con normalidad por sí mismos sus titulares. En este último supuesto, las funciones inherentes al contenido de la guarda que siguen conservando sus titulares, tienen una fuerza o dimensión mucho mayor que en el caso anterior, al traer su causa el régimen de la suspensión en una serie de circunstancias que impiden a los padres o tutores llevar a cabo adecuadamente el ejercicio de la guarda, que revisten menor gravedad y que en consecuencia, no provocan una situación de desatención tan trascendente como la que da lugar al régimen de la privación, teniendo por este motivo como finalidad el reingreso del menor en su familia de origen (arts. 172.4.^º CC, 5.3.^º y 10.3.^º CF). Por ello, a diferencia de la privación, en la suspensión es posible que la entidad asuma sólo algunas funciones relativas a la potestad de guarda, pero no todas. Sólo aquellas que precisamente los padres o tutores originarios no puedan desempeñar por ellos mismos. En definitiva, el régimen de la suspensión sigue manteniendo a los padres en estrecha vinculación con sus hijos a todos los niveles, pues éstos seguirán conservando todas las funciones inherentes a la guarda, exceptuando aquellas que hayan tenido que ser traspasadas a la entidad, pero respecto de las cuales seguirán teniendo poder de decisión en cuanto a la forma de ejercerlas. En la medida en que siguen conservando la potestad de guarda, y esta circunstancia debe ser respetada y tenida en cuenta por la entidad, que en este supuesto se limitará a llevar a la práctica aquellas funciones que haya asumido, siempre bajo la dirección y vigilancia de los padres. Todo lo cual indica que éstos deben responder cuando el menor cause daños a terceros, aun en el supuesto de que éste no se encuentre en su compañía en el momento de su producción.

Y por lo que respecta a la segunda de las medidas mencionadas (Guardia Administrativa); tiene su origen en los supuestos de imposibilidad de cumplimiento de las funciones de guarda, que pueden venir provocadas por ejemplo, por la incapacidad, ausencia, enfermedades físicas o psíquicas, el déficit económico, etc, que llevan a los titulares de la potestad a solicitar el auxilio de la Autoridad Pública con la finalidad de evitar que el menor pueda llegar a encontrarse en una situación de desatención. Aquí el ente público asistente asumirá únicamente como regla general su protección en el ámbito personal, y además, de manera sólo temporal. Esta medi-

da permite a los padres o tutores, no sólo la conservación de la titularidad de sus funciones, de manera que será perfectamente compatible con la guarda de la patria potestad o tutela, sino también el ejercicio de las no asumidas por dicho ente, pudiendo revocar el consentimiento. Además, al tratarse ahora de circunstancias mucho menos graves que las que contemplan los artículos 172.1.^º y 2.2.^º LPMA, el ejercicio de esta guarda por la entidad se llevará a cabo generalmente con una mayor intervención o participación de los padres o tutores, cuyas instrucciones y recomendaciones relativas al ejercicio de la misma deberán ser respetadas al máximo por aquélla²⁷.

Los supuestos hasta ahora analizados nos permiten configurar o realizar una aproximación de aquel concepto de guarda que realmente es tenido en cuenta por el legislador a la hora de atribuir la responsabilidad.

En su momento ya se explicó que la guarda expresa una función que incluye dentro de sí una serie de derechos-deberes a través de cuyo ejercicio se hace efectiva, pero debe concluirse que no por el mero hecho de ostentarse estos deberes se viene obligado a responder. Tal es así, porque el concepto de guarda en el que se basa el ordenamiento para identificar al responsable queda ceñido o restringido a aquellos supuestos en los que dichos deberes pueden ejercitarse efectivamente en la práctica, dado que sólo partiendo de este presupuesto de hecho podría derivarse la existencia de un incumplimiento de los mismos. Ciento es que aunque se desempeñen correctamente tales deberes, la norma de todas formas no libera a los guardadores de responsabilidad, de manera que parece como si la ley prescindiese totalmente de la existencia o no de un incumplimiento de tales deberes para atribuir la responsabilidad. Pero lo cierto es que ello no es así, pues si recordamos, en las relaciones internas de la solidaridad la responsabilidad de los guardadores podía ser moderada si éstos probaban que habían llevado a cabo un comportamiento correcto en el desempeño de las funciones de guarda sobre el menor, lo cual introduce un cierto criterio de subjetividad, porque la norma está entrando a valorar el comportamiento para discernir los distintos grados de responsabilidad. La norma, por tanto, no es absolutamente objetiva, y en estos casos, cuando obliga a los padres a responder aunque en menor medida, aun habiendo desempeñado como es debido sus funciones de guarda, de alguna manera nos está dando a entender que si el menor ha infringido un daño es porque sus padres o guardadores no han observado un buen cumplimiento de sus fun-

²⁷ Ibídem; pp. 68 y 70.

ciones de guarda. Es decir; por mucho que se acredeite el buen comportamiento o diligencia de los padres, el daño producido por el menor siempre habrá sido debido a un mal desempeño de alguno o algunos de los deberes que componen la guarda. Y es por este motivo precisamente por el que la norma hace responder igualmente a los guardadores que prueben un comportamiento plenamente diligente. Porque en el fondo la ley parte de la base de que nunca pueden haber sido diligentes del todo si el menor ha infringido un daño. Partiendo de estas consideraciones, entonces sólo puede hacerse responder a aquella persona que ha tenido por lo menos la posibilidad de incumplir con los deberes de la guarda. Teniéndose en cuenta que dicho incumplimiento sólo será posible cuando la guarda pueda ser materialmente ejercida, y no en otro caso. De ahí que el padre privado de la potestad que de acuerdo con la norma sigue conservando aquellas funciones derivadas de la relación de filiación, no venga obligado a responder por el incumplimiento de unos deberes que ni si quiera tiene la posibilidad de ejercitar. Porque el concepto de guarda al que nos referimos, no es aquel que viene determinado por el hecho de incluir en abstracto las funciones inherentes a la guarda. En cuyo caso, el progenitor privado de la patria potestad también vendría obligado a responder, sino aquel en el que la potestad de guarda se circumscribe a su posibilidad real de ejercicio efectivo, porque sólo así puede tener influencia en la conducta del menor y en consecuencia afirmarse que ha existido un mal desarrollo de dicha función. Y dentro de este concepto del que parte la norma, también deben incluirse aquellos casos en los que los titulares de la potestad en algún momento se encuentran suspendidos en su ejercicio, porque aquí, aunque la función de la guarda sufre un debilitamiento, no por ello deja de ejercerse.

Lo dicho hasta ahora pone de manifiesto que en ocasiones la responsabilidad civil derivada de la infracción penal cometida por el menor, va a corresponder no sólo a las personas que lo tengan en su compañía o bajo su custodia, sino también a aquellas otras que aunque no se encuentren en permanente contacto directo con él, de todas formas deben encargarse de su cuidado. Se tratará de un cuidado o vigilancia más indirecta o abstracta, pero en cualquier caso, lo que si es cierto es que no por ello dejan de ostentar estas personas el deber de guarda. Un deber de guarda ciertamente más debilitado o difuminado en lo que respecta a su ejercicio efectivo, pero que en todo caso existe, y que por lo tanto obliga a repartir la responsabilidad a la que nos estamos refiriendo. Queda por tanto ver a continuación de forma más detallada cómo se distribuye esta responsabilidad, que dependerá de la influencia que puedan ejercer

sobre la conducta del menor cada una de estas personas a través del desempeño de sus correspondientes funciones de guarda.

Antes conviene aclarar que el artículo 61.3.^º LORPM parece establecer un orden de prelación entre los sujetos que responderán conjuntamente con el menor, al disponer que «...responderán solidariamente con él... sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden». Lo que vendría a significar que en el caso de que el menor tuviese padres pero, por ejemplo, el mismo hubiese sido dado en acogimiento a una familia, entonces según la redacción literal del precepto, en este caso, la responsabilidad correspondería únicamente a los padres, por ser los primeros de la lista, con exclusión de todas las demás figuras de protección que pudiesen existir sobre el menor en el momento en que éste llevase a cabo el resultado dañoso. Sin embargo, a mi parecer, esta interpretación no resulta ser la más coherente, ni con el significado del precepto en su conjunto, ni tampoco con el principio básico que intenta proteger la ley a toda costa, que no es otro que el «*interés superior del menor*». Y no es coherente, como digo, por los siguientes motivos: por un lado, porque si el criterio o elemento utilizado por el legislador para atribuir la responsabilidad es la guarda, entonces lo más lógico es que se haga responder a aquella persona o personas que efectivamente la ejercen sobre el menor en el momento de producirse el daño. Estas personas pueden ser los acogedores, tutores o guardadores legales o de hecho, independientemente de que el menor tenga además padres. Y por otro, esta interpretación no contribuye ni lo más mínimo a garantizar la protección del interés del menor, puesto que si estas otras personas no responden por la sencilla razón de que el menor tiene padres, entonces la consecuencia lógica es que las que pueden realmente ejercer un control y vigilancia más directos sobre el menor, aun habiendo podido contribuir a la producción del daño, sin embargo no responderán. Y sabiéndolo, lógico es pensar que este criterio puede llevarles fácilmente a adoptar la actitud de no esforzarse demasiado en vigilar o educar al menor para prevenir que haga daño a otras personas. Es decir, la norma, al haber introducido el término «por este orden», lo que está haciendo es desincentivar que las personas que tienen al menor bajo su custodia, se interesen realmente en controlarlo o vigilarlo, pues de todas formas saben que su conducta no va a acarrearles ninguna consecuencia negativa mientras el menor tenga padres que asuman la responsabilidad.

Otra interpretación posible sería entender que aunque la norma no establezca orden alguno, sin embargo debería atribuirsele una mayor proporción de responsabilidad al sujeto que en ella aparezca mencionado con anterioridad. Es decir; que aunque no se contem-

ple un orden excluyente de preferencia a la hora de responder, no obstante debería asumir una cuota mayor de responsabilidad aquel que se encuentre enunciado con antelación. Así por ejemplo, si el menor teniendo padres es dado en acogimiento, aunque tanto los padres como los acogedores serían responsables por ostentar la guarda sobre él, sin embargo, el contenido de la responsabilidad de los primeros debería ser más amplio, por la sencilla razón de ocupar un puesto anterior en el enunciado de la norma.

No obstante, esta interpretación tampoco me parece convincente, porque la persona que tiene al menor en su compañía y que ejerce materialmente la guarda sobre él, es quien realmente puede educarlo, o en su caso, vigilar sus comportamientos, por lo que no sería equitativo que la persona que no tuviese ningún control sobre el menor tuviese que acarrear con una mayor responsabilidad. Pensemos por ejemplo, en el supuesto de un padre que se encuentre totalmente imposibilitado para cuidar a su hijo por sufrir una grave discapacidad, y que como consecuencia de ello, el menor se encuentre acogido por una familia. En este caso, hacer responder en mayor proporción al padre que se encuentra imposibilitado sería totalmente injusto e ilógico. Por este motivo, creo que la interpretación que debe extraerse del precepto es la de considerar que en realidad no instaura orden alguno; ni en lo que concierne a la determinación del sujeto responsable, ni en lo referente al grado de responsabilidad. Y que la concreción del responsable dependerá de quien desempeñe la guarda en el momento en el que el menor produzca el daño. Por lo que debe entenderse que el precepto se limita a hacer una simple enumeración de los posibles responsables, sin que pueda entablarse ningún orden de prelación entre ellos²⁸.

4.1 Los padres

El artículo 61.3.^º LORPM menciona en primer lugar a los padres como sujetos que responderán solidariamente con el menor causante directo del daño. El término hace referencia tanto a los padres biológicos como adoptivos, ya exista entre ellos relación matrimonial o extramatrimonial²⁹.

²⁸ Comparte este criterio NAVARRO MENDÍZÁBAL, Iñigo Alfonso; *La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. En ICADE. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Núm. 53. Madrid, Mayo-Agosto, 2001. p. 153.

²⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; *Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con Jurisprudencia y normativa complementaria*. Dir. Por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. Madrid, 2001. p. 503.

Cuando el menor haya sido dado en adopción, debe tenerse en cuenta que esta figura de protección da lugar a la atribución de la patria potestad sobre el adoptado, quedando extinguidos completamente todos los vínculos con su familia de origen, lo cual dará lugar al decaimiento de todos los derechos y deberes tanto de orden personal como patrimonial en los padres biológicos. Por lo que si el menor es adoptado por una nueva familia y no se encuentra sometido a ninguna otra figura de protección, sólo sus padres adoptivos serán los responsables de los daños que cause a otras personas.

Si los padres viven juntos en circunstancias normales, no se plantearán mayores problemas a la hora de imputar la responsabilidad. Ésta corresponderá a ambos por partes iguales, por aplicación de la regla general que consagra el ejercicio conjunto de la patria potestad (arts. 156.1.^º CC y 137.1.^º CF). Pero si alguno de ellos se encuentra ausente, incapacitado o imposibilitado para ejercerla, entonces el Juez debe proceder a descargar la responsabilidad en la medida de lo posible al padre que no tiene atribuido el ejercicio, y dirigir la obligación de responder en la mayor parte contra el padre que más directamente haya influido en la causación del daño, que es aquel que ejercía la guarda material en el momento de los hechos³⁰. Por aplicación de la regla que consagran los artículos 156.4.^º CC y 137.3.^º CF, en virtud de los cuales, la potestad será ejercida exclusivamente por uno de los padres en los casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro.

Cuando los padres vivan separados por causa de separación, divorcio, motivos laborales, etc., la ley permite que puedan llegar a acuerdos de determinación voluntaria del ejercicio de la potestad (arts. 90.1.^ºA) CC, 76.1.^ºb) y 139.1.^º CF). En los que podrá, bien atribuirse el ejercicio de la guarda a uno solo de los progenitores o bien, establecer un régimen de guarda compartida en el que los padres se distribuyan las funciones de la potestad, indicando si lo desean, el tipo de actos que quedan encomendados a cada uno. En este último supuesto, se producen estancias continuadas del hijo sucesivamente con ambos progenitores, proporcionando así el contacto continuado y diario por largos períodos de tiempo con cada uno de ellos, al tiempo que a través del régimen de visitas se mantiene la relación con quien, en cada período determinado no tenga la guarda. Aunque esta forma de guarda compartida es excepcional, por el riesgo tan elevado que conlleva de que se produzcan decisiones contradictorias debidas a la falta de convivencia de los

³⁰ Véase en lo referente a la facultad moderadora del Juez; LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *ob. cit.*, p. 417.

padres, siendo considerada por lo general contraria a la estabilidad que necesita el hijo para su desarrollo. Por lo que requiere para su viabilidad práctica un consenso básico y una relación de confianza entre los padres³¹. Si los padres no llegasen a un acuerdo, el Juez decidirá al cuidado de qué progenitor quedará el hijo (arts. 159 CC y 139.2.^º CF). Y cuando el convenio regulador formalizado por los padres o la sentencia judicial no contuvieren normas sobre el ejercicio de la patria potestad, ésta será ejercida por el progenitor conviviente (arts. 156.5.^º CC y 139.3.^º CF). Puesto que el ejercicio de la patria potestad mediando separación no es fácil en la práctica, en defecto de acuerdo de los padres o del Juez, la concentración de su ejercicio en uno solo resulta ser la medida más favorable para el hijo, dado que la patria potestad presupone o exige una relación inmediata entre padre e hijo. Faltando ésta, como sucede cuando no se convive con el hijo, forzosamente el grueso de las funciones que la integran van a tener que ser ejercitadas de manera casi exclusiva por el padre conviviente³².

Así por tanto, en los supuestos de separación deben tenerse presentes fundamentalmente dos tipos de situaciones a la hora de proceder al reparto de la responsabilidad:

1. Aquella situación en la que el ejercicio material de la guarda queda atribuido con carácter exclusivo a uno solo de los padres, que será con quien el hijo conviva, o en la que conviviendo el hijo con uno solo de ellos, se procede a la distribución de funciones. De manera que el padre conviviente ejercerá aquellas funciones que requieran un contacto más habitual o continuado con el menor, y el otro llevará a término aquellas otras que puedan ejercerse sin necesidad de convivencia. En estas situaciones, el padre que no convive con el hijo, para empezar tendrá los derechos-deberes de velar por él, alimentarlo y tenerlo en su compañía (arts. 110, 111 párr. último y 160.1.^º CC, 135.1.^º y 136.1.^º CF). Este último derecho-deber; el de mantener relaciones personales con el hijo, que posibilita tenerlo consigo durante ciertos períodos de tiempo, resulta muy relevante a la hora de concretar la responsabilidad, porque cuando el padre no conviviente ejerce el derecho de visita, tiene la vigilancia y el cuidado más inmediato sobre el menor. Lo que significa que si durante el ejercicio de este derecho el menor comete una infracción, el progenitor visitante va a resultar el principal responsable, con independencia de que al otro progenitor también se le atribuya su parte de responsabilidad por el desempeño de aquellas funcio-

³¹ FERRER RIBA, Joseph, «Comentario al artículo 139 CF», en *Comentari al Codi de Família*, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua. Dir. Por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba. Madrid, 2000. pp. 666 a 669.

³² CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, José, «Patria potestad, infancia y familia: delimitación de la materia», en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. por Juan Francisco Delgado de Miguel, t. IV, Familia, vol. 1.^º, Madrid, 2001, pp. 676 y 677.

nes de guarda que también pueden tener influencia sobre la conducta del menor. Pero en cualquier caso, lo cierto es que aquel que lo tenga en su compañía justo en el momento de producirse el daño, será el que normalmente acarree con una mayor responsabilidad. Contrariamente, si el menor comete el ilícito penal estando en compañía del progenitor conviviente, lógicamente es a éste a quien deberá imputársele una cuota más amplia. Por otra parte, el ordenamiento establece un límite al ejercicio individual de la potestad, al facultar al progenitor que no tiene bajo su custodia al menor para oponerse a ciertas decisiones importantes que pueden tener una incidencia profunda en su desarrollo, como son las relativas a su cuidado, educación, formación intelectual o administración de su patrimonio. Se trata de un derecho-deber de supervisión o vigilancia que el ordenamiento reconoce al progenitor no ejerciente, que le permite oponerse a las decisiones más relevantes que adopte el otro sobre el hijo. Y como contrapartida a este derecho-deber de oposición, la ley impone al padre que tiene la guarda del menor, la obligación de tener informado al otro no guardador cada vez que proceda a adoptar una decisión de este tipo. Junto a éste, el ordenamiento también reconoce al progenitor no conviviente o no ejerciente, el derecho-deber de participación o de cooperación en la labor efectuada por el otro. Que se concreta en una serie de atenciones que el progenitor custodio puede reclamar del otro en circunstancias concretas, como puede ser por ejemplo, en caso de enfermedad, accidente, necesidad de apoyo moral hacia el hijo o cualquier otro tipo de problema que le afecte, etc., que exigirán una posición activa del padre apartado del ejercicio. Estos derechos-deberes de oposición y de colaboración corresponderán al padre o a la madre que no tenga el ejercicio material de la guarda, ya sea porque ésta haya sido atribuida de forma exclusiva a uno de ellos, o porque exista un reparto de las funciones [arts. 90 A), 92, 94 y 156.5.^o CC, 139.4.^o y 140 CF]. Y en el caso de privación de la potestad estos derechos subsistirán si se mantiene el derecho de relación personal con el hijo ³³. Se observa de esta forma, como el padre, aun apartado del ejercicio, puede ejercer una influencia notable sobre las situaciones o estados en los que llegue a encontrarse el menor, así como mediatar profundamente sus actitudes o comportamientos, al facultarle y al mismo tiempo imponerle la norma unos derechos-deberes que van a influir sobre los aspectos más trascendentales en el desarrollo de su personalidad, como lo es el participar en todo momento en las cuestiones más importantes relativas a su cuidado, al tipo de enseñanza o formación que debe recibir o incluso el domicilio donde debe habitar. Cuestiones éstas que deberán ser analizadas y consentidas por ambos padres. Siendo lógico en consecuencia, que la responsabilidad se reparta entre los dos a través del sistema de la moderación judicial, que faculta al Juez, no solo para aminorar la responsabilidad del guardador que no haya actuado con dolo o negligencia grave, sino también ade-

³³ FERRER RIBA, Joseph, «Comentario al artículo 139 CF», cit., pp. 673-678.
ECHARTE FELIÚ, Ana M.^a, *Pátria potestad en situaciones de crisis matrimonial*. Granada, 2000, pp. 102-105.

más, para distribuirla entre los guardadores (en el caso de que hayan varios), atendiendo al grado de influencia o de participación que haya tenido cada uno en la comisión del daño.

2. También puede darse en la práctica, aunque de forma más excepcional, aquella situación en la que el menor queda sometido a un régimen de guarda compartida entre sus padres. En la que éstos ostentan su custodia por períodos de tiempo alternos. Aquí, el progenitor que en cada momento se encuentre apartado del ejercicio seguirá ostentando aquellos derechos-deberes mencionados: derecho-deber de vela, de compañía, de alimentos, de información y de cooperación en el ejercicio de la guarda del padre custodio. Lo que conducirá a que deba procederse aquí también al reparto de responsabilidad entre ambos, siendo lo más razonable en este supuesto, que el padre que ostente la custodia en el momento de producirse el hecho dañoso, asuma una responsabilidad mayor, excepto cuando el ilícito se produjese estando el menor en compañía del padre no custodio que se encontraba ejercitando precisamente en ese momento su derecho de visita. En cuyo caso, la responsabilidad de éste acrecerá en proporción a su grado de negligencia o de culpabilidad en los hechos.

4.2 Los tutores

El precepto abarca tanto la tutela civil ordinaria de los artículos 222 y siguientes del Código Civil y 167 y siguientes del Código de Familia, como la que es ejercida por la entidad pública sobre los menores en situación de desamparo (arts. 172.1.^º CC, 146.1.^º CF y 3.1.^º LPMA).

Comenzando por el estudio de la primera de las figuras mencionadas, debe señalarse para empezar, que el tutor al que se refiere el precepto, es el que ejerce la tutela sobre la esfera personal del menor, sin que esta responsabilidad alcance al que tenga la administración de sus bienes cuando la tutela se haya desdoblado en este segundo cargo. Ya que sólo el tutor de la persona es el que tiene el deber de velar por el tutelado y el de tenerlo en su compañía, y por consiguiente, a quien corresponde la guarda de este último (arts. 269 CC y 207 CF)³⁴.

El tutor persona física o jurídica, es el responsable primordial de la crianza y formación del menor, al venir obligado a facilitar a

³⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con Jurisprudencia y normativa complementaria*. Dir. por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. Madrid, 2001. p. 504.

VAQUER ALOY, Antonio, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación», en *Revista Jurídica. La Ley*, t. 1, 2001, p. 1634.

éste todas las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral de su personalidad³⁵. Como en la potestad del padre y la madre, entre los deberes propios del cuidado del menor se encuentra el deber de educación y formación integral, que afecta a todos los ámbitos de la persona. Es decir; no sólo a la formación intelectual, sino también a la moral, social, cívica y religiosa. Porque de lo que se trata es de formar al menor como persona, de educarlo para que sea capaz de conocer la verdad y de discernir entre el bien y el mal³⁶. La tutela se caracteriza por ser el régimen más completo e intenso de los sistemas de guarda y protección que contempla nuestro ordenamiento para suplir las carencias de los menores que no se encuentran sometidos a la patria potestad. Constituyendo por este motivo, un mecanismo paralelo y subsidiario de esta última, porque tendencialmente comprende al igual que la patria potestad, la guarda, protección y representación del sometido a ella y la administración de su patrimonio³⁷. En definitiva, en manos del tutor se encuentran aquellos deberes de los que dependía básicamente la atribución de la responsabilidad civil derivada de delito, y que originarán, sin duda alguna, que éste asuma la mayor parte de la responsabilidad, sino toda, por los daños que cometa el tutelado bajo su cargo: –el deber de vigilancia y control sobre la persona del menor el deber de tenerlo en su compañía y el deber de educarle y procurarle una formación integral junto con el deber de corregirlo de manera justa y razonable–. Deberes todos ellos que traen su causa en la función genérica que ostenta el tutor de velar por el menor, al tener atribuida la guarda de este último (arts. 268 y 269 CC, 207.1.^º, 213, 214.1.^º y 2.^º y 215.1.^º CF). Y en el caso de que la tutela se instaure sobre el menor con motivo de haber sido privados los padres de la patria potestad, es evidente que en este supuesto el tutor cargará con toda la responsabilidad, excepto en los casos en los que el ilícito penal hubiese sido cometido por el menor estando éste en compañía de sus padres cuando éstos ejercitasen su derecho de visita o comunicación. Pues siendo así, la responsabilidad se distribuirá entre ellos (padres y tutor), siendo la responsabilidad de los padres mayor que la del tutor, al no encontrarse en este caso el

³⁵ LAUROBA LACASA, M.^a Elena, «Comentario al artículo 213 CF», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*, Dir. por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba, Madrid, 2000, p. 906.

³⁶ SANCHO GARGALLO, Ignacio, «Comentario al artículo 215 CF», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*, Dir. por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba, Madrid, 2000, pp. 911 y 912.

³⁷ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, *ob. cit.*, p. 90.

menor bajo la esfera de control y vigilancia de este último en el momento de los hechos.

El artículo 61.3.^º LORPM también alude a la Tutela de las Entidades Pùblicas por Ministerio de la Ley; para poder llevar a cabo la asistencia al menor, la entidad va a necesitar de otras personas o instituciones. Por lo general, la guarda se ejercerá a través de establecimientos públicos o privados, o con el auxilio de núcleos familiarmente estructurados. Las familias de apoyo y personas particulares en general, actuarán en calidad de colaboradoras de los servicios públicos de asistencia social en el área de protección de menores (arts. 172.3.^º CC, 2.5.^º y 32 LPMA). Y en todos estos supuestos, la nota distintiva y diferenciadora con el acogimiento que no se deriva de la previa guarda administrativa, es que en este último, los deberes tutivos se ejercerán con una mayor autonomía decisoria y de responsabilidad por la familia acogedora. Mientras que aquí, por el contrario, es en la propia persona jurídica pública y sus representantes, en quien recae el peso de la responsabilidad y la toma de decisiones³⁸. Es decir, aunque para el cumplimiento de sus funciones tutivas la entidad va a servirse de la colaboración de otras personas o instituciones, sin embargo en este supuesto, el titular de la tutela es la propia entidad pública. Por lo que puede perfectamente afirmarse que el ejercicio de la guarda sigue correspondiendo aquí a la misma entidad, que será la encargada de vigilar en todo momento la situación del menor, controlando que estas otras personas designadas para ejercerla cumplan correctamente con sus funciones. El órgano público es quien dirige a sus órganos colaboradores elegidos, y quien se encarga de adoptar las decisiones más importantes relativas al cuidado del menor, lo que conlleva que a la hora de exigir responsabilidades, se le atribuya a éste una mayor proporción³⁹.

Las medidas de protección que puede acordar la entidad, que serán puestas en marcha por sus órganos (personas o instituciones colaboradoras) son:

- El acogimiento familiar, que será ejercido por la persona o familia que determine la entidad pública.
- El acogimiento residencial, que será ejercido por el Director del Centro donde sea acogido el menor.

El acogimiento familiar ostenta carácter prioritario o preferente respecto del residencial, dado que la ley procura ante todo que el

³⁸ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, *ob. cit.* pp. 48, 50 y 51.

³⁹ GARRIDO CHAMORRO, Pedro, «Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción», en *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV, Familia, vol. 2.^º, Madrid, 2002, pp. 752 y 759.

menor permanezca internado el menor tiempo posible, teniendo en cuenta que es necesario para él la experiencia de vida en familia principalmente en la infancia.

En el ámbito de la legislación civil estatal el acogimiento familiar puede adoptar cuatro formas:

1. El acogimiento temporal (art. 173 bis.1.^º CC), cuando se dan las condiciones de temporalidad en las que es relativamente previsible el retorno del menor a su propia familia de origen.
2. El acogimiento permanente (art. 173 bis.2.^º CC), en aquellos casos en los que la edad u otras circunstancias del menor o su familia aconsejan dotarlo de una mayor estabilidad.
3. El acogimiento preadoptivo (art. 173 bis.3.^º CC), cuando tenga como finalidad la adopción del menor por la familia acogedora.
4. El acogimiento provisional (art. 173.3.^º párr 2.^º CC), que podrá ser acordado por la entidad cuando los padres no consientan o se opongan al acogimiento, y que subsistirá hasta tanto se produzca la resolución judicial.

Y en el ámbito de la legislación civil catalana, las medidas de protección podrán ser las siguientes:

1. La asistencia a la propia familia del menor, mediante ayudas de tipo psico-social, personal o económicas de la Administración (art. 5.1.^º.1.^a LPMA). Que podrá consistir también en la vigilancia protectora a cargo de un delegado de asistencia al menor, el cual, siguiendo las instrucciones de la autoridad judicial llevará a término la vigilancia de los padres o guardadores del menor, con la finalidad de garantizar el cumplimiento exacto de los deberes de guarda y protección.
2. El acogimiento simple del menor por una persona o familia, que pueda sustituir provisional o definitivamente su núcleo familiar natural (art. 5.1.^º.2.^a LPMA).
3. El acogimiento simple en un centro público o colaborador (art. 5.1.^º.3.^a LPMA), consistente en ingresar al menor en un centro adecuado a sus características para que reciba la educación y atención necesarias mientras dure la situación familiar que haya provocado la adopción de esta medida.
4. El acogimiento familiar preadoptivo (art. 5.1.^º.4.^a LPMA), que tiene como finalidad la plena integración del menor en la nueva familia como consecuencia de la gravedad de las causas que lo han originado.

Pues bien, de todas las medidas mencionadas hasta ahora, generalmente la Administración Pública acabará adoptando aquellas que tengan como finalidad la plena integración del menor en la familia acogedora, ya sea para su posterior adopción por ésta (acogimiento preadoptivo), o bien para convivir con ella con carácter permanente, sin necesidad de que su nueva familia lo adopte (aco-

gimiento permanente). Y ello es así, porque precisamente el acogimiento que trae su causa en la tutela de la entidad pública, es el que tiene lugar como consecuencia del estado de abandono en el que se encuentra el menor, que deriva del incumplimiento voluntario y consciente de los deberes paternos, por lo que lógicamente lo que se desea es precisamente una larga duración del mismo, que desembocará normalmente en la adopción del menor por una nueva familia. Lo que se pretende es, entonces, la total y definitiva sustitución de la familia natural u originaria con la subsiguiente integración física y jurídica del menor en el seno de la familia acogedora.

Pensemos sin ir más lejos, en las causas que dan lugar a la asunción de las funciones tutelares por la entidad. Los artículos 2.2.^º LPMA y 9.2.^º R.P.M.A las especifican de manera precisa (malos tratos físicos o psíquicos, abusos sexuales, explotación, incumplimiento o ejercicio inadecuado de los deberes de protección, ausencia de las personas a las que por ley corresponda ejercer las funciones de guarda, etc), cosa que no hace el artículo 172.1.^º CC, que alude a ellas con carácter muy general. Pero lo cierto en cualquier caso, es que las mismas son capaces de generar una situación de grave peligro para el menor; concretamente una situación de desamparo en el mismo, que tiene su origen en una falta de asistencia efectiva, real y constatable provocada de forma intencionada y culpable por sus padres o tutores iniciales, y que origina la inmediata intervención del órgano público para remediarla ⁴⁰.

La tutela automática que contemplan los artículos 172.1.^º CC, 164.1.^º CF y 3.1.^º LPMA viene caracterizada en la ley por su provisinalidad o transitoriedad, porque deberá ejercerse sólo por el tiempo imprescindible hasta que tenga lugar el retorno del menor a su familia de origen, o bien hasta que sea acogido con carácter permanente o adoptado por otra nueva familia, o se proceda al nombramiento de un tutor ordinario (arts. 172.4.^º CC y 5.3.^º LPMA). Pero hasta que esto ocurra, la entidad pública será la titular de la función de guarda sobre el menor, lo que nos obliga ahora a analizar qué parte de aquella responsabilidad le corresponderá mientras tanto esta situación no se resuelva.

Teniendo en cuenta que en el ámbito en el que ahora nos movemos, los titulares originarios de la potestad de guarda generalmente habrán sido privados o removidos de la misma dada la situación de desamparo del menor, en la esfera personal esta potestad normalmente estará integrada por *el deber de velar por el menor*, que será llevado a cabo de forma inmediata por la entidad, y de forma

⁴⁰ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, *ob. cit.*, pp. 61, 63-65 y 79-81.

mediata por los padres o tutores que deben mantener una actitud de interés y preocupación por el menor (arts. 110, 111 párr. último del CC, y 136.1.^º CF)⁴¹. Y aunque este deber no implica que la entidad haya de tener al menor necesariamente en el seno de algún centro o institución dependiente de ella, sí ha de vigilar su situación, controlando en todo momento que la persona o institución que hayan sido elegidos para el ejercicio de la guarda, lo hacen de forma correcta y beneficiosa para aquél⁴².

El deber de alimentos, que incumbe también a la entidad pública y a los padres (arts. 110, 111 párr. último CC, y 136.1.^º CF).

El deber de compañía, respecto del cual cabe señalar que la Administración puede tener en su compañía al menor o bien darlo en acogimiento a una nueva familia, aunque actualmente este deber se traduce en el ejercicio preferente del mismo por una persona o familia acogedora designada por la propia entidad. Y sólo cuando ello no sea posible, se llevará a cabo a través del internamiento del menor en una institución, en cuyo caso, este deber será materialmente ejercido por el director del establecimiento que acoja al menor. En cualquier caso, la Administración siempre llevará a cabo una labor de vigilancia y de control aunque este deber haya sido transferido a otras personas. No debe olvidarse, por otra parte, que en los supuestos de incumplimiento o inadecuado ejercicio culpables de los deberes de protección, como aquí normalmente será el caso, el Juez puede suspender a los padres de su derecho de visita. Aunque la suspensión de este derecho es excepcional, porque sólo opera en casos muy concretos y además, la medida sólo puede tener carácter temporal, no pudiendo quedar los padres excluidos del mismo con carácter definitivo. En cualquier caso, su modo de ejercicio vendrá determinado por el Juez en la sentencia que declare el desamparo, pudiendo ser moldeado atendiendo a las circunstancias de cada supuesto concreto (arts. 160, 161 CC y 135 CF).

Finalmente, *el deber de educarle y procurarle una formación integral*, que recae plenamente en la Administración, la cual detenta aquí un poder decisorio completo en lo que concierne a la dirección educativa, cultural y escolar del menor. Como regla general, dada la privación de la patria potestad o tutela, los padres perderán el derecho a que se eduque al hijo en sus propias creencias⁴³.

⁴¹ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional*, Granada, 1994, p. 118.

⁴² GARRIDO CHAMORRO, Pedro, «Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción», en *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV, Familia, vol. 2.^º, Madrid, 2002, p. 760.

⁴³ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *ob. cit.*, p. 117.
GARRIDO CHAMORRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 761.

Del estudio de cada una de las obligaciones que componen la potestad de guarda de que es titular el órgano administrativo, se observa como el mayor peso de la responsabilidad ha de recaer necesariamente sobre éste cuando el menor que se encuentra bajo su tutela cometa un ilícito penal. Dado que aquí es la Administración la encargada de adoptar las decisiones más importantes relativas al cuidado y educación del menor, y la que debe llevar a cabo una función de control, inspección y de dirección sobre las personas o instituciones que van a desempeñar en la práctica de una forma más directa el ejercicio de las funciones de guarda (arts. 173.2.^º4.^º y 174 CC, 6.2.^º y 32 LPMA, 24 y 53 R.P.M.A.). Consecuencia lógica además, del hecho de que en estas situaciones generalmente los padres o tutores habrán sido privados o removidos de su potestad. Por supuesto, ello no quita que las familias acogedoras, así como los propios padres, aun privados de su potestad, incurran en su parte de responsabilidad por el ejercicio de las funciones que les corresponden: las familias acogedoras por el hecho de desempeñarlas materialmente, lo que les permitirá una vigilancia y control más directos sobre la persona del menor, y los padres cuando conserven el derecho a relacionarse personalmente con éste y el daño se produzca encontrándose el menor en su compañía.

La víctima por consiguiente, podrá dirigir su acción contra cualquiera de ellos, que vendrá obligado a responder por el todo. Pero posteriormente, en las relaciones internas este pago se nivelará en la proporción o medida en que cada co-deudor solidario venga obligado a responder (padres, Administración y familias acogedoras).

En el marco de la legislación civil catalana, las funciones tuitivas que ejercen actualmente las entidades públicas de protección de menores a través de sus centros de acogimiento, han experimentado una mejora considerable en lo concerniente a prevenir o evitar que un menor en situación de desamparo o con conductas de alto riesgo pueda llegar a cometer un ilícito penal. Esta mejoría ha tenido su origen en un cambio en la concepción del legislador en cuanto al tipo de protección que debe ejercerse sobre el menor que se encuentra bajo la guarda o custodia de una entidad pública. El legislador catalán, siendo consciente de que se está experimentando un incremento de personas adolescentes cada vez más conflictivas y tendentes a la marginación, con un riesgo elevado de caer en la delincuencia y además, cada vez más reacias a la aplicación de las medidas de protección, ha llevado a cabo recientemente una serie de actuaciones encaminadas a solucionar dichos problemas.

Estas medidas se recogen en la mencionada *Llei de 27 de mayo del 2002, de modificación de la Llei 37/1991 de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social*, que tiene como finalidad, por un lado, la creación de servicios de primer acogimiento y centros residenciales de estancia limitada, tanto para la población adolescente con conductas de alto riesgo social, como para las situaciones de desamparo de personas menores, que pueden ser transitorias y que en todo caso, son urgentes⁴⁴. Por otro, la acción preventiva de la marginación y la delincuencia mediante actividades que favorezcan la integración social del menor y su sentido de la responsabilidad⁴⁵. Y por último, esta Llei lleva a cabo una enumeración detallada de los derechos y deberes de los menores que se encuentran en centros de acogimiento⁴⁶, así como la concreción de aquellas conductas de los menores que comportan un incumplimiento de tales deberes⁴⁷. Asimismo, en el nuevo artículo 51 que la Llei 8/2002 adiciona a la Llei 37/1991, se recogen las medidas educativas correctoras que habrá que aplicar a los incumplimientos de deberes, que tienen como finalidad primordial inculcar al menor el sentido de la responsabilidad, haciéndole ver el daño que ha infringido a la colectividad [art. 51.2.º.a) LPMA] y obligándole a repararlo mediante la realización de tareas de interés para ésta [art. 51.2.º.c) LPMA]. Dentro de estas medidas reparadoras deben destacarse: la petición de excusas a la persona ofendida, la restitución de los bienes y la reparación de los daños, las cuales pueden dar lugar a la suspensión de las otras medidas educativas correcto-

⁴⁴ En su artículo 1, la Llei 8/2002 añade un apartado 5 bis al artículo 2 de la Llei 37/1991, en el que se dispone la creación de centros de estancia limitada en los centros de acogimiento, con función de acogimiento inicial. Y en su artículo 3 añade un artículo 5 bis 2.º y 3.º a la Llei 37/1991, en el que se dispone la creación de unidades de actuación urgente.

⁴⁵ Para lo cual, la Llei añade un apartado 4 bis a la Llei 37/1991, en el que se manda a todos los centros de acogimiento prever en el proyecto educativo el conjunto de actuaciones socioeducativas encaminadas a la preparación para un trabajo. Y asimismo, complementa la regulación de esta Llei con los artículos 44 y 45, en los que se ordena a las Administraciones Públicas promover programas educativos y preventivos destinados a fomentar la capacidad crítica, de autocontrol y el sentido de la responsabilidad de los adolescentes con conductas de alto riesgo social, quedando comprometidas a financiar dichos programas con las dotaciones adecuadas.

⁴⁶ En su artículo 7 adiciona un nuevo Capítulo IV a la Llei 37/1991, en cuya Sección 1.^a se recogen estos derechos y deberes en los nuevos artículos 48 y 49.

⁴⁷ El Capítulo VI consta de una Sección 2.^a en cuyo artículo 50 se enumeran las conductas constitutivas de incumplimientos, disponiéndose que en el caso de que el incumplimiento fuera susceptible de constituir una infracción penal, deberá darse cuenta inmediatamente al Ministerio Fiscal para que al menor se le aplique la legislación sobre responsabilidad penal (nuevo art. 50.4.^º de la Llei 37/1991).

ras, siempre que no se haya reiterado la conducta que quiere corregirse (art. 51.4.^º LPMA).

De esta forma, se observa como las modificaciones que la Llei 8/2002 de 27 de mayo realiza en la Llei 37/1991, de 30 de diciembre, contribuyen de manera muy positiva a prevenir o evitar que el menor que se encuentra acogido en un centro acabe cometiendo un ilícito penal o infrinja un daño a otra persona. Finalidad ésta que consigue la Llei 8/2002 por medio de la regulación de dos aspectos básicos: 1, el establecimiento de actuaciones y medidas socioeducativas específicas de carácter ante todo preventivo, mediante la creación de cuerpos y unidades especiales destinados a favorecer los procesos de integración social del menor, y 2, el establecimiento de los derechos y deberes que ostentan los menores acogidos en centros, así como la concreción de las conductas que comportan un incumplimiento de tales deberes y las medidas correctoras que hay que aplicar a dichos incumplimientos.

4.3 Los acogedores

El acogimiento del menor puede tener lugar en tres supuestos:

- a) A partir de la previa tutela ex lege de los arts. 172.1.^º CC y 3.1.^º LPMA.
- b) El que se deriva de la previa guarda administrativa de los arts. 172.2.^º CC y 9 LPMA y
- c) el acogimiento que se origina por el simple acuerdo entre padres o tutor, acogedores y menor, y al que posteriormente se añadirá el consentimiento de la entidad pública encargada de la protección de menores⁴⁸.

En los supuestos a) y b), pasa a hacerse cargo del menor la correspondiente entidad pública, ya sea en régimen de tutela o bien mediante la guarda administrativa temporal. Y en el supuesto c) el acogimiento se constituye sin la previa guarda del menor por la entidad, por medio de un acuerdo directo entre las partes implicadas (personas que ostentan la potestad sobre el menor y persona o familia acogedora), y al que luego se sumará la manifestación favorable del ente público. La diferencia entre este último tipo de

⁴⁸ A mi entender, este tipo de acogimiento convencional directo se deriva, no sólo de los términos con que se pronuncia el artículo 173.2.^º CC al contemplar la expresión «tenga o no la tutela o la guarda», sino también del hecho mismo de separarse netamente la manera genérica de formalizarse el acogimiento (arts. 173.2.^º CC y 11 LPMA), de la tutela y la guarda que pudieran servirle de fundamento (arts. 172.1.^º y 2.^º CC, 3 y 9 LPMA). Lo que indica claramente su posibilidad de constitución en la Ley sin que exista tutela ni guarda administrativa previas.

acogimiento y los dos anteriores estriba por tanto, en que en los supuestos *a*) y *b*), la titularidad de la potestad de guarda la ostenta la entidad pública, a quien corresponde el cuidado del menor. Motivo por el cual, aunque las funciones de guarda se lleven a cabo de forma material e inmediata por las familias o entidades colaboradoras, aquélla debe ejercer una intervención de control y de dirección sobre estas últimas, que incidirá en los aspectos más trascendentales de la vida del menor. Las decisiones más importantes que se tomen sobre éste, estarán siempre supervisadas por el organismo público, que llevará a cabo una función de vigilancia sobre las familias acogedoras. Mientras que en el supuesto *c*), el acogimiento tiene lugar por medio de un pacto o acuerdo entre los padres o tutores y la persona o familia acogedora, en el que aquellos deciden transmitir o delegar temporalmente a estos últimos las funciones de guarda, no a la entidad, sino directamente a la persona o familia acogedora, conservando aquí los padres o tutores la titularidad de la potestad de guarda, no así el ejercicio de la misma que es transferido a la familia acogedora sin la guarda administrativa previa de la entidad. Cuyo papel principal en este tipo de acogimiento va a consistir simplemente en la selección de las familias acogedoras, actuando como mediadora entre las personas que ostentan la potestad sobre el menor y los candidatos seleccionados, para lograr su entendimiento y posterior acuerdo de acogimiento. La nota característica de este tipo de acogimiento radica pues, en que la entidad pública no lleva a cabo como en los casos anteriores [supuestos *a*) y *b*)] una función de vigilancia y control de la familia acogedora, que se encuentra sometida ahora a la dirección de los propios padres o tutores, cuya voluntad será mucho más respetada, al no encontrarse mediatizada ni dirigida por el órgano público, cuya misión se limita en este caso a una actividad mediadora y de apoyo.

Me voy a centrar a continuación, en el análisis de la responsabilidad que emerge de este tipo de acogimiento convencional directo. Puesto que los otros dos tipos de acogimiento que se derivan de la previa guarda administrativa de la entidad, son objeto de estudio específico en otros lugares de este trabajo.

Para empezar debe señalarse que este tipo de acogimiento presenta la característica de que una vez celebrado, el contenido intrínseco de las obligaciones nacidas del mismo se hallan establecidas ya, y no pueden ser alteradas por la voluntad de las partes, al venir determinadas imperativamente por la ley. Las partes son libres en principio de constituirlo o no, pero si éste se produce, una vez realizado el concierto de voluntades sus consecuencias vienen

imperativamente determinadas por la ley. Por lo que mientras dura el negocio jurídico del acogimiento, las obligaciones que la ley impone a los acogedores no podrán ser modificadas, alteradas o sustituidas, debiendo éstos asumir todos los cometidos que enumeran los arts. 173.1.^º CC y 10.2.^º LPMA, que coinciden plenamente con el contenido personal de la patria potestad y tutela ordinaria⁴⁹.

Otro rasgo que lo caracteriza es que debe tener siempre carácter temporal. A diferencia del acogimiento que se deriva de la tutela *ex artículos 172.1.^º CC y 3.1.^º LPMA*, que puede tener un carácter permanente o preadoptivo, el acogimiento que ahora estudiamos debe ir siempre orientado a la reinserción del menor en su familia de origen (arts. 172.4.^º CC y 10.3.^º LPMA). Y siendo así, lógico es pensar que los padres o tutores seguirán conservando aquí sus facultades decisorias en la gestión de los intereses personales del menor. Las decisiones más importantes serán adoptadas por ellos, y los acogedores deberán seguir fielmente sus indicaciones. Debe tenerse en cuenta que este acogimiento se lleva a cabo cuando los padres o tutores, por el motivo que sea, se vean impedidos o imposibilitados temporalmente para ejercer sus funciones en la esfera personal de la protección del menor. Por lo que no tiene mayor alcance que el de incluir a éste en el grupo familiar acogente a fin de proporcionarle la ayuda moral y material necesaria, de manera que una vez cumplido el objetivo último del acogimiento, la ley procura por todos los medios la reinserción del menor en el seno de su propia familia. Esta finalidad marca la pauta o conducta a seguir por los acogedores, los cuales deberán atenerse a los criterios educativos, de formación o de otro tipo que incidan sobre los aspectos más trascendentales de la persona del menor establecidos por los padres o tutores, que tienen aquí una participación muy activa, sobre todo en las decisiones más importantes que se adopten sobre el menor. En consecuencia; si éste comete un ilícito penal estando en compañía de los acogedores, lo más razonable es que la responsabilidad se reparta de forma equitativa entre estos últimos y sus padres o tutores, puesto que los acogedores, si bien deben seguir los criterios o pautas de aquellos, son los que tienen la vigilancia directa sobre el menor, al tenerlo en su compañía.

El menor también puede cometer el resultado dañoso estando en compañía de sus padres cuando éstos ejercen su derecho de visita o comunicación con el hijo. En cuyo caso, lo más lógico es que todo el peso de la responsabilidad recaiga sobre ellos. Tal es así,

⁴⁹ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, *La delegació de les funcions de pàtria potestat...*, cit., p. 83.

porque aunque los acogedores siguen vinculados en todo momento con el menor en virtud de la obligación genérica de vela que les impone la figura del acogimiento (arts. 173.1.º CC y 10.2.º LPMA), no obstante, cuando el daño se produce no encontrándose el menor en la compañía de éstos, aquella obligación se diluye o debilita hasta tal punto que el comportamiento del menor queda totalmente al margen de cualquier poder de control o de vigilancia de los acogedores. De manera que al igual que sucede con el padre privado de la potestad, no tiene razón de ser exigir el cumplimiento de unos deberes que en absoluto pueden ejercerse en este supuesto concreto. Sólo tiene sentido hacer responder a los acogedores cuando el daño sea infringido por el menor estando bajo la custodia de éstos, dado que sólo así pueden desarrollar materialmente las funciones que les corresponden y no en otro caso, en el que el deber de vela vuelve a convertirse una vez más en una ficción no realizable.

En este tipo de acogimiento transitorio o temporal hay que contar además con la posibilidad de que los acogedores contradigan las indicaciones u orientaciones dadas por los padres, y que como consecuencia de ello el menor infrinja un daño a tercero. De ser así, la responsabilidad de los acogedores debe aumentar por encima de la que pueda corresponder a los padres o tutores por el desempeño de su función de velar por el menor (arts. 154.2.º.1.º CC y 143.1.º CF).

Hasta ahora se ha mencionado la responsabilidad civil que puede corresponder a la familia originaria y acogedora por el daño penal que cometa el menor, pero debemos preguntarnos si en esta responsabilidad participa la entidad pública, cuya actividad se limita en este caso a dar su conformidad a la idoneidad del acogedor elegido por los padres. Cierto es que la entidad pública, una vez que ya ha prestado su consentimiento para la formalización del acuerdo de acogimiento, deja de intervenir en el mismo, quedando a partir de este momento la gestión, control y dirección de las funciones inherentes al ámbito personal de la protección del menor en manos de los titulares de la potestad de guarda (padres o tutores originarios). Pero a mi modo de ver, este aspecto no le deja al margen de toda responsabilidad por los siguientes motivos: para empezar debe tenerse en cuenta que la Administración Pública encargada de la protección de menores es la que lleva a cabo todo el proceso de selección de las personas o familias que en un futuro van a recibir a un menor en acogimiento. Ella es quien valorará los criterios que deben ser tenidos en cuenta (características personales, aptitud educativa, circunstancias socioeconómicas, entorno familiar que favorezca al menor, etc.) y que deben concurrir en los

acogedores para que éstos puedan formar una familia acogedora en el futuro (arts. 172.1.^º y 3.^º, 173.1.^º, 173.2.^º.2.^º, 173.2.^º.4.^º y 173.2.^º.6.^º CC, 10.4.^º LPMA y 56 y siguientes del RPMA).

Por otra parte, el ente público participa además directamente en el acuerdo de formalización de cada acogimiento celebrado entre los padres y acogedores, mostrando su conformidad con la capacidad o aptitud de la familia acogedora que concretamente ha sido elegida para la celebración del acogimiento en cuestión (arts. 173.2.^º CC y 11 LPMA). En este sentido, la Administración encargada de la protección de menores juega un papel importante a la hora de evitar que el menor pueda llegar a cometer un ilícito penal. Puesto que es ella quien después de realizar las valoraciones oportunas tiene la última palabra para decidir qué persona o familia es la más capacitada para hacerse cargo de ese menor en cuestión. Las características que reúna la familia acogedora van a incidir notablemente en el comportamiento del menor y en su control o vigilancia, siendo esencial, por consiguiente, que la Administración afine lo más posible en este aspecto. Pero sucede que su participación en el acogimiento no se queda aquí, todavía va más allá porque una vez constituido, la entidad pública viene obligada a revisar la evolución del acogimiento cada cierto período de tiempo, y a ofrecer el asesoramiento y soporte necesarios al menor y a la familia que lo acoge para el buen desarrollo del mismo. Por lo tanto, no puede sostenerse que una vez concluido el acuerdo de acogimiento la entidad se desentienda del todo. Aun tratándose de este tipo de acogimiento la entidad sigue manteniendo por imposición legal una función de vela sobre el menor, que se concreta en un seguimiento y vigilancia del mismo, que si bien no es tan intensa como en los otros casos de acogimiento que se derivan de la previa guarda administrativa, si que origina que continúe haciéndose cargo de la protección del menor y que por lo tanto responda por los actos de éste (arts. 173.2.^º.4.^º y 174 CC, 24 y 53 R.P.M.A.).

Pero ¿en qué medida responde?, o ¿cuál sería su parte de responsabilidad? Debe tenerse en cuenta que la entidad asume en este acogimiento sólo una función genérica de vigilancia que no va más allá de un control periódico y, en su caso, del apoyo necesario para su buen funcionamiento. En principio, su intervención no consiste en adoptar decisiones que afecten a la persona del menor, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que ello sea estrictamente necesario para solucionar un problema o conflicto que impida el desarrollo normal de esta medida de protección. Pero salvo estas excepciones, las decisiones más importantes serán adoptadas por los padres o tutores cuyas orientaciones deberán ser respetadas al

máximo. Por consiguiente, la responsabilidad que asume aquí el ente público tiene que ser necesariamente menor a la que pueda corresponder a la familia originaria o acogedora, que son en la práctica las que más incidencia o participación activa van a tener sobre la vida y comportamientos del menor.

4.4 Los guardadores legales

En la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (art. 61.3.º), la guarda legal se circunscribe a la guarda administrativa que contemplan los artículos 172.2.º CC, 9 LPMA y 20 RPMA, que tiene lugar cuando los padres o tutor, por circunstancias graves ajenas a su voluntad (enfermedad, falta de medios o recursos económicos, motivos laborales, drogodependencia del hijo o comportamientos de éste que no pueden ser controlados o sobrellevados por los padres, etc.) se ven imposibilitados temporalmente para cuidar al menor, y solicitan el auxilio de la entidad pública con la finalidad de que ésta se haga cargo del menor durante el tiempo necesario hasta que aquellos puedan volver a cuidarse de él. Facultad ésta que viene expresada asimismo en los artículos 154, párrafo último, y 268 CC, 143.3.º y 214.2.º CF, que contemplan el derecho de los padres o tutores de recabar el auxilio de la autoridad en el ejercicio de su potestad.

Se trata de causas que son o pueden ser potencialmente perjudiciales para el menor, pero que en ningún caso lo abocan a una situación de desamparo, en donde entraría automáticamente en juego la tutela de la entidad *ex artículos 172.1.º CC, 2 y 3 LPMA*. De esta forma, el recurso previo a la guarda administrativa evitará que después pueda la entidad apreciar que el menor se encuentra privado de la necesaria asistencia moral y material, y evitará, por tanto, que ésta pueda dar al menor en régimen de acogimiento preadoptivo o adopción. Puede afirmarse por ello que la guarda administrativa de los artículos 172.2.º CC y 9 LPMA es una medida de protección prevista por el ordenamiento precisamente para evitar un desamparo futuro, potencial o previsto.

Esta medida se caracteriza ante todo por su provisionalidad, porque es ejercitada por la entidad pública sólo durante el tiempo imprescindible mientras subsistan la enfermedad u otras circunstancias graves que impiden a los padres o tutores del menor atenderlo. Por cuyo motivo, el ejercicio de esta guarda debe ir encaminado siempre a la reinscripción del menor en su propia familia, y cesa cuando desaparezcan las causas que la han originado (arts. 172.4.º y 5.º CC, 10.3.º LPMA y 25 RPMA).

El ejercicio de la guarda administrativa se llevará a cabo mediante el acogimiento simple en familia o en institución (arts. 172.3.^º CC, 10.1.^º LPMA y 23 RPMA), produciéndose de esta forma una transmisión, no de la titularidad de la potestad de guarda que aquí corresponde a la entidad pública, sino del ejercicio de la misma, bien a las instituciones integradas en los servicios de la propia entidad, o bien a una persona o familia acogedora.

El contenido de esta medida se encuadra exclusivamente en el ámbito personal de la protección del menor, coincidiendo plenamente con las funciones personales de la patria potestad y tutela ordinaria (arts. 154.1.^º y 269 CC, 143 y 207.1.^º CF), las cuales vendrán concretadas en el pacto por medio del cual los padres o tutores transfieren concretamente aquellas funciones que no pueden desempeñar con normalidad sobre el menor debido a la causa que les imposibilita para ello.

En este tipo de medida normalmente existe una menor dirección por parte del ente público, a quien corresponderá en principio y por regla general sólo un poder de dirección ordinario en los aspectos relativos a la esfera personal del menor. Reservándose a los padres o tutores la toma de las decisiones más básicas o trascendentales. En este tipo de guarda existirá normalmente un mayor control y dirección por parte de los padres, a través de recomendaciones e indicaciones que en principio serán vinculantes para la entidad. Aunque también cabe perfectamente la posibilidad de que el ente público ostente en determinadas situaciones un poder decisorio mayor que los propios padres o tutores en determinados aspectos, como puede ser, por ejemplo, en lo relativo a su educación o formación ética o moral. Piénsese por ejemplo, en el supuesto de un menor que lleve a cabo conductas antisociales o agresivas frente a las personas que le rodean. Aquí el órgano público debe ofrecer un apoyo a la familia originaria basado en medidas correctivas de aquellas conductas que los propios padres no han sido capaces de corregir. O en el supuesto por ejemplo de un menor drogodependiente al que la entidad se le haya encomendado la tarea de reconducirlo hacia una vida alejada de la marginación, etc. En estos supuestos, lógicamente el órgano público ejercitará un poder decisorio más intenso, concretamente en aquellos aspectos que escapan a la esfera de control de su familia de origen. Por lo que el reparto de funciones o la graduación de las mismas dependerá del caso en cuestión⁵⁰. De todas formas, y por lo que

⁵⁰ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación autonómica e internacional*, Granada, 1994, pp. 60, 79 y 84.

GARRIDO CHAMORRO, Pedro, «Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción», t. 10, en *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV, Familia, vol. 2.^º, Madrid, 2002, pp. 775 y 777.

al reparto de responsabilidades se refiere, debe tenerse presente que cuando opera esta medida de protección el órgano público ejerce un poder de dirección menor que en el supuesto de la tutela automática de los artículos 172.1.^º CC, 2 y 3 LPMA, pero mayor que el que lleva a cabo en el acogimiento convencional directo. Al tener por un lado la titularidad de la función de guarda, pero, por otro, venir obligado a respetar al máximo los criterios e indicaciones de la familia originaria, que sigue conservando aquí la titularidad de la potestad de guarda, así como el ejercicio de aquellas funciones de la misma que no hayan sido encomendadas a la entidad. En consecuencia, y aunque la concreción de la responsabilidad que corresponderá a cada sujeto partícipe (familia originaria, familia acogedora y entidad pública) dependerá de las circunstancias concretas en que haya tenido lugar el hecho dañoso, parece que en este caso la proporción de responsabilidad que en principio asume cada uno se encuentra bastante igualada: 1. La responsabilidad de la familia originaria viene dada por el fuerte poder de dirección que puede ejercer sobre el órgano público y la familia acogedora. 2. La responsabilidad de la entidad pública tiene su fundamento en el hecho de ostentar la titularidad de la potestad de guarda, lo que le concede un poder de vigilancia y de dirección tanto sobre la familia originaria como sobre la familia acogedora encaminado a consentir o a permitir que se adopten sobre el menor sólo aquellas decisiones que más le beneficien, ostentando el ente público, por consiguiente, la última palabra en lo concerniente a determinar que es lo que más interesa al menor. Pues en la solicitud de guarda los padres o tutores podrán imponer las medidas relativas a la guarda del menor, instrucciones o recomendaciones, pero éstas en última instancia carecerán de carácter vinculante y serán atendibles en la medida en que se estimen convenientes para el menor. Y 3. la familia acogedora asume su responsabilidad en la medida en que es la que debe llevar a la práctica tales decisiones, al tener el cuidado y la vigilancia directa del menor. A lo que debe añadirse el derecho-deber de ésta para ejercer un poder de dirección ordinario, pues no debe olvidarse que la familia acogedora ostenta, sí bien no la titularidad de la potestad de guarda, si en cambio su ejercicio, que le faculta para adoptar todo tipo de decisiones que no sean trascendentales para la persona del menor.

4.5 Los guardadores de hecho

La guarda de hecho tiene lugar cuando una persona física o jurídica decide unilateralmente ejercer sobre un menor desamparado todas o algunas de las funciones inherentes a la patria potestad o

tutela, careciendo de potestad o título, ya sea legal o convencional para su ejercicio (arts. 303 y siguientes CC, y 253 y siguientes CF). El guardador de hecho decide de forma completamente libre y voluntaria hacerse cargo del cuidado de un menor que se encuentra desprotegido, ya sea porque no se encuentre sometido a ninguna medida de protección, o porque las personas que ostentan sobre él la potestad de guarda no desempeñen con normalidad sus obligaciones, provocando una situación de abandono en el menor.

La nota característica o definidora de esta figura es que el guardador de hecho ejerce el cuidado sobre el menor sin ostentar ningún poder o legitimación que provenga de la ley o de una persona que le faculte expresamente para ello. Por este motivo, guardador de hecho no puede serlo nunca el que ejerce la patria potestad o tutela ordinaria o administrativa, o la guarda administrativa o el acogimiento, o el tercero al que se le ha encomendado el cuidado del menor por atribución expresa de los padres o tutores. Pues la guarda de hecho se ejerce sin estar previamente obligado a ello.

Puede abarcar tanto la esfera personal como la patrimonial, aunque no existe ningún inconveniente en que la actuación tuitiva del guardador se limite a una u otra. Y aunque se trate de una protección que tiene su fundamento en una situación puramente fáctica, nuestro ordenamiento ha derivado de ella una serie de derechos y deberes que acaban convirtiendo al guardador de hecho en una especie de representante legal del menor que guarda similitud con la función de amparo y gestión que lleva a cabo el tutor en la figura de la tutela ordinaria. Así se pone de manifiesto en el artículo 306 CC, en virtud del cual le será de aplicación a esta figura el artículo 220 CC, según el cual el guardador de hecho ejerce una «función tutelar». Y en los artículos 253 y 256 CF, que le imponen la obligación de hacerse cargo del cuidado y vigilancia del menor, y la de administrar de manera ordinaria sus bienes. Esta función representativa también se desprende de los artículos 304 CC y 256 CF, que otorgan validez a los actos realizados por el guardador de hecho que redunden en utilidad del menor.

A través de las reglas que nuestro ordenamiento prevé para la guarda de hecho, se trata de resolver los problemas provocados por una conducta anterior caracterizada por la falta de cumplimiento de los deberes tuitivos, y de permitir la adopción de medidas de protección provisionales hasta que se ordene debidamente la representación legal del menor. Por ello, lo primero que establecen los artículos 303 CC y 254.1.^º CF es la obligación del guardador de hecho de notificar lo antes posible a la autoridad competente la existencia de un menor que se encuentra en esta situación.

Con la finalidad de que pueda procederse posteriormente a la constitución de la medida de protección más adecuada, privando, si es el caso, a los padres o tutores originarios de su potestad (arts. 228 CC, 254.2.^º y 258.1.^º CF). Pues la guarda de hecho es una institución creada por el ordenamiento con el objetivo de ejercerse sobre el menor sólo con carácter transitorio o para procurar su protección únicamente hasta que pueda nombrarse un tutor. No obstante, pese a su carácter marcadamente temporal, mientras se ejerce, la persona que cuida voluntariamente del menor tiene atribuida por ley la guarda del mismo y en consecuencia, si el menor durante este período de tiempo en el que se encuentra bajo el cuidado del guardador origina daños tipificados como delito o falta a terceras personas, el guardador será responsable junto con el menor, por el incumplimiento del deber de vela que le imponen los artículos 269 CC y 207.1.^º CF relativos a la tutela ordinaria, cuyas reglas deben ser de aplicación analógica a esta figura en la medida en que sean compatibles con su finalidad y naturaleza.

Por otra parte, como se ha señalado, la guarda de hecho es una figura que tiene su razón de ser en la necesidad de proteger temporalmente a un menor que se encuentra en un estado de abandono que puede obedecer a la falta de un mecanismo de protección que rija sobre él (ej., muerte de los padres o tutor), o al incumplimiento de los deberes tuitivos de las personas que ostentan en ese momento su potestad, ya sea de forma culpable o dolosa (ej., dejación de las obligaciones alimentarias, de higiene o salud, malos tratos, explotación o inducción a la mendicidad, etc.), o por causas totalmente ajena a su voluntad (ej., enfermedad física o psicológica que imposibilita para cuidar al menor, ausencia involuntaria de los padres, etc.).

En el primero de los supuestos, al no estar sometido el menor a otro mecanismo de protección que la propia guarda de hecho, la responsabilidad se repartirá únicamente entre ambos (guardador y menor). Pero en el segundo de los supuestos mencionados, además del guardador, existen otras personas que vienen obligadas a velar por el menor porque ostentan la potestad de guarda sobre el mismo. Estas personas pueden ser los padres o tutores, la propia entidad pública, la familia a la que el menor haya sido dado en acogimiento, o el tercero al que los padres o tutores hayan delegado temporalmente el cuidado del menor. En tales supuestos, la responsabilidad no recaerá únicamente en el guardador de hecho y en el menor, sino que deberá repartirse también entre estas otras personas que ya venían obligadas a velar por él con anterioridad a la constitución de la guarda de hecho.

4.6 Los supuestos de delegación de las funciones paternas

Con frecuencia, en el ejercicio de las funciones derivadas de la patria potestad hay momentos de más o menos duración en los que los padres no pueden atender personalmente al menor. Así sucede por ejemplo mientras desempeñan su trabajo, cuando se encuentran imposibilitados por accidente o enfermedad, cuando realizan viajes, etc. Momentos en los que es habitual y perfectamente normal en la práctica que el titular de la patria potestad deje al menor al cuidado de un tercero. Esta forma de ejercicio de la patria potestad resulta actualmente indispensable de acuerdo con la evolución de las formas de vida familiar, que ha venido dada principalmente por la incorporación de la mujer al mundo laboral y por el aumento de las familias monoparentales, especialmente por razón de separación o divorcio⁵¹.

La delegación de las funciones paternas comprende aquellas situaciones en las que los titulares de la patria potestad o alguno de ellos (delegantes) deciden transferir todas o algunas de las funciones inherentes al contenido personal de la patria potestad a terceras personas (delegados), mediante un acuerdo o convenio que afecta únicamente al ejercicio de las funciones pero nunca a su titularidad. En consecuencia, si mediante el pacto de delegación se transmite el ejercicio de las funciones que versan sobre el contenido personal de la potestad, entonces lo que se lleva a cabo es una transferencia de la potestad de guarda a terceras personas. Por lo que esta figura, aun no encontrándose tipificada en nuestro ordenamiento, y aun no habiendo sido mencionada expresamente por el legislador en el artículo 61.3.º LORPM como posible mecanismo de protección del que puede derivarse responsabilidad civil, la misma debe considerarse incluida en el ámbito del precepto, en la medida en que los delegados de las funciones paternas son auténticos guardadores del menor. Pues la misión del tercero-delegado va a consistir justamente en apoyar o ayudar a la familia originaria a cumplir con el adecuado desarrollo de sus funciones de guarda. La ley deja margen a los padres para cumplir su función teniendo al hijo en su casa o en otra, o en una institución idónea, cuando las circunstancias impongan el alejamiento de la casa paterna o simplemente sea lo más conveniente para la guarda y educación del hijo. Pero siempre y cuando los titulares de la patria potestad no se desentiendan de él. El límite legal a la facultad de delegar viene

⁵¹ CARRANCHO HERRERO, M.^a Teresa/DE ROMÁN PÉREZ, Raquel/VATTIER LAGARRIGUE, Javier/PÉREZ OREIRO, José Ramón, *Instituciones protectoras del menor (especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999. p. 94.

dado por la obligación que tienen los padres, una vez celebrado el convenio de delegación, de seguir preocupándose y responsabilizándose del cuidado y correcto desarrollo del menor. De no ser así, se produciría una dejación o renuncia voluntaria a las funciones paternas que transformaría el pacto en ilícito y por lo tanto en nulo [arts. 154.1.º CC, 143.1.º y 2.º, 213 CF, y 18 Llei de 27 de julio de 1995, de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la Llei 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (LAPIA)].

No cabe duda de que la delegación de las funciones paternas a terceros en ocasiones puede beneficiar al menor, pero lo cierto es que este mecanismo también puede ser utilizado fácilmente para encubrir verdaderos casos de abandono. Para que no sea así, es decir, para que el pacto de delegación sea lícito, será necesario que se trate de una entrega temporal, por causas justificadas, y además que haya sido realizada por los padres sin la intención de desentenderse o desinteresarse del menor. La idea de supervisión y control es la manifestación más tangible de la continuidad del vínculo afectivo con la familia de origen y, por lo tanto, cuando la delegación adquiera carácter definitivo estaremos ante un caso de abandono. El interés de los padres por el hijo debe demostrarse mediante la expresión de una voluntad decidida de querer seguir cumpliendo sus deberes respecto al menor, y de querer superar cuanto antes ese alejamiento temporal a través de hechos concluyentes que indiquen el ejercicio de un control de las actividades del hijo a través de un contacto directo con el tercero-delegado y con el propio hijo. Ya sea mediante cartas, visitas, llamadas telefónicas, etcétera, quedando la dirección definitiva del menor siempre en manos de los padres-delegantes, que podrán en cualquier momento revocar su decisión de tener al hijo al cuidado de otras personas.

Pues bien, partiendo de esta premisa se hace necesario determinar a continuación cuáles van a ser los derechos y deberes que corresponderán tanto a los terceros (delegados) como a los padres o tutores (delegantes) una vez celebrado el convenio de delegación, para poder así concretar la responsabilidad que será asumida por cada uno de ellos en el caso de que el menor lleve a cabo una conducta penalmente ilícita.

Antes que nada, debe quedar bien claro que nos hallamos ante un conjunto de supuestos que en sí mismos no pueden ser identificados con ninguna figura tipificada en nuestro ordenamiento, porque conforman una figura autónoma con naturaleza jurídica propia, que no puede ser totalmente equiparada a ninguna de las institucio-

nes de guarda que contempla actualmente nuestra legislación. De lo que se desprende que no puede darse siempre y por regla general una traslación incondicional e inalterable de las reglas que rigen la guarda y el acogimiento (arts. 173.1.^º CC y 10.2.^º LPMA) a los supuestos de delegación, por la sencilla razón de que las partes en el convenio podrán alterar o moderar aquellos derechos-deberes atendiendo a las necesidades y circunstancias concretas tanto del menor como de su propia familia. No olvidemos que en la práctica las variantes pueden ser muchísimas y diversas, y aquí radica justamente la importancia del convenio subyacente, en el que las partes delimitarán con mayor o menor minuciosidad sus derechos y obligaciones, y la forma en que los delegados van a ejercitar las tareas de protección del menor.

No obstante, e independientemente de ello, sí es posible el establecimiento de unos principios o límites que rigen con carácter general, y que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de atribuir la responsabilidad civil por los daños que cometa el menor a otras personas encontrándose en alguno de estos supuestos de delegación.

Así, y por lo que a los delegados (acogedores) se refiere, la atribución a los mismos del ejercicio de la guarda conlleva el deber inherente que éstos tienen de *velar por el menor*, cuyo contenido es trasladable ahora al supuesto de delegación, pero teniendo en cuenta que en ningún caso ello va a implicar que los padres o tutor pierdan o se vean temporalmente suspendidos en esta función. Porque éstos podrán y deberán velar por el menor juntamente con los delegados, lo cual se traduce por un lado, en el hecho de que los titulares de la potestad podrán participar en las decisiones que le afecten, bien mediante órdenes o recomendaciones, o informando a la entidad correspondiente, al Juez o al Ministerio Fiscal de las irregularidades que observen en la relación de guarda, bien solicitando información complementaria sobre la salud del menor, marcha de los estudios, desarrollo cívico-religioso, etc. Y por otro lado, en la posibilidad que tienen los padres o tutores de reclamar su compañía (arts. 173.4.^º.3.^º CC y 17.1.^º LPMA).

El deber de vela impone a los delegados *la obligación de tener en su compañía al menor*; una de las manifestaciones de éste deber en sede de patria potestad consiste en la facultad que tienen los padres de fijar la residencia de los hijos con personas distintas de ellos. Sin embargo, esta posibilidad resulta inadmisible en estos mismos términos en sede de acogimiento, salvo naturalmente en aquellos supuestos de especial emergencia como pudiera ser el internamiento del menor en una clínica con carácter urgente. Pero

salvo estas excepciones, la persona o familia delegataria tiene la obligación de ejercitar este deber de forma directa e inmediata sobre el menor, dado que si se facultara a los delegados para desprendérse provisionalmente de él, ello contribuiría a incrementar todavía más su sentimiento de abandono. Es decir, que los delegados no podrán en principio y por regla general subdelegar o traspasar el ejercicio de esta función a otras personas, dado que ello supondría atentar a uno de sus cometidos esenciales y daría lugar al estado de abandono en el menor. Aunque en situaciones esporádicas de brevíssima duración pueda ser aconsejable la colaboración de otras personas que ayuden al delegado en el desempeño de sus funciones, ello no supone en ningún caso que éste traspase o haga dejación de las mismas en otra persona, dado que de ser así podría exigírsele responsabilidades por su actuación negligente en relación al menor y a sus padres.

En cuanto al deber de los delegados de *procurar alimentos al menor* acogido, no elimina el deber paterno de alimentar al hijo, tanto si se ostenta la patria potestad como si no. Existe por tanto una concurrencia de deberes (entre delegantes y delegados) que tendrá diferente solución según los casos. Así, en el supuesto de que los delegados sean solventes y hayan asumido expresamente esta obligación, lo más lógico es pensar que la obligación de éstos tiene entonces carácter preferente por criterios de inmediatez y porque la han asumido por su propia voluntad. También puede suceder que los delegados, por los motivos que fueren no sean solventes, y los padres hayan convenido de manera expresa la asunción de la carga alimenticia por medio de una remuneración pactada a aquellos. En cuyo caso, la responsabilidad por el incumplimiento de este deber también recaerá sobre los padres, cuando dicho incumplimiento traiga su causa en la no aportación a los delegados de los medios económicos necesarios para alimentar al menor. Y en el supuesto de que el incumplimiento de este deber venga dado, no por la falta de aportación de recursos por parte de los padres, sino por la no puesta en práctica del mismo por parte de los terceros-delegados, la responsabilidad podrá exigirse únicamente a estos últimos. Piénsese que el daño que el menor pueda infringir a un tercero puede venir provocado precisamente por el incumplimiento de este deber por parte de los padres o delegados. Así por ejemplo, cuando un menor hambriento comete un delito de robo en un local de ropa o de alimentación.

Así por tanto, si los delegados han asumido esta obligación pero la misma no puede ser cumplida por un comportamiento negligente atribuible a los padres (ej., no aportación a los delegados insolventes de la remuneración pactada), entonces la respon-

sabilidad recaerá en los padres y en los delegados, que responderán solidariamente con el menor por los daños ilícitos penales que éste cometa estando bajo la custodia de los delegados, a consecuencia de la infracción del deber de alimentos. Si contrariamente el daño penal ha sido consecuencia de una conducta que depende de la voluntad de los delegados (ej., no alimentar al menor teniendo los recursos necesarios a su alcance), la responsabilidad debe recaer sólo en los delegados por el incumplimiento directo de una de las funciones de guarda, y no en los padres o tutores que han dado cumplimiento material a la misma, proveyendo a los delegados de los medios económicos necesarios para la subsistencia y mantenimiento del menor.

Cabe también la posibilidad de que los delegados hayan asumiendo *el deber de educar al menor y de procurarle una formación integral*; deber que en principio será llevado a cabo por los delegados de la misma forma que lo hacen los padres o tutores, pero su forma de ejercicio y contenido variará lógicamente dependiendo de la finalidad de la delegación y de la duración de la misma. Así, si lo que se pretende a través de ella es una continuidad en la formación personal y educativa que el menor venía recibiendo en su familia de origen, entonces el delegado de las funciones de guarda tendrá la obligación de respetar al máximo las directrices dadas por los padres o tutores. Pero puede darse el caso también de que la delegación se lleve a cabo con la finalidad de ir modificando progresivamente la educación, formación y hábitos del menor, en cuyo supuesto la influencia que ejercerán los delegados en la educación de aquél será bastante mayor.

En cualquier caso, lo más normal será que el delegado paterno actúe con un poder decisorio bastante restringido, limitándose a poner en práctica las decisiones adoptadas por los padres y siguiendo en todo momento las directrices marcadas por éstos. Y ello no solo en las cuestiones importantes, sino también incluso en las de menor trascendencia, con mayor o menor grado de autonomía según la voluntad de los progenitores.

Por lo que a los derechos y deberes de los delegantes se refiere; algunos de ellos ya han sido analizados y concretados con el estudio de las obligaciones de los delegados, que podrían resumirse en *el deber genérico que tienen los padres de seguir velando por el menor* con posterioridad a la celebración del pacto de delegación (arts. 110 y 111, párr. último, 154.1.^º y 269.1.^º CC, 136.1.^º, 143.1 y 207.1.^º CF).

Pero debe tenerse en cuenta que este deber general de velar por el menor no va a actuar de la misma forma que cuando los padres o tutores ostentaban el ejercicio de la guarda, dado que este ejercicio

ha sido transferido ahora a una tercera persona. Por lo que este deber necesariamente debe ser modulado y adaptado a su nueva forma de ejercerse y a las nuevas necesidades del menor. Interesa por tanto ver a continuación las manifestaciones más importantes de esta función, de cuyo incumplimiento puede derivarse para los padres la responsabilidad que venimos estudiando. Tales son:

a) El derecho-deber de vigilancia y control; que legitima a los padres o tutores para seguir y comprobar la forma y diligencia con que el tercero-delegado cuida y educa a los hijos. En general comprende el derecho de los padres o tutores a estar informados de todas las actuaciones que sobre el menor lleva a cabo el tercero, aunque el contenido y alcance del mismo podrá variar dependiendo de lo estipulado en el pacto de delegación.

b) El derecho-deber de colaboración; más de tipo moral que material o económico, consiste en una serie de prestaciones personales que los padres o tutores estarán obligados a conceder al tercero en circunstancias marginales como podría ser, por ejemplo, en los casos de enfermedad, ausencia imprevista, acudir al hospital, hacerse cargo del hijo durante la enfermedad, o urgente alejamiento del delegado.

c) El derecho-deber de comunicación, visita y relaciones personales; lo conservan siempre los padres aunque no ejerzan la patria potestad (arts. 160 y 161 CC, 5.3.^º y 10.3.^º LPMA), de igual forma que sucede en los supuestos de imposibilidad o incapacidad, o cuando el hijo convive con uno solo de los progenitores⁵².

Los principios hasta aquí estudiados que deben informar con carácter general los pactos de delegación, y de los cuales se desprenden a su vez una serie de límites básicos que deben regir en los mismos, dejan entrever claramente quienes pueden ser los sujetos responsables además del menor, cuando éste infringe un daño a tercero. Tales sujetos son, por un lado, los propios padres o tutores, que jamás pierden el derecho-deber de velar por el menor como consecuencia de la celebración de este tipo de convenio. Precisamente aquí, el control y vigilancia que los titulares de la potestad deben ejercer sobre el menor es bastante más acentuado que el que puedan llevar a cabo en los supuestos ya estudiados en los que el menor es dado en acogimiento, ya sea mediante la previa guarda administrativa o sin ella. La dirección de todo el proceso de desarrollo del menor y su educación queda completamente en manos de sus padres o tutores, pues éstos son los que deben asumir la toma de decisiones sobre todos los aspectos que atienden a la esfera per-

⁵² Véase al respecto NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, «La delegación de las funciones paternas. Aproximación a su configuración en los supuestos no contemplados en el ordenamiento», en *La Notaría, Boletín del Colegio de Notarios de Barcelona*, núm. 9, septiembre, 1996, pp. 67-69, 72-77, 80, 82, 98, 101, 102, 109-116 y 122-124.

sonal del menor, ya sean trascendentales para él o no. Por lo que su responsabilidad, en consecuencia, tiende a ser mayor que la de los delegados.

También puede suceder que la causa que haya llevado a los padres o tutores a celebrar el pacto de delegación estribe en la desobediencia e irrespetuosidad del menor hacia aquéllos. Por lo que entonces, el proceso educativo recaerá en el tercero-delegado, al que se le impondrá reformarle en tales aspectos. Consecuencia de ello es que el delegado tendrá derecho a ser obedecido y respetado en la medida en que asuma el deber de enseñar al acogido a obedecer y respetar. En este supuesto, cierto es que el daño que cometa el menor puede haber sido debido a una mala educación u orientación por parte del tercero-delegado. Pero aun en estos casos en los que la actuación de los delegados tiene una mayor incidencia sobre las conductas del menor, la responsabilidad en su mayor grado debe ser asumida por los padres o tutores por los motivos indicados.

Evidentemente asumirán la mayor parte pero no toda, porque esta responsabilidad debe compartirse con la de los delegados, que son también sujetos responsables en la medida en que se les ha transferido el ejercicio directo de las funciones de guarda, y a pesar de que su papel en estos supuestos más bien parezca limitarse al de ser un mero instrumento para la ejecución material de unas funciones de guarda que en realidad son dirigidas casi completamente por los padres.

5. EL CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO

Conforme al artículo 62 LORPM, la extensión de la responsabilidad civil que se derive del ilícito penal cometido por el menor, se regulará por lo dispuesto en el capítulo I del título V del libro I del Código Penal vigente (arts. 109 a 115 CP). Remitiéndose por tanto esta ley a las reglas que regulan con carácter general las formas de reparación desde el punto de vista civil, para todos los delitos o faltas penales. Pero es importante tener en cuenta que esta remisión general que realiza la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor a las disposiciones del Código Penal únicamente se ciñe o se refiere a la extensión de la responsabilidad civil del menor, que coincidirá en este aspecto con la de un mayor de edad, que como sabemos alcanza tres posibles formas: 1) la restitución, 2) la reparación del daño, y 3) la indemnización de perjuicios materiales y morales. Por consiguiente, estas tres vías de reparar a

nivel civil el daño penal son coincidentes o comunes para los mayores y menores de edad. Pero lo cierto es que como ya he indicado, la coincidencia en esta materia no llega más allá de la formal extensión, porque el contenido de una y otra responsabilidad va a ser muy diferente. Pues evidentemente no puede exigirse a un menor de edad que lleve a cabo el mismo tipo de actuaciones frente a la víctima que las que pueda realizar una persona mayor de edad, cuya capacidad de discernimiento y de madurez psicológica, así como las circunstancias que la envuelven, van a ser completamente distintas.

El diferente contenido de una y otra responsabilidad se pone claramente de manifiesto en la propia Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, que como señala en su exposición de motivos: «*desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores que se caracteriza por tener una naturaleza educativa y de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos ...»*

A tal efecto, la LORPM en su texto prevé una serie de medidas específicas que pueden tener distinta naturaleza dependiendo de si cumplen una función sustitutiva de la responsabilidad penal, o bien sustitutiva de la responsabilidad civil. Distinguir cuando cumplen una u otra finalidad es una de las cuestiones fundamentales a examinar en las páginas de este apartado dedicado al análisis específico del contenido de la responsabilidad civil del menor. Estas medidas pueden catalogarse en tres tipos:

- 1) La conciliación entre el autor y la víctima.
- 2) La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad.
- 3) El compromiso del menor contraído con el perjudicado, de llevar a cabo una serie de acciones que se adapten a las necesidades de este último.

Estos tres tipos de medidas que se recogen en el texto de la ley [arts. 7.1.º.j) y 19.1.º y 2.º LORPM] y que pueden enmarcarse en el contexto de la responsabilidad civil, presentan unos rasgos que las alejan en gran medida de las acciones reparadoras que, en su caso, pudiera imponerse a un adulto. Por este motivo, la propia LORPM se ha encargado de desarrollar su aplicación y procedimiento. En consecuencia, el contenido de la responsabilidad civil del menor que se deriva del ilícito penal hay que buscarlo en la ley especial que regula su responsabilidad penal (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero). No así la extensión de la misma, cuyos linderos aparecen concretados en el Código Penal, por expresa remisión del artículo 62 LORPM.

Entre los rasgos esenciales que las caracterizan, debe mencionarse que resultan por un lado un medio mucho más adecuado para que el menor comprenda el alcance del daño causado y se concientie para no repetir la misma conducta. Consiguen de esta manera beneficiar al menor, que en vez de sufrir un castigo alejado del hecho que cometió, puede llevar a cabo actividades vinculadas con su infracción dirigidas ante todo a reponer en la medida de lo posible, las cosas a su estado normal. O en el supuesto de que ello no sea posible, la realización por parte del menor de acciones que repercutan en beneficio del perjudicado o de la comunidad en su conjunto, cuando el daño afecte a esta última. De esta forma, el menor infractor aprende a responsabilizarse, porque observa de modo real los efectos de su delito, ya que escucha y ve personalmente a su víctima; ésta no es un mero ser anónimo que consta en los papeles como «la víctima» o «el perjudicado». El menor siente los efectos negativos de su acto al tener que esforzarse mediante la reparación del daño causado⁵³. Con el acto reparatorio el menor restituye, compensa en cierta forma los daños causados, realiza un «pago simbólico». Tiene efectos positivos tanto a nivel externo como interno: a nivel externo, la tarea que realiza el menor es real, visible, tiene sentido y es útil; a nivel interno, al poder demostrar su disposición para colaborar y su capacidad de realizar acciones útiles para los demás, puede aliviar su culpa y reparar su propia imagen. El acercamiento por ejemplo del menor a la comunidad favorece la toma de conciencia de pertenencia a un grupo, del papel que cada uno juega y de la aportación que uno puede tener en el mismo. La mediación es un proceso de responsabilización del menor ante sí mismo y ante los demás, de los propios actos o actitudes. Debe tenerse en cuenta que una característica general de los menores atendidos en mediación, es la falta de previsión del alcance de su conducta. Saben que han hecho algo mal pero a menudo tienen una visión parcial de su acción, por lo que tienden a minimizarla. Desde el momento en que se introduce a la víctima en el discurso, el menor se ve obligado a pensar, a reflexionar sobre su conducta, a tomar una cierta distancia para analizar las circunstancias que lo llevaron a la acción delictiva, los motivos de la misma y sus consecuencias para la víctima. La mediación supone un ejercicio de introspección para él, puesto que tiene que contestar a muchos porqués sobre sí mismo; situación a la que por regla general no está muy acostumbrado. Aprende a conocerse algo más, y pone a prue-

⁵³ GARRIDO GENOVÉS, Vicente, «Los fundamentos científicos de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor», en *ICADE, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 53, Madrid, mayo-agosto, 2001, pp. 21 y 22.

ba su capacidad de raciocinio, permitiendo que el menor vea la dimensión de su acción y le dé la justa medida, evitando que dramatice creándole una culpa dañina o que trivialice el hecho, lo que supondría no aprender de la experiencia. En definitiva, permite que se restaure, que se reconstruya la imagen dañada ante sí mismo y ante su entorno, fomentando el autocontrol y previniendo la reincidencia. Constituyendo todo este proceso una importante experiencia de aprendizaje y de educación hacia la responsabilidad⁵⁴.

El otro rasgo que caracteriza a este tipo de medidas incide en la persona de la propia víctima, pues ésta se siente más considerada porque pasa a tener un rol activo en la impartición de la justicia. Ya no es un mero agente pasivo que sólo participa en el proceso denunciando el hecho; ahora también se le requiere para que dé su parecer en cuanto al tipo de medida que realmente va a servir para reparar el perjuicio que se le ha causado. De esta forma se beneficia también psicológicamente a la víctima, que se siente escuchada al ser protagonista en el procedimiento para la reclamación de la responsabilidad que va a ser exigida al menor⁵⁵. La víctima suele sentirse abandonada e incomprendida por la justicia. La experiencia demuestra que siente miedos, ansiedades, indignación y un largo etcétera de sentimientos y emociones dolorosas. Por lo que participando en el proceso de mediación tiene la oportunidad de reducir, aliviar o solucionar algunos de estos daños. La víctima dispone en este proceso de un espacio en el que puede plantear sus miedos, sus temores, el daño que ha sufrido, sus demandas ..., y este espacio es de suma importancia. Cuando las consecuencias del hecho delictivo han afectado mucho a la víctima, la han herido, le han causado dolo; ser atendida y escuchada le permite relajar esa tensión, aflojar ese nudo de ansiedades. Alguien se interesa por ella, por su vivencia, la atiende, reconoce y ofrece una posible vía de solución. Encontrarse con el autor del delito y escuchar sus circunstancias ayuda a desdramatizar la situación. Que alguien con cara y ojos, aquél que la perjudicó, le dé explicaciones y se muestre en una actitud muy distinta a la del día de los hechos, permite que la víctima se sienta aliviada, que desaparezca gran parte de lo imaginario, cobrando el conflicto su justa medida.

Obvio es que la mediación puede ayudar en la reparación material del daño, quedando en manos de las partes la posibilidad de llegar a acuerdos adaptados a las necesidades y posibilidades de las

⁵⁴ NOGUERA MARTÍN, Ana, *La mediación en el ámbito juvenil. El sistema español de justicia juvenil*. Madrid, 2002, pp. 411-413.

⁵⁵ GARRIDO GENOVÉS, Vicente, «Los fundamentos científicos de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor», en *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 53, Madrid, mayo-agosto, 2001, pp. 21 y 22.

mismas. Pero en realidad la mediación cobra su pleno sentido cuando hay daño moral o psicológico, pues la experiencia demuestra que lo que más repara a la víctima es que se tenga en cuenta su dolor, su miedo, su ansiedad, etc. Por ello, comprobar el cambio en la actitud del autor y escuchar su compromiso de futuro es lo que la compensa realmente. Este hecho, junto a un verdadero protagonismo en la solución del conflicto es lo que la libera del papel de víctima⁵⁶.

El proceso de mediación, que en la Ley de la Responsabilidad Penal del Menor está integrado por tres métodos o técnicas: 1. *la conciliación*, 2. *las prestaciones en beneficio de la comunidad*, y 3. *la actividad reparadora en beneficio de la víctima*, es llevado a cabo por el equipo técnico, que de acuerdo con los artículos 19.3.^º LORPM y 4 del Reglamento, realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento. La función del mediador es la de poner en contacto al infractor con la víctima para obtener el consentimiento de ambos para realizar la mediación, una vez explicados los fines y reglas del programa. La intervención del mediador facilita el intercambio de opiniones y propuestas de ambas partes, así como delimita el conflicto y ayuda en la discusión, potenciando la expresión de los problemas y de los sentimientos⁵⁷. En la mediación se define el conflicto y se concretan los acuerdos que pueden darle solución. Hablar de mediación es hablar de un campo en el que nada es obligado. El encuentro entre las partes es un espacio muy dinámico, con cambios algunas veces imprevisibles. El menor y la víctima plantean sus razones y circunstancias, y cada uno hace un esfuerzo para entender al otro. Ambos sienten que la solución del conflicto les pertenece, y se crean las condiciones que permiten al joven reparar el daño y a la víctima ser recompensada. El mediador es el responsable del proceso y las partes de su contenido, tanto del valor que otorgan al conflicto como de los acuerdos. Las funciones del mediador son informar, explorar y orientar, tanto al menor como a la víctima, conduciendo el proceso desde la máxima imparcialidad. El mediador centra su intervención en el problema y en potenciar el diálogo entre las partes para restablecer una comunicación que permita dar un nuevo rumbo, construir otro final a la situación. Colabora en la definición y concreción de los problemas, potenciando el respeto

⁵⁶ NOGUERAS MARTÍN, Ana, *ob. cit.*, pp. 413-415.

⁵⁷ MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES; *Medidas «alternativas en medio abierto para menores infractores»*. *Infancia y Sociedad. Revista de Estudios*. núm. 23. Madrid, 1990, p. 85.

entre las partes, la escucha mutua y aportando elementos de reflexión para avanzar en la solución. Facilitando de esta forma, que víctima e infractor encuentren una salida que les permita continuar adelante, girar una página y no quedarse enganchados en ese rol, en ese vínculo que les enfrenta⁵⁸.

Como ya se indicó, la conciliación y los compromisos de reparación en beneficio de la comunidad o de la víctima, son medidas que pueden tener una naturaleza penal o civil según sea la finalidad que éstas cumplan en el ámbito del proceso penal. Para discernir cuando adquieren uno u otro carácter, es necesario distinguir entre la responsabilidad en que puede incurrir el menor con anterioridad a la sentencia penal y con posterioridad a la misma.

5.1 La responsabilidad del menor con anterioridad a la sentencia penal

En la fase de instrucción del procedimiento encomendada al Ministerio Fiscal, se prevé la posibilidad de intervenir sobre el menor infractor con la finalidad de evitar la terminación del proceso con una declaración de responsabilidad penal. Dicha intervención se lleva a cabo mediante la imposición de una medida, que si bien de contenido marcadamente educativo y orientada a la preventión especial, no deja de tener un sentido de sanción, e implica la materialización del reproche por la infracción de la norma. Estas posibilidades se regulan en los artículos 18 y 19 bajo la denominación respectiva de «desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar» y «sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima». Ambas tienen en común el efecto de poner fin al expediente en una fase muy temprana del procedimiento, evitando de este modo los efectos estigmatizadores de su celebración para el menor y en no pocas ocasiones también para la víctima. Siendo requisitos comunes a ambas modalidades, que se trate de delitos menos graves o faltas, y la ausencia de violencia o intimidación en su comisión⁵⁹. En consecuencia, la conciliación y la reparación entre el menor y la víctima son medidas que en este momento del proceso cumplen una función sustitutiva de la responsabilidad penal que en su caso pudiera corresponder al menor en el supuesto

⁵⁸ NOGUERAS MARTÍN, Ana, *ob. cit.*, pp. 405-407 y 416.

⁵⁹ TORRES FERNÁNDEZ, M.ª Elena, «Los caminos hacia una justicia reparadora en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor». *Actualidad Penal*. núm. 25, T. 2, año 2002. Madrid, p. 651.

de que llegara a existir la sentencia penal. Es decir, cuando se produce el sobreseimiento del expediente como consecuencia de la aplicación de alguna de estas medidas, ello no significa que el menor haya quedado liberado de toda responsabilidad penal. Pues aunque no se le haya declarado penalmente responsable mediante sentencia, sí que de todas formas va a asumir esa responsabilidad a través de otras vías especiales diseñadas específicamente para favorecerle. Por lo que es entonces cuando estas medidas cobran una naturaleza penal. Para el caso que ahora nos ocupa, esas vías vienen previstas en el artículo 19.1.^º LORPM, que contempla la posibilidad de que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente cuando el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la misma.

La conciliación y las actividades de reparación en favor de la víctima o comunidad funcionan así a modo de responsabilidad de tipo penal, que de ser efectivamente asumida por el menor, va a dar lugar a la terminación del procedimiento sin sentencia. Así lo dispone el artículo 19.4.^º LORPM cuando declara que «una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido ... el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado»⁶⁰.

Por consiguiente, si el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor, apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima [arts. 27.1.^º LORPM y 5.1.^a) del Reglamento]. Recibida la solicitud por el equipo técnico, éste citará a su presencia al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor, y expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el artículo 19 LO 5/2000. Si con audiencia de su letrado el menor aceptara alguna de las soluciones que el equipo técnico le propone, se recabará la conformidad de sus representantes legales, y si contrariamente éstos y el menor mani-

⁶⁰ Disposición ésta que debe ponerse en relación con el artículo 51.2.^º de la Ley, de acuerdo con el cual la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplidos expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

festaran su negativa a aceptar una solución extrajudicial, el equipo técnico lo comunicará al Ministerio Fiscal, que iniciará la elaboración del informe a que alude el artículo 27 de la LO 5/2000. El equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en un procedimiento de mediación, ya sea a través de comparcencia personal ante el equipo técnico o por cualquier otro medio que permita dejar constancia [art. 5.1.º. b), c) y d) Reglamento]. El equipo técnico podrá proponer una intervención socio-educativa sobre el menor, y asimismo informará, si lo considera conveniente, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, con indicación del contenido y finalidad de la mencionada actividad (art. 27.2.º y 3.º LORPM). De igual modo, podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor (art. 27.4.º LORPM).

Si la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación, el equipo técnico citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación. No obstante, la conciliación y reparación también podrán llevarse a cabo sin encuentro, a petición de la víctima, por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos. No siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, propondrá a éste la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. El equipo técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos alcanzados por las partes y su grado de cumplimiento o, en su caso, los motivos por los que no han podido llevarse a efecto los compromisos alcanzados por las partes, a efectos de lo dispuesto en el artículo 19.4.º y 5.º LO 5/2000 [art. 5.1.º.e), f) y g) del Reglamento].

En el caso de que el menor no cumpliera la medida acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente (art. 19.5.º). Y si la medida no pudiera llevarse a efecto por causas ajenas a su voluntad, el artículo 19.4.º LORPM dispone efectos idénticos a los que produce el cumplimiento del compromiso: «el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado»⁶¹.

⁶¹ Piénsese, por ejemplo, el caso en el que el menor esté dispuesto a asumir el compromiso de reparación y la víctima no esté interesada en llegar a un acuerdo de mediación o simplemente no sea conveniente su participación en el mismo.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la conciliación y realización de actividades en beneficio de la comunidad o perjudicado no condicionan la responsabilidad civil que en su caso pueda exigírselle al menor por la comisión del ilícito penal. Ello significa que el fin de la tramitación del proceso penal por sobreseimiento del expediente no excluye la continuación de la pieza de responsabilidad civil cuando el perjudicado no haya renunciado a la misma. Siendo por consiguiente las medidas de tipo penal mencionadas perfectamente compatibles con el ejercicio conjunto de la acción para reclamar responsabilidad civil, quedando incluidos los dos aspectos a favor de una solución global del conflicto⁶². Así se desprende claramente de la letra del artículo 19.2.^º LORPM cuando dispone que «... todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta». Dejando siempre a salvo la ley la posibilidad de que el menor pueda responder civilmente aunque el procedimiento penal haya concluido en virtud de un acuerdo de mediación. En este caso no obstante lo más lógico es entender que el contenido de la responsabilidad civil deberá ser distinto a cualquier modalidad de actividad reparadora que haya servido de base al compromiso de reparación del artículo 19 LORPM, y que se haya tenido en cuenta para el desistimiento⁶³.

5.2 La responsabilidad del menor con posterioridad a la sentencia penal

En el caso de que el procedimiento penal culmine con sentencia por no habersele podido aplicar al menor alguna de las medidas que dan lugar al desistimiento de la incoación del expediente o al sobreseimiento del mismo, ya sea por no reunir el menor los requisitos que se exigen para la aplicación de tales medidas, o por no llevarlas a término por causas a él imputables, el menor responderá con la imposición de una medida penal y también con la responsabilidad civil correspondiente, en el caso de que el perjudicado no renuncie a esta última.

⁶² PERIS RIERA, Jaime M., «El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000», *La Ley*, T. 2, año 2001, Madrid, p. 1652.

⁶³ TORRES FERNÁNDEZ, M.^a Elena, «Los caminos hacia una justicia reparadora en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor». *Actualidad Penal*, núm. 25, T. 2, año 2002, Madrid, p. 656.

Al efecto, el artículo 110 CP establece que la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas penales comprende:

1. La restitución;
2. La reparación del daño, y
3. la indemnización de perjuicios materiales y morales.

La víctima no viene obligada a seguir el orden de prelación establecido en este artículo, de manera que deba acudir forzosamente y en primer lugar a la vía de la restitución. Sino que podrá escoger la forma de reparación que le resulte más beneficiosa o que más convenga a sus intereses.

5.2.1 LA RESTITUCIÓN Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO

La restitución es una medida que se engloba dentro de la reparación del daño que contempla el apartado 2.^º del artículo 110 CP. En realidad, no es más que una forma de reparación aunque el legislador la distinga de esta última al ubicarla formalmente en un apartado distinto dentro del precepto legal (concretamente en el apartado 1.^º del artículo 110 CP)⁶⁴. Tal es así porque como sabemos la reparación del daño admite dos posibles formas:

1. La reparación específica o *in natura*, que consiste en obligar al infractor a realizar las actividades necesarias para reponer las cosas a la normalidad, o a la situación en la que se encontraban con anterioridad a la producción del daño. Por lo que dentro de este tipo de reparación se situaría la restitución, pues la restitución consiste en la devolución de la cosa que ha sido robada o hurtada a la persona que la poseía. Es una forma de responsabilidad civil típica de los delitos y faltas cuya consumación consiste en privar ilegalmente de la cosa a la víctima⁶⁵. Es evidente por tanto que la restitución o la devolución del bien material a su legítimo poseedor, es una forma de reponer la situación a su estado normal. Pero la resti-

⁶⁴ Opinión que comparte ROCA TRÍAS, Encarna, *Derecho de Daños. Textos y materiales*. Valencia, 2000, p. 181.

⁶⁵ IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid, 2001, pp. 466 y 473.

Véase igualmente LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Derecho Penal de Menores*, Valencia, 2001, p.375.

El apartado 1.^º del artículo 110 CP debe ponerse en relación con el artículo 111 del mismo cuerpo legal, de acuerdo con el cual, «*deberá restituirse siempre que sea posible el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determine. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero que lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. No obstante, la restitución no tendrá lugar cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable*

tución no es la única forma de reparación específica o *in natura* que puede darse. Existen otro tipo de actividades a través de las cuales puede conseguirse también esta finalidad. Efectivamente, la restitución puede darse cuando ha habido un supuesto de privación indebida de un objeto material, pero no cuando tienen lugar otro tipo de daños que igualmente admiten una reparación *in natura*. Así por ejemplo; cuando se produce un menoscabo en un bien, su rotura o detrimento; la reparación consistiría en la puesta en práctica de la actividad necesaria para reponerlo a su estado primitivo. O cuando se vulnera el derecho al honor de una persona divulgando públicamente hechos que la hacen desmerecer del respeto ajeno. La reparación aquí podría consistir en corregir o rectificar estos hechos y volver a divulgarlos de forma que el perjudicado recupere su honor o dignidad, etc. La LORPM contempla medidas encaminadas a que el menor pueda efectuar personalmente este tipo de reparación de naturaleza civil. Estas medidas ya mencionadas, que en la ley reciben la denominación genérica de *reparación del daño causado*, consisten bien en el compromiso que contrae el menor con la víctima de llevar a cabo acciones que se adapten a las necesidades de ésta y que repercutan en su beneficio, como por ejemplo; obligar al menor a pintar de nuevo la pared de una tienda propiedad del perjudicado, con la finalidad de borrar los letreros o anuncios que el menor dibujó en un acto de rebeldía. O bien estas actividades de reparación también pueden repercutir en beneficio de la comunidad cuando el daño infringido por el menor afecte a ésta en su conjunto. En *la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad*, el menor ha de realizar una actividad durante un número de sesiones previamente fijado, en la que se buscará relacionar la naturaleza de la actividad en que consista la medida con la de los bienes jurídicos afectados por los hechos cometidos por el menor. Lo característico de esta medida es que el menor ha de comprender durante su realización que la colectividad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta. Se pretende que el menor comprenda que actuó de modo incorrecto, que merece el reproche formal de la sociedad, y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justo. Así, por ejemplo, si el menor se dedicó a incendiar papeleras o *containers* desperdigando o vertiendo basura en un parque público, la medida consistiría en llevar a cabo las tareas de limpieza necesarias hasta que la zona afectada volviese a la normalidad. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad tiene sentido cuando la víctima es la colectividad en su conjunto. O bien también puede emplearse como vía alternativa cuando la víctima no desea conciliarse con el menor. Los elementos que han de ser tomados en consideración a la hora de imponer y ejecutar las prestaciones en beneficio de la comunidad, nos los ofrece el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000. A tal efecto, el Reglamento señala que estas actividades han de tener un interés social o realizarse en beneficio de personas en situación de precariedad; estarán relacionadas, preferentemente, con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor; no

podrán atentar contra la dignidad del menor, y no estarán supeditadas a la consecución de intereses económicos. Las prestaciones del menor no serán retribuidas, pero podrá ser indemnizado por la entidad a beneficio de la cual se haga la prestación, por los gastos de transporte y, en su caso, de manutención, salvo que estos servicios los preste dicha entidad o sean asumidos por la entidad pública. Durante la prestación de la actividad, el menor que tenga la edad legal requerida gozará de la misma protección prevista en materia de Seguridad Social para los sometidos a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad por la legislación penitenciaria y estará protegido por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales. Al menor que no tenga dicha edad, la entidad pública le garantizará una cobertura suficiente por los accidentes que pudiera padecer durante el desempeño de la prestación y una protección que en ningún caso será inferior a la regulada por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales. Cada jornada de prestaciones no podrá exceder de 4 horas diarias si el menor no alcanza los dieciséis años, ni de ocho horas si es mayor de dicha edad. La determinación de la duración de las jornadas, el plazo de tiempo en el que deberán cumplirse y la ejecución de esta medida estará regida por el principio de flexibilidad a fin de hacerla compatible con las actividades diarias del menor. En ningún caso la realización de las prestaciones podrá suponer la imposibilidad de la asistencia al centro docente si el menor se encuentra en el período de la enseñanza básica obligatoria. El profesional designado se entrevistará con el menor para conocer sus características personales, sus capacidades, sus obligaciones escolares o laborales y su entorno social, personal y familiar, con la finalidad de determinar la actividad más adecuada. El programa individualizado de ejecución de la medida elaborado por el profesional deberá contener las actividades a realizar, su cometido, el beneficiario, el lugar de realización, la persona responsable de la actividad, el número de horas de cada jornada, el horario y el consentimiento expreso del menor a realizar dichas actividades en las condiciones establecidas. Si el menor no aceptara las actividades propuestas o sus condiciones de realización y no hubiera otras actividades disponibles adecuadas a sus aptitudes personales o no se pudieran variar las condiciones, el profesional designado lo pondrá en conocimiento inmediato del Juez de menores a los efectos oportunos (art. 20 del Reglamento). La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad es muy utilizada en Europa, sobre todo en países tales como el Reino Unido, los Países Bajos y Suiza. Un buen ejemplo del contenido de esta medida son los «Proyectos de Trabajo» holandeses⁶⁶, que abarcan las siguientes tareas: trabajo de limpieza y cocina en hospitales, instituciones psiquiátricas y asilos; reparación, pintura y mantenimiento en iglesias, clubs de juventud y escuelas; trabajo de mantenimiento en bosques, jardines y parques municipales, y tra-

⁶⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Justicia de menores: una justicia mayor». *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, Manuales de Formación Continuada*. núm. 9, Madrid, 2000, pp. 90 y 91.

bajos de reparación de desperfectos en transportes y edificios públicos o en propiedades particulares⁶⁷.

2. La otra posible forma de reparación civil del daño consiste en el resarcimiento por equivalente, que normalmente se llevará a término cuando la reparación en forma específica sea inviable o imposible. Así por ejemplo, cuando ya no pueda restituirse el objeto robado debido a su destrucción o desaparición. O cuando el daño ha consistido en la agresión sexual a una persona, o algún otro tipo de daño que afecte a su integridad física que no pueda ser reparado de manera que la persona pueda recuperar su estado corporal normal (muerte, amputación o lesión de algún miembro u órgano, etc.). En estos supuestos en los que la víctima no puede elegir la vía de la reparación in natura porque no es factible, tendrá que decantarse por este otro tipo de reparación que comúnmente consiste en atribuir al perjudicado una indemnización en sustitución de los daños y perjuicios sufridos, y en la que en su caso, deberá tenerse en cuenta la valoración económica de dos elementos: 1. el daño emergente, y 2. el lucro cesante. La Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor prevé para este tipo de reparación también una serie de medidas especiales que puede llevar a cabo en persona el propio menor, en lugar del abono de una indemnización o suma dineraria, que no serviría en absoluto para cumplir con la finalidad que persigue la ley. Estas medidas son: por un lado, la *conciliación* entre el menor infractor y la víctima, por medio de la cual, esta última recibe una satisfacción psicológica a cargo del menor, quien ha de arrepentirse del daño causado y disculparse. Para que la conciliación surta efecto, la persona ofendida debe aceptar las disculpas y otorgar su perdón (arts. 19.2.^º y 51.2.^º LORPM). La conciliación requiere un comportamiento activo tanto del menor como del perjudicado. Por un lado, el menor reconociendo la producción de un daño y que lo causó él, y pidiéndole disculpas por ello a la víctima. Y por otro, es necesario que ésta acepte las disculpas, pero esa aceptación no tiene porqué ser expresa; basta con que el perjudicado se abstenga de comportamientos indicativos de un rechazo de esas disculpas o de una negativa a darlas por buenas para que las mismas puedan producir el efecto previsto en la Ley⁶⁸. El acto por medio del cual el menor infractor expresa su arrepentimiento por el daño que ha infringido, puede considerarse perfectamente como un tipo de reparación por equivalente en aquellos casos en los que a la víctima le reporte una mayor satisfacción escuchar personalmente las disculpas del causante de su daño y concederle su perdón. Por otro lado, esta forma de reparación puede tener lugar también a través del ya mencionado *compromiso entre el menor infractor y la víctima*, por medio del cual aquél lleva a cabo algún tipo de actividad que repercute en beneficio de ésta y que sirva, sino para reposar las cosas a su estado primitivo, si como vía alternativa para

⁶⁷ MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES, «Medidas alternativas en medio abierto para menores infractores». *Infancia y Sociedad, Revista de Estudios*, núm. 23, Madrid, 1990, pp. 78 y 79.

⁶⁸ MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás; *Protección de la víctima y responsabilidad civil en la Ley Penal de los menores*. Actualidad Penal. 2001. T.1. Madrid, pp. 77 y 78.

paliar o compensar las consecuencias del daño. Como por ejemplo, cuando el menor se compromete a limpiar durante cinco meses un local en el cual cometió un delito de robo. O cuando la víctima sea la comunidad en su conjunto, mediante el compromiso del menor de realizar trabajos no retribuidos en beneficio de ésta. Por ejemplo, cuando el menor lleva a término actividades de vigilancia forestal como consecuencia de haber quemado un bosque o jardín público. O cuando realiza tareas de asistencia a ancianos o minusválidos como forma de reparación por la agresión que cometió contra una persona de avanzada edad, etc (art. 19.2.º LORPM) ⁶⁹.

Durante la ejecución de las medidas, la entidad pública remitirá al Juez de menores y al Ministerio Fiscal los informes de seguimiento para conocer el grado de cumplimiento de aquellas, las incidencias que se produzcan y la evolución personal del menor. Cuando el informe de seguimiento contenga una propuesta de revisión de la medida en alguno de los sentidos previstos en los artículos 14.1.º ó 51 de la LO 5/2000, se hará constar expresamente (art. 13.1.º y 4.º del Reglamento). Dichos preceptos contemplan la posibilidad de que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección de menores, pueda en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra que se estime más adecuada, siempre que la modificación redunde en interés del menor. La entidad pública competente abrirá un expediente personal a cada menor del que tenga encomendada la ejecución de una medida (art. 12 Reglamento). Una vez cumplida la medida, la entidad pública elaborará un informe final dirigido al Juez de menores y al Ministerio Fiscal, en el que además de indicar dicha circunstancia se hará una valoración de la situación en la que queda el menor (art. 13.5.º del Reglamento).

También es posible que durante la ejecución de alguna de las medidas que contempla la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, éste manifieste su voluntad de conciliarse con la víctima, o de repararle el daño causado, en cuyo caso, la entidad pública informará al juzgado de menores y al Ministerio Fiscal de dicha circunstancia, realizará las funciones de mediación corres-

⁶⁹ La reparación del daño, que viene contemplada en el apartado 2.º del artículo 110 CP como una forma de responsabilidad civil derivada del ilícito penal, debe ponerse en conexión con el artículo 112 de este mismo cuerpo legal, en virtud del cual; «*la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa».*

pondientes entre el menor y la víctima e informará de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento al Juez y al Ministerio Fiscal (art. 15 del Reglamento).

5.2.2 LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

Por último, el artículo 110.3.^º incluye dentro del ámbito de la responsabilidad civil la indemnización de perjuicios materiales y morales, que de acuerdo con el artículo 113 CP «*comprenderá, no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros*». Entiendo que esta última forma de reparación puede darse sola, en cuyo caso funcionaría como una reparación por equivalente cuando la reparación específica no fuere factible. O bien conjuntamente con la reparación in natura, en la que además de reponer las cosas a su estado primitivo, el infractor viene obligado al abono de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al agraviado como consecuencia de la producción del daño.

También puede suceder que las actividades que realice el menor a favor del perjudicado a modo de resarcimiento por equivalente, carezcan de la entidad suficiente para llegar a cubrir la totalidad de los daños y perjuicios causados. En cuyo caso, permanecerá abierta la posibilidad de escoger el modo de exigir el resarcimiento de los daños restantes, que habrá de ser en dinero. Siendo posible entonces una forma de reparación mixta, compuesta en parte por las actividades realizadas por el menor, y en parte por la entrega de una suma dineraria ⁷⁰.

Así por tanto, cuando el menor no pueda efectuar la reparación en forma específica, deberá llevar a término el resarcimiento por equivalente, bien a través de las actividades mencionadas (conciliación y prestaciones en beneficio de la víctima o de la comunidad),

⁷⁰ El artículo 19.2.^º LORPM dispone que además de las actividades que realice el menor dirigidas a la reparación del daño, éste y la víctima podrán llegar a un acuerdo en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta. Pero es evidente que cuando el menor infractor realiza esas actividades reparadoras, ya se ha llegado a un acuerdo sobre este punto. Acuerdo que puede haber sustituido la totalidad o parte de la responsabilidad civil. Por lo que no tiene sentido que además de la realización de las actividades prestadas como reparación, la víctima pueda ejercitar acción para reclamar la totalidad de la responsabilidad civil. Por tal motivo, la dicción del artículo 19.2.^º LORRPM debe ser aplicada únicamente en el contexto de unas actividades del menor a favor de la víctima que no alcanzan a cubrir en su totalidad los daños y perjuicios causados, lo que permitiría a ésta, por aplicación del artículo 19.2.^º reclamar el resto de la responsabilidad que no ha podido ser satisfecha por el menor infractor, en forma de una cantidad dineraria que bastaría para cubrirla. Tal es la opinión que sostiene DÍAZ ALABART, Silvia; *Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores: el artículo 19 de la LORRPM*. En Estudios de Responsabilidad Civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Madrid, 2001, pp. 96 y 97.

bien a través del abono de una indemnización pecuniaria que sustituirá el perjuicio irrogado.

En cualquier caso, la víctima siempre podrá elegir uno u otro tipo de reparación. La reparación por medio de una suma dineraria también se llevará a efecto cuando el menor se niegue a ejecutar voluntariamente las prestaciones que la ley prevé específicamente para él. En este caso, dada la habitual insolvencia del menor, el perjudicado no tendrá más remedio que dirigirse contra los otros sujetos que responden junto con aquél solidariamente para reclamarles la indemnización correspondiente. Posteriormente, el responsable guardador que haya satisfecho la totalidad de la indemnización, podrá dirigirse en vía de regreso contra el menor infractor para reclamarle la parte que le corresponda en el régimen interno de la solidaridad (art. 1145 CC).

Lo mismo sucedería si fuese el propio menor el que hiciese efectiva la indemnización entera en el caso de ser solvente. Éste posteriormente podría dirigirse contra el guardador o guardadores que responden solidariamente con él para reclamarles la parte que a cada uno corresponda por el incumplimiento de sus deberes de vigilancia y control.

Por otra parte, y como acaba de señalarse, el menor puede hacer efectiva la totalidad de la responsabilidad civil por medio de sus prestaciones personales. De ser así, el menor después de haber dado cumplimiento a toda la responsabilidad exigible, podrá dirigirse en vía de regreso contra su guardador o guardadores para reclamar a cada uno su parte de responsabilidad, que se traducirá siempre en el pago de una cantidad dineraria. Pues no olvidemos que en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor responden todos; es decir, los que ostentan la guarda sobre el menor y este último, sin que quepa la posibilidad de que aquellos queden liberados de responsabilidad por haber empleado toda la diligencia exigible.

También cabe la posibilidad de que el perjudicado no se dirija contra el menor para reclamarle responsabilidad, sino que se dirija directamente contra el otro u otros sujetos que responden de forma solidaria con él. Lo que tendrá lugar generalmente, cuando al perjudicado lo que le interese sea la percepción de una indemnización o suma dineraria en lugar de las prestaciones personales del menor. En este caso, el guardador, después de haber abonado la totalidad de la indemnización podrá dirigirse contra los demás guardadores si los hay, y como no, contra el propio menor para recuperar lo que hubiere pagado por ellos (art. 1145 CC).

5.3 Imposibilidad de llevar a cabo la reparación del daño causado

La imposibilidad de llevar a término las actividades de reparación mencionadas, puede ser debida a causas imputables a la propia persona del menor o a causas ajena a su voluntad. En el primero de los supuestos, cuando el menor se niegue voluntariamente a poner en práctica las medidas ideadas específicamente por la Ley para hacerle responder desde el punto de vista civil (conciliación y actividades reparadoras en beneficio de la víctima o comunidad), y tampoco sea factible la vía de la indemnización por daños y perjuicios, por ser aquél insolvente, el perjudicado no tendrá más remedio que dirigirse contra los otros obligados solidarios (padres, tutores o guardadores) hasta que logre satisfacer su derecho de crédito a ser indemnizado o compensado por el daño que se le ha causado.

Pero ¿qué sucedería en el supuesto de que los compromisos de reparación asumidos por el menor no pudiesen llevarse a efecto por causas ajena a su voluntad? ¿sería entonces aplicable en el campo de la responsabilidad civil que ahora tratamos la misma solución que contempla la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor para la responsabilidad de tipo penal, de acuerdo con la cual; «el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado» (art. 19.4.^º).

A mi modo de ver, esta solución que prevé el legislador cuando las medidas son de tipo penal, no puede ser trasladada al contexto de la responsabilidad civil porque es incoherente con los principios que propugna la propia norma en este ámbito, y entra en contradicción con la responsabilidad solidaria que consagra en el artículo 61.3.^º Tal es así, porque si la responsabilidad es solidaria, ello significa que si la víctima no puede hacer efectiva la responsabilidad contra alguno de los co-deudores solidarios (en este caso, contra el menor), entonces tiene derecho a dirigirse posteriormente contra los demás hasta que logre cobrar la indemnización que se le debe. Éste es precisamente uno de los rasgos más importantes que caracterizan a la solidaridad, por medio de la cual, lo que se pretende ante todo es que la víctima quede resarcida realmente. Y si la Ley ha establecido el sistema de la solidaridad como medio para lograr este objetivo, no se entiende que declare la finalización de las actuaciones, liberando a todos los sujetos de responsabilidad por el solo hecho de que el menor no pueda hacerla efectiva sin su culpa.

Cuando el menor no pueda llevar a cabo el compromiso de reparación por causas ajenas a su voluntad, la solución más lógica es que la víctima pueda dirigirse contra cualquiera de los otros co-deudores solidarios. Además, si el menor no puede cumplir personalmente el compromiso de reparación, siempre podrá cumplir más tarde o más temprano con su propio patrimonio personal. Por otra parte, si se aplicase esta solución, no serviría más que para provocar en la víctima una actitud reacia a dirigirse contra el propio menor para reclamarle responsabilidad civil. Pues sabiendo que la imposibilidad del menor de hacer efectiva la reparación dará lugar a la paralización de la acción, ante el riesgo de no cobrar, la víctima siempre preferirá reclamar la responsabilidad, no al menor, sino directamente a sus guardadores, que siempre vendrán obligados a responder.

La solución más coherente es establecer que en el caso de que el menor no pudiese llevar a término la reparación por causas ajenas a su voluntad, la víctima pueda dirigirse contra los demás co-obligados solidarios para reclamarles responsabilidad. O mejor todavía, y con independencia de la responsabilidad que corresponda a los guardadores, es dejar a salvo la acción que posibilite a la víctima dirigirse en cualquier caso, contra el patrimonio del menor cuando éste no pueda asumir por el momento el compromiso de reparación que implica la realización de prestaciones personales. Por tal motivo, la solución que contempla la ley en la norma del artículo 19.4.^º para las medidas sustitutivas de la responsabilidad penal, me parece que deja casi sin sentido la responsabilidad que ella misma consagra en su artículo 61.3.^º⁷¹.

5.4 La capacidad del menor para celebrar el acuerdo de reparación

El compromiso de reparación debe ser acordado entre la víctima y el menor infractor. Este último es el que debe prestar su consentimiento, de manera que si este consentimiento del menor no se da, el acto de reparación no podrá llevarse a término bajo ninguna circunstancia. Tal es así, porque se trata de un acto personalísimo, y porque además, el menor sometido a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal tiene por lo menos 14 años cumplidos; edad en la que se le presume ciertas condiciones de madurez para poder entender las consecuencias de sus propios actos. No obstante, si

⁷¹ A similares conclusiones llega DÍAZ ALABART, Silvia; *Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores*. cit. pp. 91 y 92.

bien el consentimiento del menor es imprescindible, por si solo no es suficiente para la validez del acuerdo de reparación, pues se exige en todo caso la conformidad de sus representantes legales (padres o tutores), quienes deben estar de acuerdo con la medida adoptada y manifestar su aceptación expresa con la misma [art. 5. c) del Reglamento].

El mismo régimen se prevé para la víctima, pues si ésta es menor de edad o incapaz, su consentimiento deberá ser confirmado por sus representantes legales y ser puesto en conocimiento del Juez de menores competente [art. 5.d) Reglamento, y artículo 19.6.^º LORPM].

Finalmente, se exige la aprobación del pacto por parte del Juez de Menores, que actúa como garante supremo de los intereses de la víctima (art. 19.6.^º LORPM).

5.5 Las medidas de reparación en el ordenamiento catalán

En el ámbito de la legislación civil catalana, la ya mencionada *Llei 27/2001 de 31 de diciembre, de justicia juvenil*, que regula la actuación de la Administración de la Generalitat o de otras entidades públicas o privadas que intervienen sobre menores a los que la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal hayan impuesto una medida en aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, también se ha preocupado de regular la aplicación, desarrollo y procedimiento de las medidas que se le impongan al menor, no sólo desde el punto de vista penal, sino también en el ámbito civil de la reparación del daño causado, siguiendo en todo momento el criterio inspirador de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que impone la aplicación al menor de medidas de carácter fundamentalmente educativo y que respeten sus derechos. Medidas que hagan sentirse al menor responsable de sus propios actos y que le ayuden a comprender el efecto que éstos tienen sobre los demás, como estímulo en el proceso de cambio de su conducta (arts. 2, 3.1.^º y 4 LORPM).

Así, y en lo que a la actividad reparadora del menor respecta, de acuerdo con la *Llei 27/2001 de 31 de diciembre*, corresponde a la Administración de la Generalitat dirigir, organizar y gestionar los equipos técnicos que han de atender las funciones de asesoramiento técnico y de mediación que les atribuye la Ley Orgánica 5/2000. Así como la dirección, organización y gestión de los servicios y programas que sean necesarios para la ejecución correcta de las medidas dictadas por los juzgados de menores.

Al efecto, la *Llei 27/2001 de 31 de diciembre, de justicia juvenil*, dando cumplimiento a las directrices impuestas por la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, relativas a las actuaciones de los equipos técnicos (arts. 19.3.^º y 27 LORPM), en su artículo 12 lleva a cabo una regulación específica de las funciones de estos equipos. Dichas funciones que el artículo 12 de la Llei 27/2001 de 31 de diciembre engloba dentro del marco de las «*actuaciones para la ejecución de medidas en medio abierto*», consisten principalmente en la elaboración de un programa individualizado de ejecución de la medida, con la definición de los objetivos que se pretenden conseguir y de las actuaciones necesarias para hacerlos posibles. También es competencia de estos órganos encargados de la ejecución de las medidas en medio abierto, la elaboración de informes de seguimiento sobre la ejecución de la medida, las incidencias y evolución personal del menor, cuando tales informes sean requeridos por el Ministerio Fiscal o por el órgano judicial, que junto con el informe final que debe redactarse una vez cumplida la medida impuesta, deberán entregarse al letrado que lleve la defensa del menor cuando éste lo solicite al órgano administrativo competente. Así como la propuesta al Juez de menores, cuando se considere conveniente, de la revisión judicial de tales medidas.

Por su parte, el artículo 13 de la Llei contempla el deber de los profesionales designados para la ejecución de las medidas, de emplear de manera preferente todos los servicios de que dispone la comunidad en que se inserta el menor. Estos trabajadores han de tener asignada una zona geográfica determinada en la cual deben trabajar coordinadamente con el resto de servicios comunitarios de atención a la infancia y a la juventud. Y aunque en la ejecución de las medidas en medio abierto intervengan profesionales o se haga uso de recursos que no dependan del órgano administrativo que tenga atribuida la competencia, este órgano es responsable de su control y seguimiento, y debe relacionarse con el Ministerio Fiscal y el Juez correspondiente. Asimismo, en su artículo 14, la Llei declara que las medidas deben ejecutarse con la metodología y los criterios de actuación definidos por los programas generales respectivos: mediación, reparación a la víctima, inserción laboral, trabajo en beneficio de la comunidad y otros que se consideren adecuados, elaborados y aprobados por el órgano administrativo competente en la materia, y deben respetar los principios rectores establecidos en el artículo 4 de esta Llei.

Relación de abreviaturas

- CC: Código Civil
CE: Constitución española
CF: Código de Familia catalán
CP: Código Penal.
LAPIA: Ley catalana de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991 de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.
LORPM: Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, de 12 de enero de 2000.
LPMA: Ley catalana sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, de 30 de diciembre de 1991.
RPMA: Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción, de 7 de enero de 1997.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- A.A.V.V.: «Los menores en el Derecho español». coord. por Isabel Lázaro González. Madrid, 2002.
- CARRANCHO HERRERO, María Teresa/DE ROMÁN PÉREZ, Raquel/VATTIER LAGRIGUE, Javier, y PÉREZ OREIRO, José Ramón: «Instituciones protectoras del menor» (especial referencia a la normativa de Castilla y León). Universidad de Burgos, 1999.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, José: «Patria potestad, infancia y familia: delimitación de la materia». En *Instituciones de Derecho Privado*. coord. por Juan Francisco Delgado de Miguel. T. IV. Familia. Vol. 1.º Madrid, 2001.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: «Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria». Dir. por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. Madrid, 2001.
- «Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con Jurisprudencia y normativa complementaria». Dir. por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. Madrid, 2001.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: «Justicia de menores: una justicia mayor». *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Manuales de Formación Continuada. Núm. 9. Madrid, 2000.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores: el artículo 19 de la LORPM». En *Estudios de Responsabilidad Civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*. Madrid, 2001.
- ECHARTE FELIÚ, Ana María: «Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial». Granada, 2000.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago/VAQUER ALOY, Antoni: «Protección de menores, acogimiento y adopción». Barcelona, 1999.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier: «Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los

- Menores y de su reforma en materia de terrorismo». En *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Núm. 53. Madrid. Mayo-Agosto, 2001.
- FERRER RIBA, Joseph: «Comentario al artículo 139 CF». En *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*. Dir. por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba. Madrid, 2000.
- GARRIDO CHAMORRO, Pedro: «Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción». En *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. Familia. Vol. 2.^o Madrid, 2002.
- GARRIDO GENOVÉS, Vicente: «Los fundamentos científicos de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor». En *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Núm. 53. Madrid. Mayo-Agosto, 2001.
- IZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual». Madrid, 2001.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: «Derecho Penal de Menores». Valencia, 2001.
- «El derecho penal de menores». Valencia, 2001.
- LAUROBA LACASA, María Elena: «Comentario al artículo 213 CF». En *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*. Dir. por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba. Madrid, 2000.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: «La responsabilidad civil del menor». Madrid, 2001.
- MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás: «Protección de la víctima y responsabilidad civil en la Ley Penal de los menores». *Actualidad Penal*. 2001. T. 1. Madrid.
- MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES: «Medidas alternativas en medio abierto para menores infractores». *Infancia y Sociedad. Revista de Estudios*. Núm. 23. Madrid, 1990.
- NAVARRO MENDÍZÁBAL, Íñigo Alfonso: «La responsabilidad Civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor». En *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Núm. 53. Madrid. Mayo-Agosto, 2001.
- NOGUERA MARTÍN, Ana, «La mediación en el ámbito juvenil». *El sistema español de justicia juvenil*. Madrid, 2002.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen; «La delegació de les funcions de pàtria potestat i les seves conseqüències sobre el menor». En *Documents de Treball i Investigació*. Publicación interna del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1996.
- «La delegación de las funciones paternas. Aproximación a su configuración en los supuestos no contemplados en el ordenamiento». En *La Notaría*. Boletín del Colegio de Notarios de Barcelona. Núm. 9. Septiembre, 1996.
- PERIS RIERA, Jaime M.: «El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000». *La Ley*. T. 2. Año 2001, Madrid.
- POLO RODRÍGUEZ, José Javier/HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús: «La nueva ley penal del menor». Madrid, 2001.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Los sistemas de responsabilidad civil». Capítulo II del *Tratado de Responsabilidad Civil*. coord., por L. Fernando Reglero Campos. Navarra, 2002.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «Derecho de Daños. Textos y materiales». Valencia. 2000.

- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Comentario al artículo 215 CF». En *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*. Dir. por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba. Madrid, 2000.
- TESÓN MARTÍN, Fernando: «La responsabilidad civil en la nueva Ley Penal de Menores». En *Revista Jurídica. La Ley*. T. 7. Madrid, 2001.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.^a Elena: «Los caminos hacia una justicia reparadora en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor». *Actualidad Penal*. Núm. 25. T. 2. Año 2002, Madrid.
- VAQUER ALOY, Antonio: «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: una propuesta de interpretación». En *Revista Jurídica La Ley*, 2001. T. 1.
- VARGAS CABRERA, Bartolomé: «La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional». Granada, 1994.

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

EMPRESAS

1. Reglamento (CE) núm. 1287/2006 de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva. *DOUE*, L, núm. 241, de 2 de septiembre de 2006.
2. Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva. *DOUE*, L, núm. 241, de 2 de septiembre de 2006.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

3. Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración 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. 120, de 5 de mayo de 2006.
4. Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración 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. 120, de 5 de mayo de 2006.
5. Reglamento (CE) núm. 694/2006 del Consejo, de 27 de abril de 2006, por el que se modifican las listas de los procedimientos de insolvencia, los procedimientos de liquidación y los síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia. *DOUE*, L, núm. 121, de 6 de mayo de 2006.

PAGOS Y TRANSFERENCIAS

6. Orientación del Banco Central Europeo, de 3 de agosto de 2006, por la que se modifica la Orientación BCE/2005/16 sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET). *DOUE*, L, núm. 221, de 12 de agosto de 2006.

SOCIEDADES

7. Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. *DOUE*, L, núm. 264, de 25 de septiembre de 2006.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

CONSUMIDORES

8. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud y la protección de los consumidores (2007-2013) COM(2005) 115 final-2005/0042 (COD). *DOUE*, C, núm. 88, de 11 de abril de 2006.
9. Comunicación de la Comisión. Examen de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE. *DOUE*, C, núm. 104, de 3 de mayo de 2006.
10. Propuestas legislativas adoptadas por la Comisión. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (versión codificada). *DOUE*, C, núm. 176, de 28 de julio de 2006.

ENTIDADES DE CRÉDITO

11. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 28 de septiembre de 2005 con vistas a la adopción de la Directiva 2006/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición). *DOUE*, C, núm. 227 E, de 21 de septiembre de 2006.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

12. Propuestas legislativas adoptadas por la Comisión. Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo

- por el que se establece un proceso monitorio europeo (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE). *DOUE*, C, núm. 67, de 18 de marzo de 2006.
13. Propuestas legislativas adoptadas por la Comisión. Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE. *DOUE*, C, núm. 67, de 18 de marzo de 2006.
 14. Propuestas legislativas adoptadas por la Comisión. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I»). *DOUE*, C, núm. 70, de 22 de marzo de 2006.
 15. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. *DOUE*, C, núm. 88, de 11 de abril de 2006.
 16. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. *DOUE*, C, núm. 88, de 11 de abril de 2006.
 17. Propuestas legislativas adoptadas por la Comisión. Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifican los anexos A y C del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 por lo que se refiere a Francia. *DOUE*, C, núm. 104, de 3 de mayo de 2006.
 18. Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). *DOUE*, C, núm. 157 E, de 6 de julio de 2006.
 19. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 6 de julio de 2005 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) núm. .../2005 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). *DOUE*, C, núm. 157 E, de 6 de julio de 2006.
 20. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. *DOUE*, C, núm. 185, de 8 de agosto de 2006.
 21. Propuestas legislativas de la Comisión. Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relati-

- vas a la ley aplicable en materia matrimonial. *DOUE*, C, núm. 225, de 19 de septiembre de 2006.
22. Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Reglamento del Consejo sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. *DOUE*, C, núm. 242, de 7 de octubre de 2006.
- MERCADO INTERIOR
23. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior. *DOUE*, C, núm. 151, de 29 de junio de 2006.
- PROPIEDAD INTELECTUAL
24. Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al patrimonio cinematográfico y la competitividad de las actividades industriales relacionadas. *DOUE*, C, núm. C 92 E, de 20 de abril de 2006 .
25. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 10 de mayo de 2005 con vistas a la adopción de la Recomendación 2005/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al patrimonio cinematográfico y la competitividad de las actividades industriales relacionadas. *DOUE*, C, núm. C 92 E, de 20 de abril de 2006.
26. Propuestas legislativas adoptadas por la Comisión. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. *DOUE*, C, núm. 176, de 28 de julio de 2006.
27. Propuestas legislativas adoptadas por la Comisión. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. *DOUE*, C, núm. 176, de 28 de julio de 2006.
- PROPIEDAD INDUSTRIAL
28. Propuestas de la Comisión. Propuesta de Decisión del Consejo por la que se aprueba la adhesión de la Comunidad Europea al Acta de Ginebra del Arreglo de La Haya relativo al Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales, adoptada en Ginebra el 2 de julio de 1999. *DOUE*, C, núm. 70, de 22 de marzo de 2006.
29. 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 relativa a la patentabilidad de las

invenciones implementadas en ordenador. *DOUE*, C, núm. 157 E, de 6 de julio de 2006.

PROTECCIÓN DE DATOS

30. Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos. *DOUE*, C, núm. 91, de 19 de abril de 2006.

SERVICIOS DE PAGO

31. Dictamen del Banco Central Europeo, de 26 de abril de 2006, acerca de una propuesta de directiva comunitaria sobre servicios de pago en el mercado interior. *DOUE*, C, núm. 109, de 9 de mayo de 2006.

SOCIEDADES

32. Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales. *DOUE*, C, núm. C 92 E, de 20 de abril de 2006.
33. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 10 de mayo de 2005 con vistas a la adopción de la Directiva 2005/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales. *DOUE*, C, núm. C 92 E, de 20 de abril de 2006.

II. PRÁCTICA DEL TJCE, DEL TPICE Y DEL TRIBUNAL DE LA AELC

CONSUMIDORES

34. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 25 de octubre de 2005, en el asunto C-350/03. Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Bochum: Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte contra Deutsche Bausparkasse Badenia AG. Protección de los consumidores - Venta a domicilio - Compra de un bien inmueble - Operación de inversión financiada mediante un préstamo hipotecario - Derecho de revocación - Consecuencias de la revocación. *DOUE*, C, núm. 86, de 8 de abril de 2006.
35. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 25 de octubre de 2005, en el asunto C-229/04. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen: Crailsheimer Volksbank eG contra Klaus Conrads, Frank Schulzke y Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke. Protección de los consumidores - Contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales - Contrato de préstamo ligado a la adquisición de un bien inmueble en virtud de un contrato celebrado por venta a

domicilio - Derecho de revocación. *DOUE*, C, núm. 86, de 8 de abril de 2006.

CONTRATO DE AGENCIA

36. **Asunto C-3/04:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de marzo de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Utrecht: Poseidon Chartering BV/Marianne Zeeschip VOF, Albert Mooij, Sjoerdje Sijswerda, Gerrit Schram. Directiva 86/653/CEE - Agentes comerciales independientes - Concepto de agente comercial - Conclusión y prórroga de un único contrato durante varios años. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.
37. **Asunto C-465/04:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 23 de marzo de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione: Honyvem Informazioni Commerciali Srl/Mariella De Zotti. Agentes comerciales independientes - Directiva 86/653/CEE - Derecho del agente comercial a obtener una indemnización tras la terminación del contrato. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.

DERECHO AL NOMBRE

38. **Asunto C-96/04:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 27 de abril de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Niebüll: Standesamt Stadt Niebüll/Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul. Procedimiento prejudicial - Determinación del apellido de un niño - Procedimiento por el que se confiere el derecho de determinación a uno de los progenitores - Incompetencia del Tribunal de Justicia. *DOUE*, C, núm. 143, de 17 de junio de 2006.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

39. **Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 17 de noviembre de 2005, en el asunto C-121/04 P, Minoikes Grammes ANE (Minoan Lines 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 cuyo objeto es contrario a la competencia. *DOUE*, C, núm. 60, de 11 de marzo de 2006.
40. **Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 23 de septiembre de 2005, en el asunto C-357/04 P: Antonio Andolfi contra Comisión de las Comunidades Europeas.** Recurso de casación - Programa JOP - Proyecto de constitución de una sociedad mixta italo-rumana - Supresión de la ayuda económica concedida inicialmente - Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisible y en parte manifiestamente infundado. *DOUE*, C, núm. 60, de 11 de marzo de 2006.

41. Asunto T-92/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de enero de 2006, *Stadtwerke Schwäbisch Hall y otros/Comisión. Ayuda de Estado - Régimen de exención tributaria aplicado a las provisiones constituidas por las centrales nucleares existentes en Alemania en orden a la eliminación de sus residuos radioactivos y al cierre definitivo de sus instalaciones - Decisión que declara la inexistencia de una ayuda de Estado al término de la fase preliminar de examen - Recurso de anulación.* *DOUE*, C, núm. 74, de 25 de marzo de 2006.
42. Asunto T-48/03: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 31 de enero de 2006, *Schneider Electric/Comisión. Competencia - Concentraciones - Reanudación del procedimiento de control tras la anulación por el Tribunal de Primera Instancia de una decisión por la que se prohíbe una operación de concentración - Inicio de la fase de examen detallado - Renuncia a la concentración - Conclusión del procedimiento de control - Recurso de anulación - Actos lesivos - Interés para ejercitarse la acción - Inadmisibilidad.* *DOUE*, C, núm. 86, de 8 de abril de 2006.
43. Asunto T-34/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de febrero de 2006, *Le Levant 001 y otros/Comisión. Ayudas de Estado - Concepto de parte interesada - Requerimiento para presentar observaciones - Decisión de incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2 - Deducción fiscal para determinadas inversiones en Ultramar - Ayuda al desarrollo vinculada a la construcción naval - Apreciación con arreglo al artículo 87 CE, apartado 1 - Obligación de motivación.* *DOUE*, C, núm. 96, de 22 de abril de 2006.
44. Asunto T-282/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión. Competencia - Control de las concentraciones de empresas - Artículos 2, 3 y 8 del Reglamento (CEE) núm. 4064/89 - Concepto de concentración - Creación de una posición dominante - Autorización sujeta al cumplimiento de determinados compromisos - Principio de proporcionalidad.* *DOUE*, C, num. 96, de 22 de abril de 2006.
45. Sentencia del Tribunal de la AELC, de 17 de enero de 2006, en el asunto E-4/05: *HOB-vín y Estado de Islandia y Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins. Empresa Estatal de Alcohol y Tabaco de Islandia.* Libre circulación de mercancías - monopolios estatales de carácter comercial - requisito de suministro de mercancías en paletas e inclusión del precio de la paleta en el precio de las mercancías - discriminación contra importadores de bebidas alcohólicas - abuso de posición dominante. *DOUE*, C. núm. 100, de 27 de abril de 2006.
46. Asunto T-15/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2006, *BASF/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias en el sector de los productos vitamínicos - Derecho de defensa - Directrices para el cálculo de las multas - Fijación del importe de partida de la multa - Efecto disuasorio - Circunstancias agravantes - Papel de líder o instigador - Cooperación durante el proce-*

- dimiento administrativo - Secreto profesional y principio de buena administración. *DOUE*, C, núm. 108, de 6 de mayo de 2006.
47. Asunto T-26/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2006, Daiichi Pharmaceutical/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias en el sector de los productos vitamínicos - Directrices para el cálculo de las multas - Fijación del importe de partida de la multa - Circunstancias atenuantes - Comunicación sobre la cooperación. *DOUE*, C, núm. 108, de 6 de mayo de 2006.
48. Asunto C-59/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 23 de febrero de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof: Siemens AG/Gesellschaft für Visualisierung und Prozeßautomatisierung mbH (VIPA). Aproximación de las legislaciones - Directivas 84/450/CEE y 97/55/CE - Publicidad comparativa - Explotación abusiva de la reputación de un signo distintivo de un competidor. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.
49. Asunto T-279/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de abril de 2006, Degussa/Comisión. Competencia - Artículo 81 CE - Prácticas colusorias - Mercado de la metionina - Carácter unitario y continuado de la infracción - Multa - Directrices para el cálculo del importe de las multas - Gravedad y duración de la infracción - Cooperación durante el procedimiento administrativo - Artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17/62 - Presunción de inocencia. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.
50. Asunto T-351/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de abril de 2006, Deutsche Bahn/Comisión. Ayudas de Estado - Denuncia de un competidor - Directiva 92/81/CEE - Impuesto especial sobre los hidrocarburos - Hidrocarburos utilizados como combustible para la navegación aérea - Exención del impuesto especial - Escrito de la Comisión a un denunciante - Recurso de anulación. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.
51. Asunto T-17/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 2006, Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Comisión. Ayudas de Estado - Directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis - Necesidad de las ayudas. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.
52. Asunto C-111/04 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 16 de febrero de 2006, Adriatica di Navigazione SpA/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación - Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, aparta-do 1) - Competencia - Prácticas colusorias - Acuerdo entre empresas - Prueba de la participación de un empresa en una práctica colusoria. *DOUE*, C, núm. 154, de 1 de julio de 2006.
53. Asunto C-367/04 P: Auto del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2006, Deutsche Post AG, DHL Express (Italy) Srl, anteriormente DHL International Srl/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación - Ayudas otorgadas por las autoridades competentes - Directiva 92/81/CEE - Impuesto especial sobre los hidrocarburos - Hidrocarburos utilizados como combustible para la navegación aérea - Exención del impuesto especial - Escrito de la Comisión a un denunciante - Recurso de anulación. *DOUE*, C, núm. 154, de 1 de julio de 2006.

- dades italianas en favor de Poste Italiane. *DOUE*, C, núm. 154 de 1 de julio de 2006.
54. Asunto C-171/05 P: Auto del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2006, Laurent Piau/Comisión de las Comunidades Europeas, Fédération Internationale de Football Association (FIFA). Recurso de casación - Libre prestación de servicios - Competencia - Regulación de la actividad de agente de futbolistas - Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisible y en parte manifiestamente infundado. *DOUE*, C, núm. 154, de 1 de julio de 2006.
56. Asunto T-328/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 2005, O2 (Germany)/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Telecomunicaciones móviles de tercera generación - Declaración negativa - Exención individual - Análisis de la situación a falta de acuerdo - Efectos del acuerdo sobre la competencia. *DOUE*, C, núm. 154, de 1 de julio de 2006.
57. Asunto C-397/03 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de mayo de 2006, Archer Daniels Midland Co., Archer Daniels Midland Ingredients Ltd/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación - Competencia - Prácticas colusorias - Mercado de la lisina sintética - Multas - Directrices para calcular la cuantía de las multas - Irretroactividad - Principio *non bis in idem* - Igualdad de trato - Volumen de negocios que se puede tomar en consideración. *DOUE*, C, núm. 165, de 15 de julio de 2006.
58. Asuntos acumulados C-442/03 P y C-471/03 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de junio de 2006, P&O European Ferries (Vizcaya), S.A./Diputación Foral de Vizcaya, Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas otorgadas por los Estados - Recurso de casación - Recurso de anulación - Decisión por la que se archiva un procedimiento de examen incoado en virtud del artículo 88 CE, apartado 2 - Concepto de ayuda de Estado - Fuerza de cosa juzgada absoluta - Ayudas que pueden declararse compatibles con el mercado común - Ayudas de carácter social - Requisitos. *DOUE*, C, núm. 178, de 29 de julio de 2006.
59. Asunto C-207/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 1 de junio de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana. Incumplimiento de Estado - Ayudas de Estado - Artículo 88 CE, apartado 2, párrafo segundo - Ayudas incompatibles con el mercado común - Obligación de recuperación - Falta de ejecución. *DOUE*, C, núm. 178, de 29 de julio de 2006.
60. Asunto C-110/04 P: Auto del Tribunal de Justicia de 30 de marzo de 2006, Strintzis Lines Shipping SA/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación - Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, apartado 1) - Competencia - Prácticas colusorias - Acuerdo entre empresas - Facultades de inspección de la Comisión. *DOUE*, C, núm. 178, de 29 de julio de 2006.

61. Asunto T-354/99: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 31 de mayo de 2006, Kuwait Petroleum (Nederland)/Comisión. Ayudas de Estado - Comunicación de la Comisión sobre las ayudas de minimis - Incremento de los impuestos especiales sobre los carburantes - Ayudas a las estaciones de servicio - Compañías petroleras - Riesgo de acumulación de las ayudas - Cláusula de gestión de precios - Principio de buena administración. *DOUE*, C, núm. 178, de 29 de julio de 2006.
62. Asunto T-198/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de mayo de 2006, Bank Austria Creditanstalt AG/Comisión. Competencia - Procedimiento administrativo - Publicación de una Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE y se imponen unas multas - Fijación por bancos austriacos de los tipos de depósito y deudores (club Lombard) - Desestimación de la solicitud de omitir determinados pasajes. *DOUE*, C, núm. 178, de 29 de julio de 2006.
63. Asunto T-613/97: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de junio de 2006, UFEX y otros/Comisión. Ayudas de Estado - Sector postal - Empresa pública encargada de un servicio de interés económico general - Apoyo logístico y comercial prestado a una filial que no ejerce sus actividades en un sector reservado - Recurso de casación - Devolución de los autos por el Tribunal de Justicia. *DOUE*, C, núm. 190, de 12 de agosto de 2006.
64. Asuntos acumulados T-213/01 y T-214/01: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de junio de 2006, Österreichische Postsparkasse y Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comisión. Recurso de anulación - Competencia - Reglamento núm. 17 - Reglamento (CE) núm. 2842/98 - Decisión 2001/462/CE/CECA - Consejero auditor - Acto que produce efectos jurídicos - Admisibilidad - Interés legítimo - Condición de solicitante o denunciante - Cliente final comprador de los bienes o servicios - Acceso a los pliegos de cargos - Información confidencial - Interés suficiente. *DOUE*, C, núm. 190, de 12 de agosto de 2006.
65. Asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de junio de 2006, Reino de Bélgica/Comisión de las Comunidades Europeas. Ayuda de Estado - Régimen de ayudas existente - Régimen fiscal de los centros de coordinación establecidos en Bélgica - Recurso de una asociación - Admisibilidad - Decisión de la Comisión según la cual dicho régimen no constituye una ayuda - Cambio de apreciación de la Comisión - Artículo 87 CE, apartado 1 - Protección de la confianza legítima - Principio general de igualdad. *DOUE*, C, núm. 212, de 2 de septiembre de 2006.
66. Asunto C-399/03: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de junio de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas/Consejo de la Unión Europea. Ayuda de Estado - Régimen de ayudas existente - Régimen fiscal de los centros de coordinación establecidos en Bélgica - Competencia del Consejo. *DOUE*, C, núm. 212, de 2 de septiembre de 2006.

67. Asunto C-308/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 29 de junio de 2006, SGL Carbon AG/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación - Competencia - Práctica colusoria - Electrodos de grafito - Artículo 81 CE, apartado 1 - Multas - Directrices para el cálculo del importe de las multas - Comunicación sobre la cooperación - Principio *non bis in idem*. *DOUE*, C, núm. 212, de 2 de septiembre de 2006.
68. Asuntos acumulados C-393/04 y C-41/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 15 de junio de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Liège, Tribunal de première instance de Liège. Air Liquide Industries Belgium SA/Ville de Seraing (C-393/04) y Province de Liège (C-41/05). Ayudas de Estado - Concepto - Exención de los impuestos municipal y provincial - Efectos del artículo 88 CE, apartado 3 - Exacciones de efecto equivalente - Tributos internos. *DOUE*, C, núm. 212, de 2 de septiembre de 2006.
69. Asunto T-304/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de julio de 2006, Hoek Loos/Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia - Prácticas colusorias - Mercado neerlandés de gases médicos e industriales - Fijación de precios - Cálculo del importe de las multas - Directrices para el cálculo del importe de las multas - Principios de proporcionalidad y de igualdad de trato. *DOUE*, C, núm. 212, de 2 de septiembre de 2006.
70. Asunto T-177/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de julio de 2006, EasyJet/Comisión. Competencia - Concentraciones - Reglamento (CEE) núm. 4064/89 - Decisión por la que se declara compatible con el mercado común una operación de concentración - Recurso interpuesto por un tercero - Admisibilidad - Mercados del transporte aéreo - Compromisos. *DOUE*, C, núm. 212, de 2 de septiembre de 2006.
71. Asunto C-74/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas/Volkswagen AG. Recurso de casación - Competencia - Artículo 81 CE, apartado 1 - Distribución de vehículos automóviles - Concepto de acuerdos entre empresas - Prueba de la existencia de un acuerdo. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
72. Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por el Giudice di pace di Bitonto - Italia-Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito/Fondiaria Sai SpA (C 296/04) y Nicolò Tricarico (C 297/04), Pasqualina Mugolo (C 298/04)/Assitalia SpA. Artículo 81 CE - Competencia - Prácticas colusorias - Siniestros causados por automóviles, embarcaciones y ciclomotores - Seguro obligatorio de responsabilidad civil - Incremento de las primas - Efecto sobre el comercio entre los Estados miembros - Derecho de terceros a solicitar la reparación del perjuicio sufrido - Órgano jurisdiccional nacio-

- nal competente - Plazo de prescripción - Indemnización de carácter punitivo. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
73. Asunto C-301/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 29 de junio de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas/ SGL Carbon AG, Tokai Carbon Co. Ltd, Nippon Carbon Co. Ltd, Showa Denko KK, Graffech International Ltd, anteriormente UCAR International Inc., SEC Corp., The Carbide/Graphite Group Inc. Recurso de casación - Competencia - Práctica colusoria - Electrodos de grafito - Artículo 81 CE, apartado 1 - Multas - Directrices para el cálculo del importe de las multas - Comunicación sobre la cooperación - Presentación de documentos durante una investigación de la Comisión. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
74. Asunto C-519/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 18 de julio de 2006, David Meca Medina e Igor Majcen/ Comisión. Recurso de casación - Normas adoptadas por el Comité Olímpico Internacional relativas al control del dopaje - Incompatibilidad con las normas comunitarias sobre la competencia y sobre la libre prestación de servicios - Denuncia - Desestimación. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
75. Asunto T-413/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de julio de 2006, Shandong Reipu Biochemicals/Consejo. Dumping - Importaciones de paracresol originarias de China - Determinación del valor normal calculado - Consideración de los costes de subproductos - Obligación de examen de la Comisión y del Consejo. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
76. Asunto T-464/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de julio de 2006, IMPALA/Comisión. Competencia - Reglamento (CEE) núm. 4064/89 - Decisión por la que se declara compatible con el mercado común una operación de concentración - Mercados de música grabada y de música en línea - Existencia de una posición dominante colectiva - Riesgo de creación de una posición dominante colectiva - Requisitos - Transparencia del mercado - Medios de disuasión - Motivación - Error manifiesto de apreciación. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
77. Asunto T-417/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 2006, Endesa/Comisión. Competencia - Concentración - Reglamento (CE) núm. 139/2004 - Mercado eléctrico - Decisión por la que se declara que una operación de concentración no tiene dimensión comunitaria - Cálculo del volumen de negocios - Normas contables - Ajustes - Carga de la prueba - Derecho de defensa. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
78. Asunto C-289/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 29 de junio de 2006, Showa Denko KK/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación - Competencia - Práctica colusoria - Electrodos de grafito - Artículo 81 CE, apartado 1 - Multas - Directrices para el cálculo del importe de las multas - Comuni-

cación sobre la cooperación - Principio *non bis in idem*. *DOUE*, C, núm. 237, de 30 de septiembre de 2006.

ESPAZIO JUDICIAL EUROPEO

79. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 17 de enero de 2006, en el asunto C-1/04. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof: Susanne Staibitz-Schreiber. Cooperación judicial en materia civil - Procedimientos de insolvencia - Reglamento (CE) núm. 1346/2000 - Ámbito de aplicación temporal - Órgano jurisdiccional competente. *DOUE*, C, núm. 60, de 11 de marzo de 2006.
80. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 9 de febrero de 2006, en el asunto C-473/04. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie: Plumex contra Young Sports NV. Cooperación judicial - Reglamento (CE) núm. 1348/2000 - Artículos 4 a 11 y 14 - Notificaciones y traslados de los documentos judiciales - Notificación a través de organismos - Notificación por correo - Relaciones entre las formas de transmisión y de notificación - Prioridad - Plazo para recurrir en apelación. *DOUE*, C, núm. 86, de 8 de abril de 2006.
81. Asunto C-234/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de marzo de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Innsbruck: Rosmarie Kapferer/Schlank & Schick GmbH. Competencia judicial en materia civil - Reglamento (CE) núm. 44/2001 - Interpretación del artículo 15 - Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores - Promesa de premio - Publicidad engañosa - Resolución judicial que resuelve sobre la competencia - Fuerza de cosa juzgada - Reapertura en instancia de apelación - Seguridad jurídica - Primacía del Derecho comunitario - Artículo 10 CE. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.
82. Asunto C-3/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de febrero de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte d'appello di Cagliari: Gaetano Verdoliva/J.M. Van der Hoeven BV, Banco di Sardegna, San Paolo IMI SpA. Convenio de Bruselas - Resolución por la que se otorga la ejecución de una resolución judicial dictada en otro Estado contratante - Notificación inexistente o irregular - Conocimiento - Plazo para recurrir. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.
83. Asunto C-341/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court en el procedimiento Eurofood IFCS Ltd - Enrico Bondi/Bank of America N.A., Pearse Farrell, Official Liquidator, Director of Corporate Enforcement, Certificate/Note Holders. Cooperación judicial en materia civil - Reglamento (CE) núm. 1346/2000 - Procedimientos de insolvencia - Resolución de apertura del procedimiento - Centro de intereses principales del deudor - Reconocimiento

- del procedimiento de insolvencia - Orden público. *DOUE*, C, núm. 143, de 17 de junio de 2006.
84. Asunto C-343/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de mayo de 2006 PeticIÓN de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof - Austria - Land Oberösterreich/ČEZ, a.s. Convenio de Bruselas - Artículo 16, número 1, letra a - Competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios - Acción cuyo objetivo es hacer que cesen las perturbaciones o el riesgo de perturbación sobre bienes inmuebles por la actividad de una central nuclear sita en el territorio de un Estado vecino del Estado o de los Estados donde se hallan tales inmuebles - Inaplicación. *DOUE*, C, núm. 165, de 15 de julio de 2006.
85. Asunto C-4/03: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 13 de julio de 2006. PeticIÓN de decisión prejudicial planteada por Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania: - Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG (GAT)/Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG (LuK). Convenio de Bruselas - Artículo 16, número 4 - Litigios en materia de inscripción o de validez de patentes - Competencia exclusiva del tribunal del lugar de depósito o registro - Acción de declaración de inexistencia de violación de patente - Cuestión de la validez de la patente planteada con carácter incidental. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
86. Asunto C-539/03: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 13 de julio de 2006. PeticIÓN de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) - Roche Nederland BV, Roche Diagnostic Systems Inc., Roche NV, Hoffmann-La Roche AG, Produits Roche SA, Roche Products Ltd, F. Hoffmann-La Roche AG, Hoffmann-La Roche Wien GmbH, Roche AB/Frederick Primus, Milton Goldenberg. Convenio de Bruselas - Artículo 6, número 1 - Pluralidad de demandados - Competencia del tribunal del domicilio de uno de los demandados - Demanda por violación de una patente europea - Demandados establecidos en diferentes Estados contratantes - Actos de violación cometidos en varios Estados contratantes. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
87. Asunto C-103/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de julio de 2006. PeticIÓN de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria): Reisch Montage AG/Kiesel Baumaschinen Handels GmbH. Reglamento (CE) núm. 44/2001 - Artículo 6, número 1 - Pluralidad de demandados - Acción ejercitada en un Estado miembro contra una persona en quiebra, domiciliada en dicho Estado, y un codemandado domiciliado en otro Estado miembro - Inadmisibilidad de la acción contra el quebrado - Competencia del Tribunal que conoce del asunto con respecto al codemandado. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

88. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 12 de enero de 2006, en el asunto C-173/04 P: Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos). Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Formas tridimensionales de bolsas, que se tienen en pie, para bebidas y zumos de frutas - Motivo de denegación absoluto - Carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 60, de 11 de marzo de 2006.
89. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 12 de enero de 2006, en el asunto C-361/04 P: Claude Ruiz-Picasso, Paloma Ruiz-Picasso, Maya Widmaier-Picasso, Marina Ruiz-Picasso, Bernard Ruiz-Picasso contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos). Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Riesgo de confusión - Marca denominativa PICARO - Oposición del titular de la marca denominativa comunitaria PICASSO. *DOUE*, C, núm. 60, de 11 de marzo de 2006.
90. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 1 de diciembre de 2005, en el asunto C-512/04 P: Vitakraft-Würmann & Sohn GmbH & Co. KG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos). Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Riesgo de confusión - Solicitud de marca comunitaria denominativa VITAKRAFT - Oposición del titular de unas marcas nacionales que contienen el signo denominativo «krafft» - Similitud entre las marcas - Recurso de casación manifestamente inadmisible). *DOUE*, C, núm. 60, de 11 de marzo de 2006.
91. Asunto T-262/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de diciembre de 2005 - BIC/OAMI. Marca comunitaria - Marca tridimensional en forma de un encendedor de piedra - Motivo de denegación absoluto - Carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Carácter distintivo adquirido por el uso - Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 60, de 11 de marzo de 2006.
92. Asunto T-263/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de diciembre de 2005 - BIC/OAMI. Marca comunitaria - Marca tridimensional en forma de un encendedor electrónico - Motivo de denegación absoluto - Carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Carácter distintivo adquirido por el uso - Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 60, de 11 de marzo de 2006.
93. Asunto T-147/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de enero de 2006 - Devinlec/OAMI. Marca comunitaria - Marca gráfica que contiene el elemento denominativo «quantum» - Oposición del titular de la marca gráfica nacional Quantième - Motivo de denegación absoluto - Carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 60, de 11 de marzo de 2006.

- gación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), artículo 15, apartado 2, y artículo 43, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40. *DOUE*, C, núm. 74, de 25 de marzo de 2006.
94. Asunto T-317/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de enero de 2006 - Volkswagen/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria Variant - Marca denominativa nacional anterior DERBIVARIANT - Denegación de registro por la Sala de Recurso - Riesgo de confusión - Artículo 74, apartado 1, y artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 74, de 25 de marzo de 2006.
95. Asunto T-398/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de enero de 2006 - Henkel/OAMI. Marca comunitaria - Marca figurativa - Pastilla rectangular roja y blanca con un punto azul ovalado - motivo absoluto de denegación - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Falta de carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 74, de 25 de marzo de 2006.
96. Asunto T-202/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de febrero de 2006 - Alecansan/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa COMP USA - Marca figurativa nacional anterior COMP USA - Falta de similitud de los productos y servicios - Desestimación de la oposición - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 86, de 8 de abril de 2006.
97. Asunto T-206/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de febrero de 2006 - Rodrigues Carvalhais/OAMI «Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marca figurativa que contiene el elemento denominativo «PREFIX» - Marca comunitaria figurativa anterior que contiene el elemento denominativo «cerfix» - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94». *DOUE*, C, núm. 86, de 8 de abril de 2006.
98. Asuntos acumulados T-466/04 y T-467/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de febrero de 2006 - Elisabetta Dami/OAMI. Marca comunitaria - Marca denominativa GERONIMO STILTON - Oposición - Suspensión del procedimiento - Limitación de la lista de productos designados con la marca solicitada - Retirada de la oposición. *DOUE*, C, núm. 86, de 8 de abril de 2006.
99. Asunto T-74/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de febrero de 2006 - Nestlé/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria gráfica que contiene el elemento verbal «QUICKYf» - Marcas graficas comunitarias, nacionales e internacionales anteriores que contienen el elemento verbal «Quick» - Marcas denominativas nacionales e internacionales anteriores QUICK - Marcas denominativas nacionales anteriores QUICKIES - Riesgo de confusión - Denegación

de registro - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 96, de 22 de abril de 2006.

100. Asunto T-194/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de febrero de 2006 - Il Ponte Finanziaria/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa que contiene el elemento denominativo «Bainbridge» - Marcas nacionales anteriores denominativas, figurativas y tridimensionales que contienen el elemento denominativo «Bridge» - Prueba del uso - Uso en una forma diferente - Marcas «defensivas» - Familia de marcas. *DOUE*, C, núm. 96, de 22 de abril de 2006.
101. Asunto T-322/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de marzo de 2006 - Telefon & Buch/OAMI. Marca comunitaria - Admisibilidad del recurso - Caso fortuito - Solicitud de nulidad - Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Marca denominativa WEISSE SEITEN - Motivos de denegación absolutos - Artículo 7, apartado 1, letras b) a d), del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 108, de 6 de mayo de 2006.
102. Asunto T-31/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2006 - Eurodrive/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca figurativa comunitaria euroMASTER - Marcas denominativas nacionales anteriores EUROMASTER - Falta de similitud de los productos y servicios - Desestimación parcial de la oposición - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 108, de 6 de mayo de 2006.
103. Asunto T-35/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2006 - Athinaiki Oikogeniaki Artopoiiia/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marca denominativa anterior FERRERO - Solicitud de marca comunitaria figurativa que incluye el elemento denominativo «FERRÓ» - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 108, de 6 de mayo de 2006.
104. Asunto T-129/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2006 - Develey/OAMI. Marca comunitaria - Marca tridimensional - Forma de una botella de plástico - Denegación del registro - Motivo absoluto de denegación - Falta de carácter distintivo - Marca nacional anterior - Convenio de París - Acuerdo ADPIC - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 108, de 6 de mayo de 2006.
105. Asunto C-206/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 23 de marzo de 2006 - Mülhens GmbH & Co. KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), Zirh International Corp. Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE)

- núm. 40/94 - Riesgo de confusión - Marca denominativa ZIRH - Oposición del titular de la marca comunitaria SIR. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.
106. Asunto C-421/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de marzo de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Matratzen Concord AG/Hukla Germany SA. Procedimiento prejudicial - Artículo 3, apartado 1, letras b) y c), de la Directiva 89/104/CEE - Motivos de denegación del registro - Artículos 28 CE y 30 CE - Libre circulación de mercancías - Medida de efecto equivalente - Justificación - Protección de la propiedad industrial y comercial - Marca denominativa nacional registrada en un Estado miembro - Marca constituida por un vocablo tomado de la lengua de otro Estado miembro, en la que carece de carácter distintivo o es descriptivo de los productos para los cuales se registró la marca. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.
107. Asunto T-344/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de abril de 2006 - Saiwa/OAMI. Marca comunitaria - Solicitud de marca figurativa que contiene el elemento denominativo «SELEZIONE ORO Barilla» - Oposición - Marcas denominativas anteriores ORO y ORO SAIWA - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Desestimación de la oposición. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.
108. Asunto T-202/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de abril de 2006 - Madaus/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Marca internacional denominativa anterior ECHINACIN - Solicitud de marca comunitaria denominativa ECHINAID - Motivo de denegación relativo - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.
109. Asunto T-388/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de abril de 2006 - Kachakil Amar/OAMI. Marca comunitaria - Marca figurativa representada en forma de línea longitudinal acabada en triángulo - Denegación de registro - Falta de carácter distintivo - Adquisición de carácter distintivo por el uso. *DOUE*, C, núm. 131, de 3 de junio de 2006.
110. Asunto C-259/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 30 de marzo de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (Queen's Bench Division. Elizabeth Florence Emanuel/Continental Shelf 128 Ltd. Marcas que pueden inducir al público a equivocación o error sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica de un producto - Marca cedida por el titular junto con la empresa que produce los bienes a los que se vincula la marca - Directiva 89/104/CEE. *DOUE*, C, núm. 143, de 17 de junio de 2006.
111. Asunto C-145/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 27 de abril de 2006. Petición de decisión prejudicial plan-

teada por la Cour de cassation de Belgique. Levi Strauss & Co./Casucci SpA. Marcas - Directiva 89/104/CEE - Artículo 5, apartado 1, letra b) - Momento adecuado para apreciar el riesgo de confusión entre una marca y un signo similar - Pérdida del carácter distintivo debido al comportamiento del titular de la marca una vez que ha comenzado a usarse el signo. *DOUE*, C, núm. 143, de 17 de junio de 2006.

112. Asunto C-82/04 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de enero de 2006, Audi AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos). Casación - Marca comunitaria - Signo denominativo «TDI» - Denegación de registro - Recurso carente de objeto - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 154, de 1 de julio de 2006.
113. Asunto T-439/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de mayo de 2006 - Eurohypo AG/OAMI. Marca comunitaria - Marca denominativa EUROHYPO - Motivos de denegación absolutos - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Examen de oficio de los hechos - Artículo 74, apartado 1, del Reglamento núm. 40/94 - Admisibilidad de los hechos presentados por primera vez ante el Tribunal de Primera Instancia. *DOUE*, C, núm. 154, de 1 de julio de 2006.
114. Asunto C-416/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de mayo de 2006 - The Sunrider Corp./Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos). Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículos 8, apartado 1, letra b), 15, apartado 3, y 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Riesgo de confusión - Solicitud de marca denominativa comunitaria VITAFRUIT - Oposición del titular de la marca denominativa nacional VITAFRUT - Uso efectivo de la marca anterior - Prueba del consentimiento del titular para el uso de la marca anterior - Similitud entre los productos. *DOUE*, C, núm. 165, de 15 de julio de 2006.
115. Asuntos acumulados C-7/05 a 9/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de junio de 2006. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesgerichtshof (Alemania) - Saatgut-Treuhandverwaltungs GmbH/Ulrich Deppe, Hanne-Rose Deppe, Thomas Deppe, Mathias Deppe y Christine Urban, con apellido de soltera Deppe (C-7/05), Siegfried Hennings (C-8/05) y Hartmut Lübbe (C-9/05). Obtenciones vegetales - Nivel de la remuneración justa que debe ser pagada al titular de una protección comunitaria - Artículo 5, apartados 2, 4 y 5, del Reglamento (CE) núm. 1768/95 modificado por el Reglamento (CE) núm. 2605/98 - Definición de nivel de remuneración notablemente inferior al importe cobrado por la producción bajo licencia de material de propagación. *DOUE*, C, núm. 178, de 29 de julio de 2006.
116. Asunto T-15/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 31 de mayo de 2006, De Waele/OAMI (forma de salchicha). Marca comunitaria - Marca tridimensional - Forma de salchicha - Moti-

vos de denegación absolutos - Carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 178, de 29 de julio de 2006.

117. Asunto T-194/05: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 11 de mayo de 2006 - Teletech Holdings/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Alcance de la obligación de examen - Transformación de una solicitud de marca comunitaria en solicitud de marca nacional - Artículo 58 del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 178, de 29 de julio de 2006.
118. Asunto T-153/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de junio de 2006, Inex/OAMI-Wiseman (representación de una piel de vaca). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca figurativa consistente en la representación de una piel de vaca en blanco y negro - Marca figurativa nacional anterior constituida en parte por la representación de una piel de vaca en blanco y negro - Carácter distintivo del elemento de una marca - Inexistencia de riesgo de confusión - Desestimación de la oposición - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 190, de 12 de agosto de 2006.
119. Asunto T-487/04: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 19 de mayo de 2006, Falcon Sporting Goods/OAMI (BIN LADIN). Marca comunitaria - Denegación de registro - Retirada de la solicitud de registro - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 190, de 12 de agosto de 2006.
120. Asunto T-488/04: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 19 de mayo de 2006, Falcon Sporting Goods/OAMI (BIN LADIN). Marca comunitaria - Denegación de registro - Retirada de la solicitud de registro - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 190, de 12 de agosto de 2006.
121. Asunto C-24/05 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de junio de 2006, August Storck KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos). Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 7, apartados 1, letra b), y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Motivo absoluto de denegación de registro - Marca tridimensional - Forma tridimensional de un caramelo de color marrón claro - Carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 212, de 2 de septiembre de 2006.
122. Asunto C-25/05 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de junio de 2006, August Storck KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos). Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 7, apartados 1, letra b), y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Motivo absoluto de denegación de registro - Marca figurativa - Representación de un envoltorio de caramelo de color dorado - Carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 212, de 2 de septiembre de 2006.
123. Asunto T-306/03: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 16 de junio de 2006 - Volkswagen/OAMI (CLIMATIC). Marca comuni-

- taria - Denegación parcial de registro - Retirada de la solicitud de registro - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 212, de 2 de septiembre de 2006.
124. Asunto C-214/05 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 18 de julio de 2006, Sergio Rossi SpA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), Sissi Rossi Srl. Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Riesgo de confusión - Marca denominativa «SISSI ROSSI» - Oposición del titular de la marca denominativa anterior «MISS ROSSI» - Alegaciones formuladas por primera vez en la vista - Proposición de prueba. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
125. Asunto C-324/05 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 1 de junio de 2006, Plus Warenhandelsgesellschaft mbH/ Oficina de Armonización del Mercado Interior. Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Riesgo de confusión - Solicitud de marca mixta, denominativa y figurativa, que comprende el elemento denominativo «Turkish Power» - Oposición del titular de la marca denominativa «POWER» - Desestimación de la oposición - Recurso de casación manifiestamente inadmisible o manifiestamente infundado. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
126. Asunto T-247/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2006, Torres/OAMI-Bodegas Muga (Torre Muga). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca figurativa comunitaria Torre Muga - Marcas denominativas anteriores nacionales e internacional TORRES - Riesgo de confusión - Violación del derecho de defensa. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
127. Asunto T-323/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 2006, La Baronía de Turís/OAMI - Baron Philippe de Rothschild (LA BARONNIE). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa LA BARONNIE - Marca nacional denominativa anterior BARONIA - Prueba del uso de la marca anterior - Pruebas aportadas por primera vez ante la Sala de Recurso - Admisibilidad - Alcance del examen efectuado por las Salas de Recurso - Artículos 62 y 74 del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
128. Asunto T-252/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2006, Caviar Anzali/OAMI-Novomarket (Asetra). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa ASETRA - Marca nacional e internacional figurativa anterior CAVIAR ASTARA - Motivos de denegación relativos - Riesgo de confusión - Desestimación de la oposición por no haberse aportado documentos en los plazos señalados - Pruebas aportadas por primera vez ante la Sala de Recurso -

Admisibilidad - Alcance del examen efectuado por las Salas de Recurso - Artículos 62 y 74 del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.

129. Asunto T-277/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2006, Vitakraft-Wehrmann/OAMI - Johnson's Veterinary Products (VITACOAT). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria VITACOAT - Marcas denominativas nacionales anteriores VITAKRAFT - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
130. Asunto T-97/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2006, Rossi/OAMI - Marcorossi (MARCOROSSI). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria MARCOROSSI - Marcas nacionales e internacionales denominativas anteriores MISS ROSSI - Marca denominativa comunitaria anterior SERGIO ROSSI - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión. DOUE, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.
131. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 27 de abril de 2006, L'Oréal SA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), Revlon (Suisse) SA. Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) no 40/94 - Artículo 8, apartado 1, letra b) - Similitud entre dos marcas - Riesgo de confusión - Solicitud de marca comunitaria FLEXI AIR - Marca denominativa anterior FLEX - Denegación de registro. DOUE, C, núm. 249, de 14 de octubre de 2006.

PROPIEDAD INTELECTUAL

132. Asunto C-61/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas/República Portuguesa. Incumplimiento de Estado - Directiva 92/100/CEE - Derecho de autor - Derecho exclusivo a autorizar o a prohibir el alquiler y el préstamo - Adaptación incorrecta del Derecho interno. DOUE, C, núm. 224, de 16 de septiembre de 2006.

PROTECCIÓN DE DATOS

133. Asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de mayo de 2006. Parlamento Europeo/Consejo de la Unión Europea. Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales - Transporte aéreo - Decisión 2004/496/CE - Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América - Registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos de América - Directiva 95/46/CE - Artículo 25 - Estados terceros -

Decisión 2004/535/CE - Nivel de protección adecuado. DOUE, C, núm. 178, de 29 de julio de 2006.

134. **Asunto C-475/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 1 de junio de 2006. Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica. Incumplimiento de Estado - Directiva 202/58/CE - Comunicaciones electrónicas - Tratamiento de los datos personales - Protección de la intimidad - Protección de las personas físicas - No adaptación del Derecho interno en el plazo señalado. DOUE, C, núm. 178, de 29 de julio de 2006.**

RESPONSABILIDAD POR LOS PRODUCTOS

135. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 9 de febrero de 2006, en el asunto C-127/04. Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division: Declan O'Byrne contra Sanofi Pasteur MSD Ltd, Sanofi Pasteur SA. Directiva 85/374/CEE - Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos - Concepto de «puesta en circulación» del producto - Entrega del productor a una filial participada al 100%. DOUE, C, núm. 86, de 8 de abril de 2006.**

SOCIEDADES

136. **Asunto C-436/03: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006 - Parlamento Europeo/Consejo de la Unión Europea. Recurso de anulación - Reglamento (CE) núm. 1435/2003 - Sociedad cooperativa europea (SCE) - Elección de la base jurídica - Artículo 95 CE - Artículo 308 CE. DOUE, C, núm. 143, de 17 de junio de 2006.**
137. **Asunto C-453/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 1 de junio de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Berlin (Alemania) - Innoventif Ltd. Libertad de establecimiento - Artículos 43 CE y 48 CE - Sucursal de una sociedad de responsabilidad limitada establecida en otro Estado miembro - Inscripción del objeto social en el Registro Mercantil nacional - Exigencia de un anticipo sobre los gastos de publicación íntegra del objeto social - Compatibilidad. DOUE, C, núm. 178, de 29 de julio de 2006.**
138. **Asuntos acumulados C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 y C-473/03: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 4 de mayo de 2006. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunale di Milano y el Tribunale ordinario di Torino - Italia - Procedimientos penales contra Michel Mulliez y otros y Giuseppe Momblano (asuntos acumulados C-23/03 y C-52/03), Alessandro Nizza y Giacomo Pizzi (asunto C-133/03), Fabrizio Barra (asunto C-337/03) y Adelio Aggio y otros (asunto C-473/03). Artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento - Derecho de sociedades - Primera Directiva 68/151/CEE, Cuarta**

Directiva 78/660/CEE y Séptima Directiva 83/349/CEE - Cuentas anuales - Principio de imagen fiel - Sanciones previstas en caso de datos falsos sobre las sociedades (falsedad en documentos contables) - Artículo 6 de la Primera Directiva 68/151/CEE - Obligación del carácter apropiado de las sanciones por vulneraciones del Derecho comunitario. *DOUE*, C, núm. 178, de 29 de julio de 2006.

139. Asunto T-47/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de junio de 2006, *Danzer/Consejo. Derecho de sociedades - Directivas 68/151/CEE y 78/660/CEE - Publicidad de las cuentas anuales - Protección del secreto comercial - Violación de los derechos fundamentales - Base jurídica - Recurso de indemnización - Inadmisibilidad. DOUE*, C, núm. 190, de 12 de agosto de 2006.

TRANSPORTE AÉREO

140. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 10 de enero de 2006, en el asunto C-344/04. Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice: *The Queen contra Department for Transport. Transporte aéreo - Reglamento (CE) núm. 261/2004 - Artículos 5, 6 y 7 - Compensación y asistencia a los pasajeros en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de un vuelo - Validez - Interpretación del artículo 234 CE. DOUE*, C, núm. 60, de 11 de marzo de 2006.

BIBLIOGRAFÍA

Nota crítica

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2006, 254 pp.

1. Observa José Ramón DE VERDA al presentar esta interesante obra colectiva que el libro «pretende colmar una laguna existente en la bibliografía». A su juicio, además, la viabilidad y el alcance de posibles acciones indemnizatorias por daños producidos en contextos familiares es un tema «llamado a tener gran importancia práctica». Para el coordinador de la obra, sin embargo, hay que abordarlo con mucha prudencia. Estaría en juego el ámbito más íntimo de la persona, al que en lo posible hay que librar de una excesiva injerencia del poder estatal. Existe asimismo el riesgo de propiciar una proliferación de reclamaciones, especialmente por daños morales.

Esta llamada a la prudencia hace justicia al contenido de la obra, en la que subyace la convicción de que cualquier propuesta de solución a los delicados problemas que aborda es necesariamente provisional. Desde este punto de vista, se trata de un meritorio trabajo, con vocación de influir en el plano académico y en la práctica judicial, y en el que, cada uno en su parcela, los distintos autores se afanan por plantear con claridad y rigor los principales dilemas que se esconden tras el reto de demarcar los contornos de la responsabilidad civil dentro del margen que permiten el Derecho de familia y los valores que esta rama del Derecho civil pretende ordenar.

2. La obra se divide en dos partes. Por un lado, los temas vinculados a las relaciones de filiación o que surgen con ocasión de ellas. Por otro lado, los supuestos de daños resarcibles en el matrimonio o las uniones de hecho y por extensión los daños con ocasión de la crisis de la pareja.

El libro comienza con un examen de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en Derecho español, si bien se da noticia también de la situación en Francia tras la archifamosa sentencia *Perruche* [DE VERDA Y BEAMONTE, «Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano» (pp. 19-39)]. Este capítulo se complementa con otro que reseña el estado de la cuestión en la jurisprudencia norteamericana [Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, «Plegarias atendidas: procreación asistida y *wrongful life actions*» (pp. 75-99)]. Mientras que en estos casos el responsable es típicamente un tercero –médico, hospital– los demás temas de la primera parte del libro examinan la posible responsabilidad de los progenitores para con sus hijos, bien por razón de las enfermedades o malformaciones que tuvieron al nacer y que pudieran serles imputadas [M.^a Luisa ATIENZA NAVARRO, «La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural» (pp. 41-74)],

bien por las secuelas de todo orden derivadas de la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad [Carlos PIZARRO WILSON, «Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial» (pp. 101-116)].

3. El capítulo primero se inicia con el caso que dio lugar a la sentencia *Perruche* que, como es sabido, concedió la indemnización solicitada en nombre del propio hijo por haber nacido con malformaciones que un negligente diagnóstico prenatal no detectó, impidiendo a la madre abortar. En línea con la doctrina dominante tanto en Francia como en España, DE VERDA critica duramente esta resolución, a la que acusa de resarcir el mero hecho de nacer con malformaciones, contradiciendo así el derecho a la vida como bien constitucionalmente protegido y abriendo la posibilidad de un alud de reclamaciones contra médicos y hospitales por no evitar nacimientos sin defectos. Saluda por ello la solución tomada por el legislador francés en 2002, que excluye de raíz toda posible reclamación por perjuicios padecidos «du seul fait de sa naissance» (art. 1 I Ley 2002-303, de 4 de marzo de 2002). Seguidamente, examina la jurisprudencia española en relación con las acciones entabladas en nombre propio por los padres de la persona nacida con malformaciones, de la que subraya el carácter vacilante y contradictorio, cuestionando los razonamientos de todas las sentencias, tanto de las que conceden la indemnización solicitada como de las que la deniegan. Las primeras porque comportan la consideración del nacimiento de un hijo con deficiencias como un daño resarcible, lo que va en contra de la dignidad humana protegida constitucionalmente y supone un trato degradante para las personas con discapacidad. Por otra parte, las dos sentencias absoltorias del Tribunal Supremo también incurriían en el mismo vicio pues, al absolver al demandado por falta de prueba de que la mujer habría abortado, implícitamente suponen que el daño a resarcir es el nacimiento del hijo. En opinión del autor, en las acciones de *wrongful birth* sólo cabe indemnizar por la privación de la oportunidad de interrumpir legalmente el embarazo. Esta se configuraría como un perjuicio moral autónomo, lo que en la práctica determinaría una sustancial limitación del alcance de la indemnización debida. De lo contrario se corre el riesgo de que, oblicuamente, se obtengan indemnizaciones a cuenta del nacimiento de un hijo con malformaciones. Por eso excluye el resarcimiento por las mayores cargas que comporta criar y velar por un hijo deficiente así como por el previsible impacto emocional que este hecho haya causado a los padres. Por otra parte, esta configuración también orilla la necesidad de establecer la relación de causalidad con base en qué hubiera decidido la futura madre de haber sido debidamente informada, pues se trata precisamente de evitar imputar daño alguno conectado con el nacimiento del hijo deficiente.

Este planteamiento es, desde luego, uno de los posibles enfoques de esta complicada materia. No necesariamente –quizá– el dominante en la doctrina española sobre las acciones de *wrongful birth* [Véase Andrea MACÍA MOLLÓN, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful Life)* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), y allí más referencias]. Mas lo que sorprende de este capítulo es constatar que se centra en el examen de las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth*, sin que se vea cómo incide el Derecho de familia, y en particular las consecuencias derivadas del establecimiento de la relación de filiación entre el nacido y sus progenitores, en el régimen de aquellas acciones de responsabilidad civil. Algo parecido sucede con la aportación de DE LA MAZA, cuyo título nos remite a la «procreación asistida», pero que en su

contenido sólo muy limitadamente se refiere a las técnicas de reproducción artificial (al resumir la sentencia del caso *Johnson* de 2003), centrándose en la jurisprudencia norteamericana sobre las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth*.

Estas últimas acciones, en realidad, sólo afectan al tema planteado por el libro tangencialmente. En cambio, en las acciones de *wrongful conception* –es decir, las entabladas por los padres de un hijo sano pero no deseado, que nació por la negligencia del facultativo al no informar sobre las medidas preventivas posteriores a una vasectomía o una ligadura de trompas, o sobre las posibilidades de fracaso de la esterilización llevada a cabo– es donde podría plantearse si y hasta qué punto las normas de Derecho de familia exigen alguna limitación en cuanto al alcance de la responsabilidad por la esterilización fallida. Como ha observado la doctrina, no es irrazonable plantearse hasta qué punto cabe indemnizar por lo que constituye el cumplimiento de deberes legales inexcusables y que no cabría transferir o delegar a un tercero. En perspectiva más amplia, ¿cómo conciliar el cobro de una indemnización por los gastos derivados del nacimiento y manutención del hijo no deseado con el hecho de que, en virtud de la relación paterno-filial, nace para padres e hijos un entramado de derechos y deberes recíprocos inter vivos y mortis causa? ¿Acaso ese conjunto de derechos y deberes no debe afectar a la medida de una indemnización que se justifica por la forzada asunción de una maternidad (o una paternidad) no deseada? [Para este argumento, entre nosotros, véase Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, «Comentario de la sentencia de 29 de mayo de 2003», *CCJC*, vol. 64, 2004, pp. 214-218].

4. El capítulo segundo tiene como objeto la responsabilidad por un determinado tipo de daños prenatales: los ocasionados por los progenitores como consecuencia de la transmisión o el contagio, durante la concepción, de alguna enfermedad o malformación, así como los padecidos por el feto a causa de la conducta subjetivamente imputable de alguno de los progenitores. El punto de partida es la afirmación de una regla de subsidiariedad general de las reglas de responsabilidad civil extracontractual, a pesar de la existencia de normas específicamente dedicadas a la responsabilidad de los padres frente a sus hijos (arts. 168.2 y 1932 CC). En un penetrante análisis, M.^a Luisa ATIENZA propone tratar separadamente los casos de daños derivados del contagio de enfermedades de los casos de daños corporales vinculados a las conductas dolosas o negligentes de los progenitores, y particularmente de la madre, durante el embarazo.

En el primer supuesto, el interés del hijo a una vida sana se contrapone a la libertad de los progenitores de procrear, protegida por el artículo 18 en relación al artículo 10 CE. Sintetiza la autora los argumentos favorables a imponer la responsabilidad, principalmente sobre la base de que «cada persona es libre para decidir si concibe o no, pero si lo hace y después se verifica el daño, debe asumir su costo, y no sólo prestando la asistencia que como progenitor corresponde sino también indemnizándolo». Sin embargo, como que la única alternativa al nacimiento con la enfermedad heredada de los padres sería no nacer, concluye que la acción de responsabilidad civil es inviable por falta de daño y de relación de causalidad.

Este elemento es el que distinguiría el enfoque negativo aplicado al primer supuesto con la afirmación de la posible responsabilidad de los progenitores, y especialmente de la madre, con respecto a los daños sobrevenidos a un feto sano imputables objetivamente a la conducta de los progenitores durante el embarazo. El encuadramiento de este segundo supuesto en nuestro

Derecho pasa, como no podía ser de otra manera, por comentar los artículos 157 y 158 CP, que tipifican el delito de lesiones causadas al feto y que cuando se refieren a la mujer embarazada limitan la responsabilidad penal al tipo doloso. En consecuencia, mientras que en el supuesto de dolo, aun eventual, la mujer embarazada responde penalmente, y por consiguiente también civilmente, en los supuestos de lesiones imprudentes, aun mediando culpa grave, estaría exenta de responsabilidad penal. ¿Cabe colegir que también de responsabilidad civil? Desde luego en no pocos casos la falta de sanción penal de cierta conducta dañosa no impide, ni mucho menos, el recurso a la responsabilidad civil. ATIENZA concluye al respecto que serán las circunstancias del caso las que determinarán si la madre debe responder frente al hijo por una conducta realizada durante el embarazo y que perjudicó seriamente la salud de este último. Señala, de todos modos, que sería preciso que se tratase de un daño de cierta entidad o gravedad, que estuviese causalmente vinculado a las acciones u omisiones de la madre y que, aun no siendo éstas antijurídicas, a aquélla le fuese exigible comportarse de otro modo no sólo moralmente sino también jurídicamente.

La valentía de la autora al tomar postura frente a las numerosas incertidumbres que rodean este grupo de casos es elogiable. Con todo, cabe preguntarse a quién beneficia la acción de responsabilidad civil dirigida contra la propia madre. Presupuesto que la conducta de la madre no comporta la privación de la potestad sobre el hijo nacido con esas enfermedades o malformaciones ¿acaso no es ella misma la principal perjudicada por la situación que padece su hijo? Es posible que la exoneración de responsabilidad penal presente en los artículos 157 y 158 CP sea el resultado de la ponderación de los intereses de la madre con respecto a los del feto. No se trata tanto de la posible paradoja de que, pudiendo abortar legalmente, al propio tiempo pueda responder por lesiones al feto, porque como observa la doctrina alemana la limitación de los supuestos legales de aborto, si algo demuestra, es que la madre no es libre de acabar con la vida del feto. Desde luego tampoco de lesionarlo. Pero antes de hacer responsable a la madre no solo penal sino también civilmente, debe igualmente ponderarse el derecho de aquélla al ejercicio de su libertad y a llevar el tipo de vida y las actividades (profesionales, lúdicas o meramente personales) que considere conveniente. Así las cosas, ¿qué tipos de actividades merecen cubrirse bajo el manto del libre desarrollo de la propia personalidad, aún a costa de cierto riesgo para el nasciturus? Aquí existe un ámbito para una reflexión adicional y para acotar un poco más los casos que, excepcionalmente, podrían comportar una responsabilidad del progenitor por daños al feto causados imprudentemente. Que el tema está muy abierto lo demuestra la diversidad de planteamientos que existe en la jurisprudencia comparada [Véase el panorama que ofrecen Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU, «Comparative Report» en *Children in Tort Law II: Children as Victims* (Viena: Springer, 2006), pp. 282-283, y allí más referencias]. Pero incluso en este contexto tan limitado, la opción, de llevarse a cabo, se antoja problemática por lo que encierra de discriminatoria: por definición la restricción a la propia libertad únicamente afecta a las mujeres. Quizás por eso no faltan voces en el contexto internacional que sugieren que la idea de hacer responder a la madre que obró negligentemente en perjuicio del feto conduce a conclusiones derechamente contrarias tanto a los fines de la responsabilidad civil como a la protección constitucional de las madres [Básico: Rosamund SCOTT, *Rights, Duties and the Body. Law and Ethics of the Maternal-Fetal Conflict* (Oxford: Hart, 2002) pp. 296-352; res-

pecto a la responsabilidad penal, véase asimismo Vicki TOSCANO, «Misguided Retribution: Criminalization of Pregnant Women Who Take Drugs», *Social & Legal Studies* 14 (2005) pp. 359-386].

5. La primera parte del libro se cierra con un ensayo sobre la posibilidad de liquidar algún tipo de daño por la falta de determinación de la paternidad una vez que ésta, mediante la correspondiente acción de reclamación, ha sido judicialmente determinada. El núcleo del tema radica en determinar cuándo podría considerarse imputable la falta de reconocimiento espontáneo del hijo habido fuera de matrimonio. El autor relaciona esta cuestión con la eficacia de las pruebas biológicas, de modo que como que estas permiten, por sí solas, establecer o excluir la paternidad «el reconocimiento de la paternidad ha dejado de ser un acto voluntario». Tal afirmación debe ser inmediatamente puesta en su contexto: lo que el autor trata de poner de relieve es que el establecimiento de la paternidad ya no depende exclusivamente del varón sino que este puede ser emplazado judicialmente por el otro progenitor o por el hijo y su paternidad no matrimonial establecerse por sentencia judicial, con base en cualquier medio de prueba, especialmente en las llamadas pruebas biológicas.

Desde el punto de vista español este planteamiento no representa ninguna novedad, aunque es posible que sí lo sea en Chile, de donde procede el autor del trabajo. Donde el problema se plantea en sus propios términos es al señalar que, para poder ser responsable, el supuesto padre «debe estar en conocimiento de su posible paternidad o haber sido demandado...» circunstancia que haría cesar necesariamente la pretensión de desconocimiento» (énfasis añadido). Las circunstancias de cada caso permitirán formar la convicción del juzgador acerca del conocimiento de la posible paternidad no reconocida. Desde que es demandado, sin embargo, ya no podrá decir que nada sabía de ese posible hijo. El autor sugiere, además, que la negativa del demandado a la realización de las pruebas biológicas debe considerarse un indicio de que sospechaba que el hijo era suyo, a los efectos de imputarle responsabilidad civil.

No resulta fácil admitir que siendo el reconocimiento un acto voluntario pueda imputarse responsabilidad civil a quien, por la razón que sea, no reconoce la paternidad no matrimonial y ejercita sus derechos de defensa en el marco del procedimiento contradictorio arbitrado por la ley para la determinación de esa paternidad. Debe subrayarse que la propia ley establece consecuencias para la oposición a la determinación de la filiación, en particular la exclusión de la patria potestad y demás funciones tuitivas y la privación de cualquier derecho legal respecto del hijo o de sus descendientes, sin perjuicio del deber del padre de velar por los hijos y prestarles alimentos (*cf.* art. 111 I 2.^º CC). Consecuencias que la jurisprudencia se ha encargado de dulcificar, por lo demás, en aquellos supuestos en que la oposición estaba suficientemente fundada [Por todas, véase STS 10.7.2001 (RJ 2001, 5152)]. Tomando este punto de vista, la delimitación de los casos en que se da «la contumacia del padre en el reconocimiento de su hijo» a los que expresamente se refiere el autor presupondría explorar los supuestos en que puede hablarse de un ejercicio abusivo de los derechos de defensa frente a una reclamación de paternidad extramatrimonial fundada en un principio de prueba suficiente y que el simple recurso a las pruebas biológicas desvanecería.

En cuanto al daño resarcible, el autor trata por separado la pretensión del progenitor –que reclamaría por el daño patrimonial consistente en los gastos producidos por la manutención a su costa del hijo de ambos– y la pretensión

del hijo. Este último vería reconocida una indemnización por el daño moral vinculado a la lesión de su derecho a tener una identidad coherente con su origen biológico y un posible daño patrimonial, basado no en la falta de percepción de alimentos sino en la pérdida de la oportunidad de haber tenido un nivel de vida superior, aplicable por supuesto sólo en aquellos casos en que el demandado tuviera una posición social y económica superior a aquella de la que el hijo pudo gozar conviviendo con su madre.

Por último, está la cuestión del resarcimiento de los alimentos debidos al hijo antes de la determinación de la paternidad. Para PIZARRO el hijo no tendría derecho a esos alimentos porque *in praeteritum non vivitur*. Sin embargo, reconoce el derecho del otro progenitor a repetir el importe correspondiente a los alimentos abonados hasta la reclamación judicial de la paternidad, salvo que por causa imputable a aquél la acción no se hubiera hecho efectiva. En realidad, es menester aclarar que una de las particularidades de los alimentos debidos en la relación paterno-filial es que se deben desde el nacimiento y durante toda la minoría de edad, al margen de que se reclamen o de que se entable una demanda. La regla *in praeteritum non vivitur* sólo debe aplicarse a los alimentos cuya reclamación es necesaria, como sucede con los alimentos entre parientes. No se aplica a los alimentos «institucionales», cuya fuente no es el parentesco, sino la relación paterno-filial u otra institución que incluya deberes alimenticios. Por lo tanto, tratándose del hijo menor no reconocido la deuda alimenticia de su padre surge con el nacimiento de éste y el otro progenitor ostenta un derecho de repetición por haber abonado esa deuda en parte ajena y enteramente exigible desde el nacimiento del menor, por más que el supuesto padre no tuviera ni idea de que había tenido un hijo. Así las cosas, este tipo de pretensiones no se configuran habitualmente como acciones de daños. Entre otras cosas, porque ello impone un juicio de imputabilidad subjetiva y de causalidad que las más de las veces hace inviable el recurso en vía de regreso. El remedio adecuado parece ser la acción de enriquecimiento injustificado, si bien esta tampoco está exenta de problemas, especialmente cuando quien la ejerce no es el otro progenitor sino un tercero (*v.gr.* el padre putativo) con quien el menor había convivido [En este sentido, recientemente, Caroline FORDER, *European Review of Private Law* 6 (2005) pp. 868-878].

En este capítulo también se mencionan de pasada otros supuestos indirectamente vinculados al mismo tema, como la responsabilidad por el reconocimiento de complacencia que impide la determinación de la paternidad verdadera. Debe destacarse la actualidad de la materia en un momento en que, por diversas razones, los reconocimientos de complacencia se multiplican y está en cuestión cuál es la respuesta jurídica más adecuada para proteger los diversos intereses en conflicto. Tal vez una responsabilidad civil del implicado en un reconocimiento de este género, que posteriormente va contra sus propios actos causando un daño a la persona a quien primero reconoció como hijo y que luego abandona, podría tener algún efecto preventivo y paliar así los efectos adversos que para el hijo tiene de la tendencia a considerar este tipo de reconocimientos nulos de pleno derecho [Últimamente, entre nosotros, véase Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)», *ADC* (2005), pp. 1049-1113].

6. La segunda parte del libro se abre con la responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio [Salvador CARRIÓN OLMO, Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños, (pp. 179-201)]. Al respecto, convie-

ne recordar que una de las razones alegadas desde algunos sectores para admitir la resarcibilidad de los daños ocasionados por la infracción de los deberes conyugales es la incoherencia sistemática de la reforma 2005, que ha eliminado las causas legales de separación –dejando sin efecto jurídico la infracción de esos deberes conyugales– pero que mantiene la responsabilidad por ruptura de la promesa de matrimonio. Paradójicamente, se argumenta, revestiría mayor contenido la infracción de la promesa de matrimonio que la del propio «contrato» matrimonial [THEMIS. ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS, *Conclusiones del trabajo sobre el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio*, 17.11.2004 (www.mujeresjuristasthemis.org)].

El capítulo referente a la promesa de matrimonio no aporta munición para este alegato. De impecable factura, disecciona la aplicación práctica de los artículos 42 y 43 CC en la realidad judicial, que se refleja en una serie relativamente numerosa de sentencias de apelación. Según la *communis opinio*, al tratarse de un acto social jurídicamente no regulado, las consecuencias dañinas vinculadas a ese entorno deben recaer sobre quienes las padecieron, sin que, en principio, los afectados puedan exigir nada a nadie. A título de excepción, no obstante, si el incumplimiento de la promesa se produjo «sin causa», requisito interpretado ampliamente hasta alcanzar cualquier desistimiento que no esté basado en razones objetivas generalizables, entonces el prometido o prometida deberá reembolsar los gastos ocasionados y que, por su libérrima decisión, han devenido inútiles. Dada la licitud esencial del desistimiento, sin embargo, no se puede proclamar una responsabilidad civil en sentido propio, ni mucho menos la sanción de una conducta antijurídica. Lo que hace la ley es poner a cargo del prometido el reembolso de las pérdidas sufridas por la otra parte o incluso por un tercero como «garantía de indemnidad de quien hizo gastos en la confianza de la boda proyectada, en interés de aquél y en la medida en que la finalidad también le interesaba». Por lo demás, también en coherencia con la licitud del acto del desistimiento, las consecuencias patrimoniales de esta conducta poseen un carácter tasado que impide la entrada en juego, en este tipo de situaciones, del artículo 1902 y por ende también del resarcimiento del posible daño moral vinculado a la ruptura de la promesa matrimonial. Siguiendo a DELGADO, el único margen de aplicación de este último precepto sería, para CARRIÓN, que, bajo la apariencia de una promesa de matrimonio, se tratara de un mero engaño con finalidad lesiva.

7. El debate sobre la Ley 15/2005, de 8 de julio, popularmente conocida como del *divorcio exprés* y que suprimió las causas legales de separación y divorcio, fue la ocasión para que ciertos sectores feministas plantearan que «dado que el matrimonio es un contrato bilateral cuyo cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes, el incumplimiento de los deberes inherentes al mismo deberá llevar aparejada una indemnización por daños y perjuicios [...] independiente de la pensión compensatoria [...] por responsabilidad por la ruptura no consensuada» (énfasis añadido). Sugerencia finalmente no incorporada a la reforma pero que fue acogida favorablemente, por ejemplo, por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el anteproyecto de ley. Como es conocido, sin embargo, el Tribunal Supremo ha señalado, mucho antes de la última reforma del CC, que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna» y que no cabe comprender la exigibilidad de los deberes conyugales dentro del precepto genérico del ar-

título 1101, pues lo contrario llevaría a «estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar» [STS 30.7.1999 (RJ 1999, 5726); véase, además, STS 22.7.1999 (RJ 1999, 5721)]. Tutela indemnizatoria que, por lo demás, carecería de rango constitucional. Al menos, así lo entendió el Tribunal Constitucional al rechazar el recurso de amparo contra la primera sentencia citada y señalar, precisamente, que se trataba de un problema de legalidad ordinaria, competencia de los tribunales civiles, y que no era posible imponer una interpretación distinta «con base en una pretendida irradiación máxima de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad ordinaria» (ATC 140/2001, de 4 de junio).

La máxima del Tribunal Supremo ha sido aplicada por algunas sentencias de Audiencias Provinciales. La SAP Valencia 2.11.2004 (*La Ley* 2005, 59) para rechazar la indemnización del daño moral por razón de la infidelidad, por más que al final imputa responsabilidad a la esposa y a su amante con base en una «negligencia... en sus relaciones íntimas» que supuso la concepción de tres hijos atribuidos al marido, así como por la conducta dolosa consistente en ocultarle la verdad sobre la paternidad. Más claramente, en la SAP Segovia 30.9.2003 (JUR 2003, 244422), para desestimar la petición de indemnización presentada por la esposa «*por el sufrimiento ocasionado... ante el abandono del hogar familiar por parte del marido demandado, dada la grave enfermedad que aquélla padecía y padece*». En este caso, la sentencia concluye que «a pesar de la proliferación de supuestos en que se considera indemnizable el daño moral por la jurisprudencia actual.... entre tales no se encuentran los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno ni debe entrar a tomar partido».

Para un sector de la doctrina, los pronunciamientos del Tribunal Supremo reflejan el sentimiento de culpa de la judicatura para con la mujer y se dirigen a evitar que los maridos (engaños) puedan compensar por vía de indemnización lo que sus esposas infieles podrían tener derecho a percibir como pensión compensatoria [Ángel CARRASCO PERERA, «El precio de la infidelidad», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 666 (2005)]. Otros autores prefieren subrayar que las manifestaciones del Tribunal Supremo «pecan de ser exageradamente genéricas» [Luis-Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario de la sentencia de 30 de julio de 1999», *CCJC* 52 (2000) pp. 153-163, 159], como demostraría, por ejemplo, que el CP, si bien excluye la responsabilidad penal por delitos económicos cometidos contra el cónyuge, reserva expresamente la posibilidad de solicitar la responsabilidad civil (art. 268.1 CP). Desde otro punto de vista se observa que en el incumplimiento de los deberes conyugales «están en juego derechos fundamentales u otros bienes dignos de tutela jurídica» por lo que no cabría postular una absoluta inmunidad [Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho», *RdP* (10) 2003-1, pp. 65-93, 79-80].

En esta línea, el capítulo escrito por M.^a Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO [«Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales» (pp. 147-177)] se centra, primero, en descartar la existencia de espacios de inmunidad para la responsabilidad civil por daños producidos en las rela-

ciones conyugales, insistiendo en la supuesta insuficiencia de los remedios predispuestos por el Derecho de familia para ofrecer una protección adecuada frente al incumplimiento de los deberes conyugales. Así, en el ámbito de la crisis conyugal, la autora afirma que «no hay reflejo normativo específico para lo relativo a la esfera personal» y propone –a pesar del citado ATC 140/2001, de 4 de junio– una lectura en clave constitucional de los deberes conyugales, con el fin de conectar su infracción con la lesión de derechos fundamentales protegidos por la Constitución y justificar, así, su resarcibilidad en vía civil. La influencia de los autores italianos se hace sentir aquí, como en otras partes de la obra, muy intensamente.

Sustanciada la objeción de que el Derecho de familia proporciona un marco exclusivo y excluyente para la reparación de los posibles daños vinculados al incumplimiento de los deberes conyugales, la autora admite, con todo, que «en el ámbito del Derecho de familia no se puede aceptar sin más la obligación de reparar todo daño». Para que ello tenga lugar, el supuesto ha de entrar «dentro de los esquemas de la responsabilidad civil». El capítulo adolece, no obstante, de una gran generalidad en cuanto al posible alcance de la responsabilidad civil en este ámbito, pues tras el repaso del estado de la jurisprudencia y de la doctrina, la autora no explica cómo debería efectuarse la ponderación de intereses que inevitablemente conlleva la opción de política legislativa que defiende. Únicamente trata de conjurar el peligro de abrir las compuertas a una avalancha de litigios que ponga en cuestión el sistema de divorcio-remedio vigente en Derecho español proponiendo, no sin cierta contradicción, la limitación de los criterios de imputación de la responsabilidad civil a la culpa grave y al dolo, así como planteando que la pretensión debe ejercerse en pleito distinto al matrimonial.

Habida cuenta de las particularidades de la relación conyugal, la doctrina más atenta ha tratado de establecer cuál debería ser, en su caso, el límite razonable a las pretensiones de reparación de daños derivados de la infracción de deberes conyugales, teniendo en consideración la existencia de un entramado de remedios y pretensiones vinculado a la crisis conyugal y a la disolución del vínculo matrimonial [Véase Pablo SALVADOR CODERCH, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, «Comentari a l'article 1», en: Joan EGEA FERNÀNDEZ / Josep FERRER RIBA, *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* (Madrid, Técnicos, 2000), pp. 43-66, 63]. Tomando tal perspectiva, FERRER RIBA ha concluido que únicamente deberían comportar responsabilidad civil aquellas conductas que causen daño a derechos e intereses del consorte «conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas» [*Relaciones familiares y límites del derecho de daños* (Disponible en: http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf), p. 15]

Discernir qué conductas caben en este marco es, sin embargo, una tarea enormemente compleja. Aunque acaso sea una obviedad, no debe olvidarse que el alcance de los deberes conyugales, además de con respecto a las expectativas del otro cónyuge, debe partir también de la garantía del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales del cónyuge obligado. Por consiguiente, el enjuiciamiento de cada supuesto concreto implicará –salvo en los casos más graves, y que ya resuelve la llamada responsabilidad civil derivada de delito– la ponderación de los derechos fundamentales de ambas partes. Se trata de delimitar en qué grupos de casos el cónyuge responderá y en qué supuestos su conducta nunca comportará obligaciones indemnizatorias por ser expresión de un ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales dentro

de la relación conyugal. Por más que ello pueda ocasionar enfado, desánimo, dolor o frustración en su cónyuge o pareja y llevar, a la postre, a la disolución del matrimonio.

Al requerir a los esposos un alto grado de compromiso personal, en forma de deberes conyugales, el sistema jurídico conduce a una gran paradoja: aspirar a una forma perfecta de relación cuyos actores son, sin embargo, personas de carne y hueso, con sus defectos y limitaciones. Por su componente íntimo y estrictamente personal, nadie, ni siquiera el Derecho, puede garantizar que el ideal se hará realidad. Por eso mismo, la regla general del sistema tiene que ser que la infelicidad por un matrimonio que ha naufragado no es indemnizable. Ni siquiera cuando ésta ha comportado una patología médica diagnosticada, y aunque la crisis conyugal esté relacionada con el incumplimiento, por uno de los cónyuges, de sus deberes conyugales.

Y es que el matrimonio es «una empresa emocional de alta rentabilidad, pero también de alto riesgo» [AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (2002) Topic 2 § IV]. Las relaciones conyugales constituyen un ámbito en el que, por definición, los actores ponen en juego sus bienes máspreciados. Contribuye sobremanera a la realización personal si funciona, pero el fracaso es, por regla general, un golpe muy duro para los afectados, y puede llegar a perjudicar seriamente su estabilidad emocional.

Es lógico pensar, por lo demás –como también señalan los redactores de los ALI Principles– que la regla de no indemnizabilidad de los daños emocionales tiene una justificación muy clara en el marco de la crisis conyugal. En ese contexto, el daño emocional tenderá necesariamente a sobredimensionarse y pueden plantearse demandas, muy difíciles de reconvenir, en las que el excónyuge recree su vida conyugal como un infierno y en las que la convivencia conyugal pase a describirse como una sucesión de episodios conducentes a trastornos emocionales y a otros daños de índole psíquica o moral. Se corre el riesgo –por qué negarlo– de que acciones de este tipo se usen estratégicamente para sacar ventaja en el pleito matrimonial, tanto para forzar un acuerdo con la otra parte como para obtener una sentencia más favorable a los propios intereses.

8. Tras el examen de la viabilidad de las acciones de responsabilidad civil por infracción de los deberes conyugales, la misma autora aborda la posibilidad de recurrir a la responsabilidad civil en aquellos casos en que el progenitor encargado de la guarda y custodia de un menor entorpece el derecho de visita del otro (pp. 179-201). La experiencia en España parece ser más bien escasa, por no decir inexistente. A partir de casos italianos, con todo, la profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO apunta los presupuestos y el alcance de esa posible responsabilidad.

Considera evidente, en primer lugar, que en este tipo de casos existen daños resarcibles, no sólo morales sino también patrimoniales. Los primeros estarían vinculados a la lesión al interés del progenitor en relacionarse con su hijo, cuya privación puede llegar a provocar graves trastornos psicológicos y emocionales. Pone de relieve, en particular, la posibilidad de ocasionar en el progenitor no custodio el llamado «síndrome de alienación parental». Respecto al propio hijo, plantea la posible incidencia de la falta de relación con el progenitor no custodio como un elemento negativo para el desarrollo de su personalidad. Los daños patrimoniales consistirían en los posibles gastos producidos por las dificultades en el ejercicio del derecho de visita y en las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento, como por ejemplo oportunida-

des laborales perdidas por los cambios de residencia forzados por el otro progenitor y situaciones análogas.

Por lo que se refiere al criterio de imputación subjetiva, la autora vincula la responsabilidad únicamente a conductas dolosas o gravemente negligentes. Esta limitación de los títulos de atribución de responsabilidad posiblemente conecta con el hecho de que, como en otros conflictos analizados en esta parte del libro, las propuestas de solución, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, deben partir de la necesaria ponderación de los derechos fundamentales de ambas partes. Sólo una conducta constitutiva de un abuso de derecho podría dar lugar a la correspondiente responsabilidad; la lesión derivada del descuido o de la mera negligencia en el cumplimiento del régimen de visitas no permitiría solicitar indemnización. Con razón, se estima que no es conveniente fomentar la litigiosidad en este contexto y que sólo los casos graves deben ser resueltos, en su caso, con remedios resarcitorios adicionales a las medidas jurídico-familiares. Este planteamiento parece informar la única sentencia que aborda el problema planteado en este capítulo: la SAP Madrid 21.6.2001 deniega la indemnización solicitada con base en el cambio de domicilio del progenitor custodio que complicaba el cumplimiento del régimen de visitas establecido.

Por el contrario, la cita de la SAP Sevilla 30.12.2005, que concedió una fuerte indemnización a la madre privada de sus hijas por la irregular actuación de los servicios autonómicos de protección de menores, parece obedecer a un contexto muy distinto del que aquí se plantea. Aunque ciertamente el interés lesionado es semejante al del progenitor no custodio, en el caso citado –y en otros paralelos que ha resuelto el TEDH– quien lesiona los derechos fundamentales del progenitor es un tercero y no el otro progenitor. En este último caso, creo que la reparación del daño no debe imponerse sino tras ponderar el peso específico de cada uno de los intereses en conflicto, muchos de ellos de rango fundamental.

9. A continuación, sigue un artículo sobre nulidad y responsabilidad civil [M.^a José REYES LÓPEZ, «El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial» (pp. 203-222)], que se justifica plenamente a la luz del artículo 98 CC. Al establecer este último una particular pretensión indemnizatoria, delimitando específicamente quién y bajo qué circunstancias puede hacerla efectiva, ese precepto plantea uno de los problemas fundamentales del libro: hasta qué punto los remedios de Derecho de familia, y en particular la indemnización *ex artículo 98 CC*, son compatibles o excluyen las acciones generales de responsabilidad civil o configuran algunos de sus límites.

Con todo, la atención dedicada al fundamento, presupuestos y alcance del artículo 98 CC es mucho mayor que la destinada a la viabilidad de una posible pretensión de responsabilidad civil por los daños causados por la nulidad matrimonial. La autora se hace eco de la gran diversidad de criterios que muestra la práctica, si bien quizás habría bastado con subrayar que el Tribunal Supremo ha confirmado en varias sentencias: a) que las medidas derivadas de la sentencia civil de divorcio no resultan automáticamente eliminadas ni sustituidas a causa de una posible declaración de la nulidad canónica del matrimonio; b) que la finalidad de la indemnización del artículo 98 CC, aunque sólo pueda pedirla el cónyuge de buena fe frente a otro de mala fe –limitación que no está en la ley y que es discutida por muchas Audiencias Provinciales– es reequilibrar las situaciones patrimoniales de la pareja una vez declarada la nulidad, y c) que la vía del artículo 1902 CC no queda cerrada aunque se conceda o se deniegue la indemnización del artículo 98 CC.

En cuanto a esa posible exacción de la responsabilidad civil del cónyuge a quien le es imputable la nulidad, la autora concluye que, frente a la función «compensatoria» del artículo 98 CC, la función «resarcitoria... seguiría ubicada en el [artículo 1902 CC]». En su opinión, tiene que existir una tutela del cónyuge de buena fe, «sujeto de agravio en su persona», por lo que podría reclamar «*al menos* una compensación por los daños que, en el orden moral, se le hayan podido causar, sin perjuicio de todos aquellos que deriven de la recomposición del patrimonio al estado posesorio *[sic]* anterior al momento de celebración del matrimonio». Se echa en falta, sin embargo, un desarrollo ulterior de estas ideas, así como su contraposición con los supuestos de las opinables SSTS 26 de noviembre de 1985 y 10 de marzo de 1992, de las que únicamente se ofrece un resumen [Al respecto de la primera, véase ahora Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos* (Madrid: Dilex, 2006) pp. 519-522].

10. Queda para el capítulo final del libro un cuidado y completo resumen del tratamiento jurisprudencial de los efectos económicos de la ruptura de uniones de hecho [José Ramón DE VERDA, «Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho», (pp. 223-254)]. La parte relativa al papel de la responsabilidad civil, no obstante, queda bastante minimizada en comparación con los demás temas tratados en el capítulo, pues el autor se limita en este punto a constatar la falta de aplicación generalizada de las acciones de responsabilidad civil como remedio a las situaciones derivadas de la ruptura de uniones de hecho. Califica de excepcional la STS 16.12.1996 (*RJ* 1996, 9020), que condenó al abono de una indemnización por daños tras la ruptura de la pareja de hecho basándose en que, al pasar a vivir con el demandado, la mujer había puesto fin al arrendamiento de un local que venía explotando como pensión. De VERDA cuestiona la validez del enfoque adoptado por la mencionada sentencia y entiende que en este tipo de casos el artículo 1902 CC es inaplicable por ser la ruptura unilateral «un acto completamente libre, fundado en la libertad de casarse o permanecer soltero, de constituir una unión o dejar de permanecer en ella». La imposición de cualquier género de compensación por daños significaría un obstáculo o limitación que cercenaría indebidamente el derecho a contraer matrimonio en su vertiente negativa. De ahí que, en su caso, lo procedente para liquidar las consecuencias económicas de este tipo de situaciones sea acudir a la genérica prohibición de enriquecimiento injustificado.

11. En definitiva, por la gran cantidad de temas que trata y la variedad de enfoques que contiene, esta obra será referencia para cualquier desarrollo doctrinal posterior en este campo, hasta ahora relativamente poco explorado. Un recorrido transversal por las distintas aportaciones en él recogidas –al margen de que circunstancialmente pueda motivar alguna reflexión o comentario– ofrece sin duda una perspectiva única desde la que el lector interesado podrá llegar a sus propias conclusiones, y le permitirá percibir lo mucho que está en juego a la hora de resolver los problemas teóricos y prácticos de la intersección entre las instituciones jurídico-familiares y el Derecho de la responsabilidad civil.

Jordi RIBOT IGUALADA
Profesor titular de Derecho Civil
Observatorio de Derecho Privado Europeo y Comparado
Universidad de Girona

Libros

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: *El pago de la legítima al cónyuge viudo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 200 pp.

I. El presente libro tiene por objetivo abordar el examen de la figura, poco valorada en la doctrina, de la conmutación de la legítima del cónyuge viudo.

Objetivo que constituye, en mi opinión, un acierto, desde cualquier punto de vista que se adopte –también desde el más dogmático o teórico-. Puesto que, aunque dicha institución no tenga debidamente resaltada su importancia en los manuales al uso, es, como el autor pone sagazmente de relieve, una figura que está creciendo en trascendencia cada día que pasa –la realidad manda: examínese ésta bien de cerca; consúltese a los azorados protagonistas de tantas y tantas particiones– y que, según todos los indicios, lo seguirá haciendo en los tiempos venideros.

II. Como de todos es sabido, el Derecho de sucesiones patrio en general y el vigente en las amplias zonas sujetas al tradicionalmente llamado «Derecho común o de Castilla» (que no encuentra hoy denominación nada sencilla, y sobre el que discurre esta obra) vive un momento de intenso cuestionamiento.

Nada a ese respecto procede exponer aquí –siendo, además, notorio-. Sólo el subrayar que, en la orientación de fondo de este libro se huye tanto de una actitud ideológica y metodológica numantina –de atrincheramiento en la evocación de un maravilloso régimen codificado del Derecho de sucesiones, que execra toda novedad legislativa o sociológica–, como de aquella otra, no menos frecuente hoy, que predica que el Derecho de sucesiones hoy ha de presentar sólo una importancia marginal, en el contexto de una economía de mercado madura y muy dinámica, e inspirarse por completo en la desaparición de toda norma imperativa en la materia.

En particular el autor adopta la vía, menos generadora de titulares estri- dentes y de posturas «llamativas», aunque mucho más trabajosa que las anteriores, consistente en hacer un estudio histórico de la institución, para comprender, antes que nada, el porqué de la regulación aún vigente de la legítima del cónyuge viudo y, en general, de nuestro Derecho de sucesiones en el Código civil. Un porqué en el que comparecen tanto los elementos político-sociológicos de las postrimerías del siglo XIX, como sus razones económicas, y también, siendo sinceros, los meros azares de que el propio codificador fue presa en aquellos embates propios de la llamada «questión foral». Una vía en la que, comprendidos los rudimentos esenciales de dicho Derecho de sucesiones (naturaleza jurídica de la sucesión legitimaria; cambios acontecidos a

lo largo del siglo xx, fórmulas de gestión y resolución de las comunidades hereditarias, títulos de atribución, etc.), se pasa a estudiar, teniendo siempre en cuenta a la realidad sociológica del tiempo presente, los problemas concretos y reales que la aplicación de las normas jurídicas sucesorias presentan hoy.

Y, siempre en mi opinión, el acierto en esta elección «metodológica» y de «talante» es la premisa en que se fundan tantos y tantos otros aciertos concretos que jalonan el cuerpo de la obra.

III. De ese modo, el autor, en sus medidas y reveladoras incursiones históricas (hechas, precisamente, para esclarecer el verdadero sentido que las normas tuvieron, y, desde esa plataforma, para que tal sentido nos pueda ayudar en su aplicación actual: art. 3,1 CC), nos saca a la luz, ante todo, una grandísima verdad. No nos debemos dejar engañar por la retórica decimonónica, que hacía, en apariencia, de la protección legal (patrimonial, honorífica) de la viuda un pilar maestro del organigrama social, posibilitando, de ese modo, un premio a la castidad y a la virtud y a la institución de la familia sacramental. Ya en la preparación del Código civil y en la discusión sobre su regulación concreta el meollo problemático del usufructo vidual y de su posible conmutación era similar al que hoy se aprecia con crudeza: se trataba de una cuestión en la que fundamentalmente había que conseguir soluciones eficientes económicamente y que no condujeran con facilidad a enquistamientos graves en las relaciones familiares.

Esta desmitificación que el profesor Fernández Campos lleva a cabo, de manera eficacísima y con las noticias históricas precisas, me parece de una grandísima importancia en esta materia. Por deformación profesional, el abogado tiende a pensar que todo pleito sucesorio es de los mejores, porque pocos enconos pueden ser tan porfiados y duraderos como el que se traba entre familiares, y, por supuesto, no le suele ser prioritario el hallar vías de solución distintas de las estrictamente jurisdiccionales; el Notario tiende a soñar cláusulas retorcidas en testamentos pintorescos, y el universitario tiende a jadear, por falta de oxígeno, en ese cielo de los conceptos de la «naturaleza jurídica» de las instituciones sucesorias, en el que nos hemos atrincherado. Y todos, a la postre, impelidos prevalentemente por nuestros distintos designios y estilos, acabamos sucumbiendo a la tentación de acunarnos en lo que no son sino meros clichés y estereotipos, que tanto abundan en esta materia, tan delicada, y con tanta relación, aun en su descarnada esencia patrimonial, con aspectos íntimos o sencillamente recónditos de la esfera personal.

Por todo ello, son pocos los que llegan a percibir con nitidez, –y el haberlo hecho el profesor Fernández Campos es ya el principal mérito de esta obra– lo que la conmutación de la legítima del cónyuge viudo en verdad suscita.

Ante todo, que con nuestros actuales parámetros sociológicos, con nuestros usos y comportamientos económicos, con los datos culturales que hoy se van trabando en torno a la herencia, la familia (o familias) y el viudo o viuda, el Derecho de sucesiones que en verdad se practica es uno por completo diferente del que aparece en los manuales universitarios y aún se explica en las aulas de las infinitas Facultades de Derecho de nuestra geografía. Y en ese Derecho de sucesiones de verdad, que no llega siempre a ser litigioso *stricto sensu*, mal que pese a tantos abogados (*bonni soit qui mal y pense!*), y que no es objeto de las sesudas disertaciones académicas o notariales, y que, sin embargo, llena tantas y tantas conversaciones/discusiones de familiares, ése

que, antes que nada importa, porque supone disgustos y condiciona los comportamientos personales hasta en detalles mí nimos, la conmutación de la legítima del cónyuge viudo es hoy un tema estrella.

Que, ulteriormente, por las mismas razones, la institución no parece estar condenada a languidecer en su importancia (al menos, mientras persista en vigor el actual régimen legitimario del viudo en el Código civil).

Y, por último, que rara vez la importancia enorme que hoy en la práctica esta institución cobra se traba en torno al honor, la protección de la viuda desamparada y el mantenimiento de la condición y el *status* social de dicha viuda. En la inmensa mayoría de las ocasiones de lo que se discute, con más o menos encono y porfía, y por lo que incluso a veces se litiga, es de sustancias, vertientes y problemáticas puramente patrimoniales.

Con enorme acierto, a mi juicio, detecta todo ello el profesor Fernández Campos. Y con gran delicadeza y ecuanimidad centra el problema y sus principales manifestaciones.

IV. Animado por una intención loable de ser un estudio que sirva también a los abogados para resolver asuntos y a los magistrados para instruirse antes de tomar sus decisiones, el estudio se dedica en su inmensa mayor parte a detectar cuáles son las incertezas en el régimen jurídico que hoy presenta la figura y a, expuestas sus posibles soluciones, proponer las que considera más plausibles. Que, además, y es acaso lo mejor del libro, logran ser, en su inmensa mayoría –al menos, a juicio de quien esto escribe–, las más plausibles y sensatas. Y, por lo ya antes dicho, ¡hace tanta falta una brizna de sentido común en nuestro Derecho de sucesiones «común o castellano», el real, el vivido efectivamente, el que todos (los que tenemos esa vecindad civil) viviremos, tarde o temprano!

V. Como es propio de los buenos docentes, y de que el autor lo es no parece caber duda, si atendemos al estilo terso y límpido que exhibe, el libro arranca con unos sólidos cimientos acerca de la naturaleza y función de la legítima del viudo.

Plausible –y determinante– me parece que el autor recalque ahí que la conmutación es una institución que muestra con nitidez la finalidad verdadera (actual) de la legítima (p.18). Aunque muchos pensamos que aún en su regulación se deja notar el peso de una función histórica de alimentos, entendidos en sentido amplio, que engloban al mantenimiento del tenor, condición y altura social de cada familia, el autor muestra que hoy (y ya en el trasfondo de la *mens legislatoris* de 1889, pese a sus protestas verbales en contrario) la legítima viene a ser, sencillamente, un beneficio patrimonial (pp. 19 y 49 ss). Y este punto de partida del estudio es todo un acierto sociológico, que porta en su seno un claro elixir disolvente de gran parte de la arquitectura sucesoria teórica aún vigente en el Código civil (de hecho, surge entonces espontánea la pregunta: ¿y por qué esas cuotas tan amplias de legítimas, si no se percibe ya en la institución la necesidad prioritaria de subvenir a necesidades o de equipamiento de parientes –o viudo o viuda-jóvenes?).

También, con gran lucidez, el autor va a entrever cómo, pese a posturas inmovilistas, a veces estridentes, la familia y, en particular, la familia matrimonial está perdiendo sus funciones político-sociales de antaño, que justificaban el trato de favor que legalmente se le dispensaba (véase, por ejemplo, la nota 142, en la que irrumpió la doctrina nacionalcatólica a este respecto,

emitida por aquel célebre Primer Congreso Nacional de Derecho civil en el que el foralismo y los Derechos civiles propios aparecieron de la mano de las doctrinas falangistas, tradicionalistas y fascistas y en los labios de eximios civilistas, de azuladas filiaciones). De hecho, señala —y quien esto escribe a ello se adhiere— que la visión que hace primar el interés familiar sobre el individual, incurre en una concepción «patrimonializada», «materialista», «venial» de la familia, y considera, con valentía, que la ley no debe imponer, en contra de la voluntad de sus integrantes, una concepción única del régimen patrimonial familiar.

Igualmente es revelador el estudio del autor en aquel de sus flecos por el que pone de relieve que en la regulación codicial de la figura —y en esa extraña transacción que se hizo con los Derechos forales o territoriales, para, a la postre, no unificar nada— primó fundamentalmente aquel designio hipócrita y gazmoño de una sociedad burguesa, en la que era clave el decoro aparente de la viuda, buscando a toda costa el disuadirla de vivir de manera lujuriosa (externamente), y que no tuviera que degradar ni un ápice la posición y estadio que había mantenido (y a menudo exhibido) durante su matrimonio sacramentado.

Muy oportuna es la demostración de por qué en la fraseología que emplea el legislador al viudo no se le atribuye nunca el término «legitimario»; plausible su conclusión de que no siempre ha de ser heredero (p. 37), en pos de insignes tratadistas a justo título devenidos ya clásicos en esta materia; correcta su conclusión de que, con la ley en la mano, son distintas las condiciones de cónyuge legitimario y cónyuge heredero abintestato y muy oportuna, mal que pese a algunos, la demostración de lo esquizofrénica que podría llegar a ser aquí la aplicación a rajatabla de los principios de nuestro llamado «Derecho interregional».

Y se antoja muy acertada la exposición, con la ayuda de ideas muy lúcidas en su día desenvueltas por el profesor Salvador, de que el usufructo vidual era una solución adecuada para una estructura social estática, en la que para la sucesión del rico el usufructo ofrecía una buena transacción entre los intereses de los parientes en línea recta del causante en conservar el patrimonio y el del cónyuge (usualmente la viuda) en disponer de una parte de ellos para el mantenimiento de su condición: tal usufructo no paraliza la gestión de ese patrimonio, cuantioso o simplemente de entidad (que se enfoca, de acuerdo con el tono económico prevalente, a su mantenimiento y explotación adecuada) y genera, pues, unas rentas suficientes para satisfacer también las necesidades e intereses del propio viudo. Mas en una sociedad económicamente más dinámica y, sobre todo, mucho más plural en los modos y fórmulas de su asociación y coordinación suprapersonal («familiar», en sentido lato), en la que los protagonistas del hecho sucesorio son cada vez más numerosos, pero, por término medio, menos ricos, la solución usufructuaria resulta a menudo —y cada vez más— engorrosa e insuficiente.

VI. Desde un punto de vista técnico, nos señala el autor que es un error considerar a la conmutación como una lesión al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, pues no es sino un modo normal de su satisfacción, querido aquí por el legislador desde 1889, en atención a intereses generales (aunque otras fueran las palabras *pro forma* que empleara); y, de ese modo, nos expone el autor, con total coherencia, su opinión de que no puede el testador privar a los legitimarios de la facultad de conmutar la legítima del cónyuge viudo.

También, convincentemente, nos indica que, sin dejar de ser una facultad, si se observa como un proceso, la conmutación es una pura operación partitacional.

De manera lógica, no considera personalísima la facultad de conmutar y, por tanto, la reputa transmisible, lo que, además, en un plano teórico, podría permitir su empleo en vía subrogatoria *ex artículo 1111 CC*.

Y muchas otras cosas más que, con deleite y provecho, puede el lector encontrar en el discurrir de la lectura de esta obra.

VII. En suma, de las soluciones aplicativas que el autor propone alguna habrá que se pueda legítimamente discutir; por supuesto, todas son discutibles de contrario en sede forense, como es lo propio de este arte nuestro; pero ninguna de ellas —y éste es éxito sumo del presente libro— es irrazonable, absurda o no llevable a la práctica.

De manera análoga, entre las propuestas abiertamente *de lege ferenda* que valientemente el autor formula, quien esto escribe no acaba de ser persuadido por algunas («que se fomente el empleo del testamento»: ¿por quién? ¿se creará una comisión interministerial al efecto? ¿quizá una supra-autonómica?; o «que aumente la cuota de legítima del cónyuge viudo en la sucesión intestada»: no lo considero acorde —al menos en esa formulación general e indiscriminada— con la sociología y economía real que nos rodea, en una sociedad en la que por lo general ambos cónyuges trabajan, en la que la mayoría se divorcia y vuelve a casarse o a unirse de hecho, a veces de modo homosexual, en la que existen pensiones de viudedad y múltiples mecanismos aseguratorios privados que subvienen a posibles necesidades y en la que avanza a marchas forzadas el régimen económico de separación de bienes). Pero ni una sola de ellas podrá ser considerada un despropósito y, antes al contrario, suponen todas una aportación sólida (por lo general, solidísima) al tema en estudio.

Muy en particular, parece digna de todo encomio y reflexión la propuesta articulada de que, cuando haya de proceder a favor de un viudo, la legítima se concrete directamente en bienes en propiedad y nos olvidemos ya del dichoso usufructo vidual que a los que aplicamos el Derecho civil común o de Castilla tanto nos atormenta; o aquella que sugiere que al cónyuge viudo se le pueda conceder la iniciativa para proceder a conmutar con carácter general y no sólo en los supuestos contemplados por el artículo 840 CC.

Por todo lo cual, estoy convencido de que esta monografía se va a convertir, mientras esté vigente el régimen codicial de la legítima del cónyuge viudo, y posiblemente aún después, en obra de referencia, de muy aconsejable lectura para todo aquel que, cualquiera que sea su perspectiva (abogado, Juez o simple estudioso del Derecho), se tope con éste, en verdad, gran problema del que se ha ocupado con tanto éxito el profesor Fernández Campos.

Tomás RUBIO GARRIDO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

GÓMEZ MONTORO, Ángel L.: *Asociación, Constitución, Ley: Sobre el contenido Constitucional del derecho de asociación*, ed. Estudios constitucionales, col. Premio Tomás y Valiente, Madrid, 2004, 240 pp.

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales ha publicado en fecha reciente un libro que lleva por título «Asociación, Constitución, Ley». Su autor, Ángel Luis Gómez Montoro, es catedrático de Derecho Constitucional. Actualmente es Rector en la Universidad de Navarra. El trabajo en su edición 2003 mereció el premio «Francisco Tomás y Valiente».

Aunque el libro que ahora comento versa sobre el contenido del derecho de asociación (así figura en el subtítulo de la obra, conforme al texto del art. 22 CE que reconoce ese derecho) su lectura aclara aspectos discutidos del régimen jurídico de las asociaciones y sociedades también en Derecho privado. De manera que esa perspectiva constitucional se proyecta en todo el marco institucional del derecho de asociación.

Ninguna duda cabe acerca del interés que ofrece en nuestros días un estudio minucioso del fenómeno asociativo centrado precisamente allí, en la confluencia entre Constitución y Derecho privado. Ese sugerente enfoque a partir de las funciones de la interpretación constitucional invita a su lectura.

El autor de este libro se sirve del concepto y ámbito de la libertad asociativa como hilo conductor para delimitar el tema y comprender el desarrollo. Advierte expresamente que se limita de propósito a «precisar el ámbito constitucionalmente garantizado y, junto a ello, el margen de actuación que, en la labor de desarrollo del derecho (art. 81.1 CE) y de regulación de ejercicio (art. 53.1 CE) corresponde al legislador». La libertad asociativa comprende la «agrupación voluntaria de personas nacida del ejercicio de la libertad».

Del artículo 22 CE en que se basa la libertad configuradora como nota característica deduce el profesor Gómez Montoro que su aplicación amplía la garantía constitucional a crear entidades, sin reducirse a garantizar las ya establecidas. Esta afirmación constituye el punto central del estudio que versa sobre el contenido esencial del derecho de asociación.

Para mantener la interpretación amplia toma como puntos de referencia el ámbito constitucional garantizado, las asociaciones incluidas y excluidas del artículo 22 CE, y la actividad o margen de actuación, donde afronta las relaciones con los preceptos civiles y mercantiles que regulan el ejercicio de las sociedades.

Para precisar el significado de los términos de que es susceptible el derecho de asociación apela a la historia —«un poco de historia»— que permite aclarar cuestiones «todavía pendientes de solución». Entre otras, las relaciones entre los tipos de asociación y las sociedades civiles y mercantiles.

El profesor Gómez Montoro aquilata el derecho de asociación con el derecho de libertad garantizado por el artículo 22 CE, aunque sea «de manera tan amplia como vaga». La perspectiva constitucional traza las directrices oportunas para el margen de actuación en el desarrollo y regulación de su ejercicio, es decir, lo que protege directamente y lo que queda fuera. El significado constitucional de las personas jurídicas y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas jurídicas (capítulo III) vienen a ser uno de los cimientos en que se apoyan sus reflexiones sobre la materia. El autor contrasta a lo largo del libro cuestiones que son objeto de debate con sus aportaciones anteriores que le sirven para «repensar» el alcance del principio constitucional que preside el ámbito asociativo.

El análisis desde la Constitución de los derechos garantizados amplía la panorámica del régimen jurídico civil, que cuenta en fecha reciente con estudios de aspectos conflictivos sobre asociaciones y fundaciones. Aspectos que fueron objeto de atención y debate en una de las jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil, a partir de la ponencia digna de encomio que lleva por título *Personalidad jurídica, capacidad y responsabilidad de las Asociaciones*, de que fue ponente el catedrático de Derecho civil Juan José Marín López¹. En qué momento adquieren personalidad jurídica las asociaciones, sobre la necesidad de inscripción como requisito para adquirir la personalidad jurídica, los efectos patrimoniales de la inscripción y las responsabilidades contraídas o que desencadena, responsabilidad de los asociados por deudas contraídas por las asociaciones en relación a terceros, son los aspectos más jaleados por la doctrina civilista, que de manera minuciosa se recogen en las ponencias y comunicaciones de dicha obra colectiva.

La composición del libro ahora en comentario reúne las características de la investigación y la docencia. Muestra la claridad didáctica en la comunicación del saber que es lo propio de un profesor universitario, y destaca el fino análisis de las cuestiones seleccionadas que acreditan los años dedicados a la práctica por el autor como letrado al servicio del Tribunal Constitucional.

La sistemática del libro enlaza, distribuidos en nueve capítulos de que consta la obra, los diversos aspectos que presenta el derecho de asociación, la estructura, el contenido esencial y los límites, «el papel de la ley» y el sistema procesal. A lo largo de la exposición se advierten la delicada ponderación del autor al juzgar o valorar opiniones ajenas o resoluciones de los Tribunales, el esfuerzo por ordenar las cuestiones relacionadas con el concepto constitucional de asociación y la decidida defensa del fundamento que es la libertad en su doble dimensión individual y colectiva. En uso de la difícil tarea de juzgar el autor advierte, por ejemplo, que, a efectos de la garantía como derecho de libertad, el ámbito del artículo 22 CE está «lejos de ser claro». Naturalmente sin desconocer el considerable avance experimentado desde la histórica política de recelo a la innovación y nuevas tendencias surgidas de la vigente renovación legislativa.

Con la preocupación de ordenar las cuestiones suscitadas sitúa el vértice en el ámbito de confluencia entre el Derecho constitucional y el Derecho privado, presente a lo largo de la obra, desde el primer capítulo. A la defensa del desarrollo y margen de actuación del repetido artículo 22 CE dedica los capítulos III y IV, que conducen a las relaciones entre asociación y ley, expuestas con detalle en el capítulo IX con que finaliza la obra. Los capítulos se distribuyen a lo largo de 239 páginas.

Me limito ahora a escoger algunos aspectos analizados en este estudio que acreditan su indudable interés teórico y práctico.

Un poco de historia.

En las remisiones al legislador histórico «un poco de historia» (capítulo II) hace un breve repaso de los diversos puntos de vista, económico, ético, político, acerca de las asociaciones y sociedades civiles y mercantiles. En el siglo XIX, con la reserva y desconfianza del Estado liberal que domina la historia europea, se rompe la distinción entre asociación y corporación. Tal

¹ *Asociaciones y Fundaciones, XI Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2005.

era el recelo que suscitaban los Cuerpos intermedios. Momento culminante del rechazo desde posturas liberales fue la Constitución de 1781, con la impronta a la usanza francesa de la tabla rasa: a partir de ahora ya no hay Corporaciones, ni Cofradías, ni Congregaciones, ni Gremios.

El control del derecho a crear asociaciones se recrudece en España en las Constituciones 1869-1876, y en la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887. Esta ley a la vez que supuso un verdadero desarrollo del derecho de asociación es ejemplo de los límites impuestos a la «libertad» de asociación.

Expone el autor el contraste entre entidades de predominio «ideológico» (donde, por mayor recelo del poder público se incluyen las entidades sin ánimo de lucro), y las sociedades con ánimo de lucro o ganancia que abarcan las sociedades civiles o mercantiles. Distinción que se refleja en el texto literal del artículo 35 CC y se ha tomado como criterio clásico para dividir las personas jurídicas. Dicho precepto responde al histórico recelo hacia las organizaciones privadas, que también inspira el artículo 1665 del mismo Cuerpo legal al definir el contrato de sociedad civil. En estas sociedades, sean civiles o mercantiles, predomina el carácter contractual.

La libertad contractual, y en esa medida la libre iniciativa privada, encuentran en los estatutos la regla prioritaria de su funcionamiento, siempre dentro de los límites que el ordenamiento jurídico permite a la libertad de pacto, aparte la específica garantía constitucional. Incluso la jurisprudencia había ya introducido como principio informador la libertad de pacto o autonomía de la voluntad. La jurisprudencia recaída sobre la sociedad y sus clases es anterior a la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887.

La animadversión ante las asociaciones por la impronta individualista del liberalismo burgués se dirigió a las sociedades anónimas y la actitud de prevención hacia las fundaciones, dotadas de un régimen jurídico que hoy se califica de «vetusto» en el preámbulo de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre.

El recorrido histórico esclarece que la idea moderna de asociación como agrupación voluntaria de personas nacida del ejercicio de su libertad se sitúa en la segunda mitad del siglo XIX. La distinción tradicional entre asociaciones y sociedades con base en el ánimo de lucro queda como un reflejo histórico. Las leyes históricas guardan silencio en materia de personalidad jurídica y responsabilidad civil, como nos recuerda recientemente el profesor Marín López en la ponencia anteriormente indicada.

Régimen común a todo tipo de asociaciones

¿En qué medida incide la vigente Constitución en el desarrollo del derecho de asociación? ¿Qué entidades son las que pueden considerarse asociaciones que en sentido estricto, regulado por la LODA, gozan de la garantía constitucional? La LODA señala como su ámbito de aplicación todas las asociaciones siempre que no tengan régimen normativo específico, es decir las reguladas por leyes especiales, o fin de lucro (art. 1.2). Tal distinción entre el régimen general y el régimen específico o especial suscita la duda sobre la aplicación supletoria, a que alude la DF 2.^a. Los preceptos orgánicos son de aplicación directa. El artículo 22 CE es norma común a toda manifestación asociativa, contiene el régimen común a todo tipo de asociaciones. Expone ese carácter de norma común principalmente en el capítulo VI que dedica al examen de las asociaciones con régimen constitucional específico, a las entidades excluidas del artículo 22 CE y a la problemática de las sociedades civiles y mercantiles (pp. 125 ss.)

El capítulo III del libro se dedica a examinar la aparición del Derecho de asociación en los catálogos de derechos reconocidos por la Constitución con la declaración «se reconoce el derecho de asociación». En este capítulo se exponen los rasgos generales del contenido esencial del derecho de asociación, el ámbito, organización y fines del concepto constitucional, y nos advierte el autor sobre la generalización actual del reconocimiento del derecho de asociación en Europa.

Por ser el artículo 22 de la Constitución la regla común a toda manifestación asociativa es el que permite distinguir los aspectos característicos de la libertad asociativa en todo género de asociación.

El autor insiste en que ha de tenerse en cuenta la doble vertiente positiva y negativa de la libertad de asociación, la libertad individual de ejercicio colectivo y el ámbito creador del que puede nacer una nueva entidad. De manera que la puerta queda abierta a las agrupaciones de base asociativa. La garantía constitucional estará siempre al servicio de esa nueva entidad.

Toda nueva entidad creada al calor de la libertad asociativa es susceptible de asumir diversas formas asociativas o modalidades de organización, autonomía organizativa. La razón fundamental, dice, estriba en que el Derecho de asociación, considerado como elemento estructural básico del Estado Social y Democrático se dispone «al servicio de la libertad individual».

El autor del libro en comentario armoniza la ya indicada libertad creativa con la titularidad de derechos fundamentales de la persona jurídica. De manera que éstos se elevan al plano de la dignidad humana a que son inherentes los derechos fundamentales según su naturaleza (pp. 62 ss). No cabe duda de que este planteamiento es consecuente con la justificación del desarrollo institucional del derecho de asociación en nuestros días, que aquellos derechos sean decisivos y eficaces.

La libertad asociativa garantiza la creación de modalidades de asociación y la pluralidad de regímenes sin el obstáculo de un intervencionismo mal entendido. Naturalmente, siempre que no persigan fines ilícitos o utilicen medios tipificados como delito, conforme a lo dispuesto en el texto del artículo 22 en su apartado primero.

Al instalarse en la cúspide de la Constitución como norma fundamental la libertad asociativa no se reduce a sus expresiones más generalizadas con régimen jurídico establecido sino que se matiza y materializa en una pluralidad de tipos definidos. En definitiva, a su juicio no consiste en el tipo de asociación la nota esencial característica del derecho. Se rechaza de otra parte el formalismo inútil que sólo sirva para obstaculizar el derecho a la existencia y el derecho a la autoorganización.

Con este enfoque adquiere también mayor luminosidad la fundamentación de las soluciones a los problemas que suscitan los supuestos de ilicitud de las asociaciones o de las sociedades (p. 33) y el alcance de la exclusión de fines ilícitos (pp. 103 ss.). Así se explica, por ejemplo, que una vez constituida la persona jurídica el ulterior abuso de la personalidad dé pie para el «levantamiento del velo» (*lifting the veil*) y que esta medida a su vez tenga carácter excepcional. La mera apariencia formal con el ente ficticio utilizado en fraude o perjuicio de tercero no merece estar tutelada. Aunque no sea la finalidad pretendida la esencia de la garantía constitucional sí que sirve para excluir de su ámbito las asociaciones o sociedades con fin ilícito. Se trata de evitar el abuso de independencia. Quedan también excluidas las fundaciones, sociedad unipersonal, asociaciones no voluntarias.

La persona jurídica desde que está constituida conforme a Derecho es titular de derechos fundamentales, como la libertad de expresión o el derecho al honor.

La libertad asociativa dinamiza a su vez formas participativas, como asociaciones de medio ambiente, consumidores, ONG, donde llega la fuerza de su impulso y tutela. En suma, la libertad asociativa es elemento básico del Estado Social y Democrático. Así se recoge en la STC 173/1998 sobre la materia compleja del reparto de competencias. Dicha sentencia mantiene una interpretación favorable a las competencias autonómicas. Al comentario de esa sentencia, tantas veces citada en este libro, dedica el autor un minucioso análisis sobre la relación entre ley estatal y autonómica en el capítulo IX, pp. 214 ss.

Garantías mínimas

Definida la asociación con su base jurídica y los fines, a que se dedican los capítulos IV y V, el autor se adentra en el contenido del derecho de asociación y en los límites de su ejercicio. Es el momento de analizar la libertad positiva de crear y la negativa de excluir de su ámbito de protección las que no reúnen las notas características de la base jurídica.

El estudio detallado de estos puntos dispone el camino expedito para adentrarse en el espinoso campo de la «tensión» entre libertad y la ley. El último capítulo IX entra de lleno en el papel y alcance de la reserva de Ley Orgánica en el derecho de asociación y los problemas que suscita la doctrina del Tribunal Constitucional al señalar el ámbito.

El contenido colectivo de la libertad de asociación sugiere la interrogante de ¿por qué hay que tutelar una organización? ¿Cuál es el ámbito que realmente abarca el derecho?

La tutela jurídica llega a cada tipo, aunque la labor de configuración no sea irrelevante al legislador, como puede serlo la limitación de responsabilidad o la separación de patrimonios. El acceso a la «forma legal» establecida no se puede negar si concurren los requisitos. Cuestión distinta son los límites en la estructura, organización y gestión.

Extensión y límites

Por lo que se refiere a la extensión, la libertad asociativa se aplica con régimen constitucional específico a los partidos políticos, a las organizaciones profesionales, a las asociaciones empresariales y las religiosas. Elegir entre los fines no prohibidos cae dentro del artículo 22 CE. Desde luego las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar quedan prohibidas por mandato constitucional. Dichos fines no son objeto de protección por el artículo 22.5 CE. La limitación de la libertad sólo será admisible cuando venga impuesta por la relevancia del fin público que se persigue, como por la imposibilidad de obtener tal fin, sin recurrir a la adscripción forzada a un ente corporativo (STC núm. 139/89, FJ 2.º).

Son entidades excluidas del artículo 22 las fundaciones y sociedades unipersonales, las asociaciones no voluntarias, las organizaciones no estables, que se analizan en el capítulo VI, aspecto éste sin duda discutido y discutible por las concomitancias en la concepción de la empresa y la resonancia de fuentes de rango internacional. La coherencia con la interpretación que se sigue del planteamiento del libro es clara: en uno de los supuestos se debe su

exclusión a la ausencia de voluntariedad, en el otro por carecer de permanencia la base jurídica.

Las relaciones entre el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho de asociación y el de libertad del legislador pueden plantear colisiones.

La libre creación de grupos sociales es esencial para el moderno Estado Social y Democrático.

En definitiva el ámbito del derecho que proclama el artículo 22 comprende la libertad de crear asociaciones, la de incorporarse a las ya existentes y abandonarlas, alcanza la protección a la ley misma.

Concepto Constitucional y límites

Con los matices y apreciaciones anteriores el profesor Gómez Montoro define la asociación por estas notas:

- 1.º Es unión de personas: agrupación de dos o más (número mínimo).
- 2.º Es unión voluntaria: la voluntariedad abarca el carácter de vínculo organizativo estable.
- 3.º Como unión voluntaria de personas se dirige a un fin común, aunque esté abierta a otros fines autónomos.

Estos elementos característicos entrelazados entre sí son los que entran en la definición de asociación, en sentido metafórico como *universitas personarum*. Se unen personas físicas o jurídicas que son titulares de deberes fundamentales. Integrado por una sola persona no es asociación y no gozará de protección a efectos del artículo 22 CE, aunque se acójano al abrigo de la tutela que puedan dispensarle el Derecho mercantil o civil como sociedad unipersonal, que puede ser dependiente o socio de una empresa más amplia o creada para eludir obligaciones de otras empresas del grupo.

Es también compleja la cuestión en torno a los derechos fundamentales de las empresas mixtas y entidades con participación pública. La sociedad necesaria no es sociedad, por faltar la nota de voluntariedad. La estabilidad se añade a la nota de organización, comprende la actuación organizada.

Como «comunidad» de fines se distingue de la simple «agregación» de fines individuales: todos los participantes deben contribuir. Los fines entran en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Ésta excluye fines ilícitos que son su negación, medios delictivos, como pueden serlo la compraventa de inmuebles que persigue el bloqueo de dinero, la caza en época de veda. La pluralidad de fines lícitos e ilícitos ampara unos, excluye otros, que pueden llegar a la disolución que depende de las infracciones tipificadas (art. 515 CP).

Elementos distintivos entre sociedad y asociación

La problemática de las sociedades civiles y mercantiles, que analiza con detalle en el capítulo VI y referida en otros (pp. 26, 142), tiene en Derecho privado especial relevancia. Forma parte de esas cuestiones «pendientes de solución» a que se refiere en la introducción del libro. Abundan argumentos a favor de la exclusión con lectura reductora del ánimo de lucro y por la no exclusión se inclinan, con concepción amplia, quienes entienden que el ordenamiento tiene medios suficientes para luchar contra el abuso del ejercicio del derecho.

El autor se inclina por la concepción más amplia del derecho de asociación, que es la que a su juicio permite la interpretación sistemática y teleológica del artículo 22 CE. La tensión entre la ley y la libertad de asociación

encuentra aquí una de las manifestaciones prácticas. «El artículo 22 CE garantiza la libertad de crear asociaciones pero no de acceder a los tipos legalmente previstos sin cumplir los requisitos exigidos por leyes». Naturalmente siempre que éstos sean respetuosos con la libertad de asociación. El artículo 22 CE no excluye, en consecuencia, ningún tipo de sociedades. Sólo por razón de sus fines será reconocida para gozar de la garantía que ofrece el derecho constitucional de asociación, salvo los constitutivos de delito.

a) *Sociedades con ánimo de lucro*

¿Gozan de la garantía que ofrece el derecho constitucional de asociación las sociedades con fin lucrativo? La distinción entre asociación y sociedad con base en la función delimitadora del ánimo de lucro está hoy desechada como construcción teórica. Cierta que la distinción se advierte en la motivación de algunas resoluciones de los Tribunales. La STS de 18 de febrero 1985 se adhiere, por ejemplo, a la tesis de que el derecho de libre asociación no alcanza a las que tienen fin lucrativo (bancos y entidades mercantiles). La STC de 23/1987 (sobre sociedad anónima) destaca que en la reforma de estatutos predomina la unión de capitales sobre la unión de personas. La STC de 96/1994 insiste y repite el argumento frente a la sentencia que anula la exclusión de socios con pérdida de la vivienda, aunque utiliza fórmulas evasivas. La LODA mantiene un criterio restrictivo, cerrado a tipos determinados aplicación a las sociedades cooperativas, mutualidades, comunidades de bienes o de propietarios.

En la respuesta a si forma parte del derecho fundamental crear asociaciones con ánimo de lucro, si el ánimo de lucro es criterio delimitador del ámbito garantizado por la libertad asociativa, el autor se inclina con argumentación persuasiva por no excluir del derecho de asociación a las sociedades de capital en cuanto afectan al núcleo de referencia de la libertad asociativa. Advierte que la garantía constitucional puede buscarse «además» por otras vías, como pueden serlo la protección constitucional de la autonomía privada, dado el carácter contractual, o la libertad de empresa, pero quedarían cerradas otras modalidades no tipificadas en ese concepto.

El artículo 38 CE proclama la libertad de empresa como libre iniciativa privada en materia económica. El principio de libre asociación y de autonomía privada no excluye que existan sociedades sin ánimo de lucro, pero en todo caso es la legalidad la que debe interpretarse desde la Constitución y no a la inversa.

La interpretación restrictiva dejaría fuera las cooperativas. Si se excluye el criterio del ánimo de lucro quedan comprendidas y, en consecuencia, gozan de la garantía frente a cualquier lesión o intromisión de poder público.

b) *Derechos de los socios*

El interés común exige que se cumplan los estatutos, pero siempre que sean conformes a la Constitución y a las leyes y en la promoción de sociedades no acceder a los tipos previstos sin cumplir las leyes.

El socio acepta el cambio de condiciones que corresponden a la mayoría estatutariamente prevista, y puede evitarlo abandonando.

Las reglas de la libertad se extienden a estos aspectos: a) elección de la sede o domicilio social; b) elección de fines, libertad de fines comunes; c) elección de nombre; d) dotarse de estatutos propios; e) libertad de contenido.

La libertad negativa consiste en no crear y abandonar la organización.

Tampoco los colegios profesionales son asociaciones, aunque la afiliación sea obligatoria. La creación del colegio debe hacerse por Ley.

La libertad y la ley

El capítulo IX lleva por título Asociación y ley. Este capítulo versa sobre el ámbito de aplicación que algunos llaman Constitución en sentido material. En él se exponen dos aspectos del máximo interés que, a mi juicio, corresponden al problema general de la «tensión» entre ley y libertad, y al problema particular de las competencias. El primero de ellos se refiere a la tensión entre la libertad configuradora y la ley con las injerencias del poder público. El segundo atiende al «conflicto» entre principios, como el de igualdad y diversidad que se suscitan en las reglas que delimitan la competencia. El alcance del artículo 149.1.1 CE en materia de asociaciones cierra el capítulo asociación y ley en torno a las competencias autonómicas y las leyes territoriales de asociaciones.

Para el autor la libertad configuradora no se agota en una lista cerrada de tipos asociativos. Como libertad está abierta, se interpreta en sentido amplio. Ahora bien, en el contexto funcional cuenta con la ley, en particular por exigencia de evitar eventuales perjuicios de terceros. Los preceptos concretos que regulan cada tipo asociativo son siempre aplicables, «al margen pero no en contra» de las reglas constitucionales. De manera que la interpretación de los preceptos que regulan los tipos establecidos es compartida con la interpretación constitucional entre las que no cabe oposición. La extensión de la libertad configuradora viene a ser la regla general aplicable en cualquier caso como criterio razonable para resolver problemas.

En el conflicto entre principios de igualdad y diversidad que se suscitan a efectos de competencia la solución no coincide con una regla general de que puedan seguirse consecuencias sino que requiere un método empírico del caso concreto, no deductivo.

Como ya se ha dicho antes, se detiene el autor en esas otras reglas que globalmente se califican de secundarias como las que regulan las competencias. El problema del reparto de competencias entre el Estado y Comunidades autonómicas en materia de derechos fundamentales suscita numerosas cuestiones. A ellas atiende el título competencial previsto en el artículo 149.1.1. Artículo que habilita al Estado para regular el contenido primario del derecho, que abarca las posiciones fundamentales, las condiciones básicas y los límites esenciales en el ejercicio del derecho de asociación.

La repetida STC de 173/1998 indica los títulos competenciales, con argumentos que el profesor pondera como poco matizados. Parece, en efecto, más oportuna su opinión de atender caso por caso a los títulos competenciales afectados.

En la vertiente interna

Los requisitos mínimos indispensables comprenden la organización (autonomía organizativa), el funcionamiento interno, la determinación y cumplimiento de los estatutos propios, los derechos y deberes de los asociados.

En cuanto a la organización, la asociación tiene personalidad jurídica propia y en la actividad externa sólo pueden actuar por ella sus representantes orgánicos. En cuanto al desenvolvimiento interno cualquiera puede darse de baja en la asociación, lo que no obsta a que continúen vigentes las obligaciones contractuales ya contraídas respecto de la misma.

La unidad jurídica y moral que constituye la asociación es la medida del acto de integración. En ella se basa el principio constitucional de reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas jurídicas.

Apreciación de conjunto

No es posible agotar en corto espacio una descripción amplia y detallada de cuantos matices y pormenores contienen cada uno de los extremos analizados en esta obra. De su lectura atenta cabe destacar el riguroso empleo de la técnica jurídica para identificar y reordenar el núcleo principal de las cuestiones tratadas, la aplicación de criterios objetivos en la interpretación jurídica, la manera de conducir el conocimiento –la fijación de conceptos– a los modos de aplicación práctica y siempre con referencia, favorable o crítica, a las resoluciones de los tribunales, ponderada con la finura de quien fuera profesional al servicio del Tribunal Constitucional. Es encomiable la labor de calificación efectuada sin perderse ni sobreabundar en las notas comunes y diferencias. La decidida fundamentación en el derecho de libertad permite al autor trazar los confines de la garantía constitucional entre lo permitido y lo excluido cuando existen dudas para la toma de decisión interpretativa.

En definitiva, este libro es un buen exponente de la apreciable labor realizada en la exégesis de una norma fundamental, sobre la calificación de los tipos asociativos, la fundamentación y análisis en la selección de criterios y razones jurídicas para ilustrar las posibles soluciones a problemas suscitados en la práctica. Por la materia tratada ofrece un estudio sugerente para volver sobre la personalidad jurídica desde su desenvolvimiento constitucional. La persona jurídica es una de las aportaciones de la ciencia del Derecho que resulta hoy indispensable en el desenvolvimiento económico, social y político de la sociedad moderna. El ámbito constitucionalmente garantizado de la personalidad jurídica permite una clara visión de la titularidad de derechos fundamentales. En la interpretación correcta de las reglas constitucionales encuentran la precisión y claridad de las leyes un sólido apoyo. Finalmente, es de agradecer la extensa y selecta bibliografía recogida en el libro hasta el momento de la publicación.

José Antonio DORAL GARCÍA

JEREZ DELGADO, Carmen: *Tradición y Registro, Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2004, 338 pp.

Hay muchos rasgos comunes entre este libro de Carmen Jerez y otras obras por ella escritas (*Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos, Hacia la inscripción constitutiva, La buena fe registral*): la elección de un tema importante, a la vez que complejo, y, por supuesto, el excelente conocimiento que del Derecho patrimonial demuestra poseer la autora. En síntesis, esta monografía trata de analizar la relación existente entre el artículo 1462 CC y el Registro de la Propiedad. Desde el punto de vista doctrinal parece admitirse que la inscripción requiere previa tradición, pero es preciso resolver, y es precisamente en lo que se detiene la autora, cómo es la tradición que requiere la inscripción. A título ejemplificativo, ¿se considera suficiente la escritura pública de venta otorgada por el propietario, sea o no poseedor? La doctrina

no está de acuerdo en este punto debido a la diversa interpretación que admite el artículo 1462 CC. Para Carmen Jerez la correcta comprensión de este interrogante de si el sistema exige o no la cesión de la posesión del *tradens* para la transmisión de la propiedad exige diferenciar diversos planos, el obligacional, el jurídico-real civil y el registral. Este planteamiento del problema me parece uno de los grandes méritos de la autora, que logra deshacer, a lo largo de sus páginas, esta sombra de duda sobre la existencia de una cierta incompatibilidad entre la Ley Hipotecaria y el Código civil, entre inscripción y tradición o entre publicidad registral y la doctrina del título y el modo. La unidad o la armonización son quizás las palabras que mejor definen el presente trabajo de Carmen Jerez, por un lado, porque un precepto, el artículo 1462 CC, le ha permitido examinar buena parte del ordenamiento jurídico-civil y con ello descubrir los nexos entre las diversas materias del mismo. Por otro lado, esta tendencia a la unidad como ideal se vislumbra hasta en el propio método de trabajo utilizado, de manera que la autora refleja las diversas posturas doctrinales en torno a la cuestión, no con el fin de resaltar las diferencias entre ellas —que obviamente las hay—, sino de armonizar las distintas tesis destacando los puntos en que confluyen.

Este planteamiento de Carmen Jerez, desde el que ella piensa que ha de resolverse el posible conflicto entre la tradición y la inscripción, ha quedado muy bien reflejado en la propia estructura de la obra, que se divide, tras unas páginas iniciales dedicadas a explicar el problema objeto de examen (pp. 27 a 69), en dos partes bien diferenciadas, la primera parte, dedicada a la perspectiva civil (pp. 71 a 245) y la segunda a la perspectiva hipotecaria (pp. 247 a 321). Sin duda otro de los méritos de la autora es la originalidad de la propia estructura, cuya razón de ser pienso que son los motivos de fondo antes apuntados.

Primera parte del trabajo: Perspectiva civil.—Según la autora la tradición que exige la inscripción en el Registro de la Propiedad es exactamente la tradición a la que alude el artículo 609 CC, es decir, la tradición que concurre con las circunstancias necesarias para que produzca efectos la modificación jurídico-real en el ámbito extraregistral y se genere la consiguiente adquisición de la propiedad derivada de contrato. El objetivo de esta primera parte del trabajo es el análisis de una doble cuestión: Primero, qué presupuestos se requieren para que surta efectos la tradición a la que se refiere el artículo 609 CC; segundo, en qué circunstancias el Registrador de la Propiedad puede considerar acreditada la tradición del artículo 609 CC. Para la resolución de una y otra cuestión toma como base el contrato de compraventa, en cuanto éste representa el contrato adquisitivo por excelencia.

En relación con el primer aspecto, las circunstancias que han de concurrir en el ordenamiento jurídico español para que surta efectos la transmisión de la propiedad fuera del Registro de la Propiedad son las siguientes: 1) Titularidad en el *tradens* 2) Contrato (título de adquisición) 3) Modo. Carmen Jerez se dedica a analizar a fondo cada una de ellas y para ello desarrolla, en varios epígrafes, el contrato como título de adquisición, la entrega como clave de la tradición, la interpretación del artículo 1462.I CC (aborda el estudio de la expresión «poder y posesión» y los significados asociados a la palabra «entrega»), las formas de entrega y la transmisión de la propiedad y, por último, la tradición como exteriorización formal del momento en que se produce la modificación jurídico-real. Cómo realiza sus reflexiones: con la ayuda de abundantes casos extraídos de la jurisprudencia. Este método de

trabajo basado en un exhaustivo estudio de la jurisprudencia también merece la pena destacarse como un logro de la autora, que es una constante a lo largo de toda la obra. La jurisprudencia que utiliza es la relativa a la transmisión de la propiedad de los últimos once años (1993-2003). Ni que decir tiene que la autora ha hecho un meritorio esfuerzo, ya no sólo por la selección de las resoluciones, sino sobre todo por su pertinente clasificación en función de las reflexiones que en cada momento de la obra va haciendo.

Un segundo aspecto que analiza en esta primera parte de la obra son las circunstancias que han de concurrir para que el Registrador de la Propiedad pueda entender probada la tradición. El segundo párrafo del artículo 1462 CC declara que el otorgamiento de escritura pública es un medio apto para la cesión del poder sobre la cosa; constituye, pues, una forma de entrega admitida. Pero según la autora una cosa es afirmar que la escritura pública es un medio apto para transmitir la propiedad y otra distinta es afirmar que necesariamente produce tal efecto. Señala varios casos, siempre con continuas referencias jurisprudenciales, en que la escritura no transmite la propiedad: cuando el contrato sea nulo o inexistente (por ejemplo, estamos ante un negocio simulado), cuando el *tradens* carezca de la propiedad y, por tanto, del poder de disponer (caso de la venta de cosa ajena, en este supuesto matiza cómo no puede confundirse la nulidad del acto de entrega con la nulidad del contrato), cuando resulte de la escritura o se deduzca claramente de ella que no equivale a la entrega (tal y como dispone el art. 1462.II CC), cuando la cosa no exista al tiempo de otorgarse la escritura pública (supuesto de la escritura pública de cesión de solar a cambio de precio y de local a construir) y, por último, cuando el objeto del contrato sea un bien corporal y el presunto *tradens* no tenga la posesión (ni inmediata ni mediata) al tiempo de otorgarse la escritura pública.

La calificación registral examina la existencia de tradición y su eficacia exclusivamente a través de los elementos probatorios formales que acceden al Registro de la Propiedad y de los propios asientos registrales (conforme a éstos es presumible la posesión en el vendedor titular registral, art. 38 LH). Por consiguiente, el Registrador no tiene el deber de averiguar si al tiempo de otorgarse la escritura pública de venta el *tradens* había sido despojado de la posesión. La conclusión entonces es clara: la cuestión de si el segundo párrafo del artículo 1462 CC requiere o no posesión en el *tradens* para considerar transmitida la propiedad, en principio no incide de modo directo en la calificación registral, salvo que el Registrador tenga constancia de que la realidad posesoria es distinta de la presumible conforme al Registro de la Propiedad. No obstante, para la autora puede acceder al Registro el cambio de titularidad a favor del comprador en aquellos casos en que de la misma escritura se deduzca que no hubo cesión de la posesión, por ejemplo, porque consta el reconocimiento del vendedor de haber sido despojado del bien, siempre y cuando los contratantes estén de acuerdo en la transmisión de la propiedad. Es una posibilidad que no cabe imponer, por tanto, a ninguna de las partes contratantes. Según Carmen Jerez el objeto de la compraventa consiste en algo más que en la acción reivindicatoria, se trata de una propiedad desgajada de la posesión que pasa a convertirse en un valor negociable. En el caso de que el comprador haya ejecutado de modo diligente la acción reivindicatoria y no haya obtenido éxito, siempre puede dirigirse al vendedor para exigirle la resolución del contrato por incumplimiento.

Segunda parte del trabajo: Conexión con la perspectiva hipotecaria.—En esta parte Carmen Jerez estudia las consecuencias que puede tener el hecho

de que la modificación jurídico-real conste en el Registro de la Propiedad tanto en el ámbito del Derecho hipotecario como en el ámbito del Derecho sustantivo material, aun cuando la modificación jurídico-real que se estimó suficientemente acreditada no se hubiera producido en la realidad extraregistral. Como dice la autora, la inscripción en el Registro concede al titular inscrito una protección que es impensable fuera del Registro de la Propiedad. La inscripción tiene, en primer lugar, un efecto declarativo de la modificación jurídico-real, esto es, se limita a declarar que la modificación jurídico-real ha tenido lugar, de acuerdo con la documentación presentada y con los datos que resultan del propio Registro de la Propiedad. Por tanto, la inscripción registral no equivale, no suple, ni a la entrega ni a la tradición. Esta afirmación resulta válida para Carmen Jerez incluso en el contexto del artículo 1473. II CC, que regula la doble venta. Para ella es un precepto cuya finalidad es la determinación de los criterios jerárquicamente ordenados para concluir cuál es el título de adquisición tutelado, pero en absoluto trata de regular el mecanismo adquisitivo ordinario.

En segundo lugar, destaca el efecto probatorio de la inscripción. La inscripción en el Registro de la Propiedad lleva asociados efectos que no son predicables de la toma de razón en otro tipo de Registros (como, por ejemplo, los administrativos). La inscripción en el Registro de la Propiedad no sólo declara que se ha producido la modificación jurídico-real, sino que la hace oficialmente pública. El principio de legitimación registral, plasmado en el artículo 38 LH, es la máxima manifestación de la eficacia probatoria de la inscripción registral. No sólo se presume que el titular registral es el propietario, sino que además se presume que es el poseedor (se trata de presunciones *iuris tantum* que llevan consigo una inversión de la carga de la prueba, que corresponderá a quien mantenga lo contrario). Este efecto probatorio de la inscripción en el Registro de la Propiedad se traduce en la seguridad jurídica del propio derecho (podríamos hablar de seguridad subjetiva); el titular registral cuenta con las mejores garantías de una protección eficaz frente a terceros (arts. 38 y 319 LH).

Por último, la inscripción en el Registro de la Propiedad lleva asociadas también importantes consecuencias en orden a proporcionar una garantía de la seguridad del tráfico jurídico (arts. 32, 34, 37 LH y 1473 CC) (aquí podría hablarse de seguridad objetiva), aún a costa de no proteger en ocasiones al *verus dominus* (no inscrito), despojándole de su derecho a favor del titular inscrito que reúne los requisitos mínimos para que el sistema se incline por su tutela. Analiza la autora los artículos 32 y 34 LH, entendiendo que la clave en que han de ser leídos dichos preceptos no es tanto la autonomía de la voluntad o el interés de los particulares cuanto la seguridad del tráfico jurídico o el interés general, porque es precisamente este último criterio el que da sentido a aquellas normas. Sin duda las reglas que reglamentan los intereses entre particulares fuera del Registro de la Propiedad pueden quedar subordinadas al Derecho registral, cuando entran en conflicto con el derecho inscrito.

Por último, además de las muchas cualidades ya apuntadas antes que posee esta monografía (el rigor, la originalidad en su estructura y desarrollo, el interés por una visión práctica de la materia, la cantidad y calidad de la información que aporta para cualquier estudioso de este tema), me gustaría resaltar una de ellas, que además es puesta de relieve de modo significativo por el profesor Antonio Manuel Morales Moreno en el prólogo que hace a la obra (p.14) : «*El espíritu de creatividad que la autora ha sabido impregnarle*

incita al lector a reflexionar sobre los problemas propuestos y le invita a participar con la autora en la búsqueda de soluciones». Tal talante creativo, que los que conocemos a la autora sabemos que posee en muchas otras facetas de la vida, es, sin duda, uno de los rasgos más sobresalientes de esta monografía.

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

MARTÍN RODRÍGUEZ, María Ángeles: *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2006, 254 pp.

1. La duplicitud normativa en materia de Teoría General del Derecho de las Obligaciones y Contratos civiles y mercantiles se basaría en parte en el hecho cierto de que la codificación mercantil precedió en el tiempo a la codificación civil, lo que provocó que en algunas materias el Código de comercio pasase muy por encima, ante la inminente publicación del Código civil, precisamente por su inexistencia, en algunas materias que no corresponden a un derecho especial. Tras la publicación de ambos códigos, se desarrolló un importante debate entre los autores partidarios de la autonomía del Derecho mercantil y aquellos otros que, por el contrario, defendían la unificación de ambos. El efecto ha llegado hasta nuestros días, dado que la coordinación legislativa sólo operó a medias, en forma de un escaso número de reglas generales de legislación mercantil en materia de contratación. En concreto, siguen manteniéndose en el Código de comercio catorce artículos (del 50 al 63), que provocan una concurrencia en la regulación de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles desde el punto de vista de la Teoría General.

A esta concurrencia se añade la dificultad de encontrar un criterio único que permita distinguir entre un contrato civil y uno mercantil, dado que el propio Código de comercio sigue un criterio de calificación múltiple (subjetivo, objetivo, real o formal) y no único. Así, por ejemplo, mientras en la compraventa el criterio diferenciador sería el objetivo de venta lucrativa, en el depósito, préstamo o comisión es el subjetivo de la presencia de un comerciante.

De manera que si la distinta calificación jurídica, como civil o mercantil, condujese a consecuencias jurídico-prácticas diferentes a la hora de aplicar un régimen u otro dentro de la Teoría General de la obligación y el contrato, estaría en principio justificada la existencia de dos regulaciones. En este caso sería importante fijar un criterio único de distinción en aras a una mayor seguridad jurídica. Si por el contrario la distinta calificación no implica llegar a resultados prácticos diferentes, carece de sentido seguir manteniendo dos preceptos contenidos en diferentes cuerpos legales que establecen lo mismo y se debería plantear la posibilidad de suprimir una regulación. La unificación de la Teoría General de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles es un tema largamente discutido por la doctrina, así como una realidad legislativa en algunos países europeos.

A ello hay que añadir que el marco que subyace, acorde con la realidad económica reciente, es el de un doble proceso: de «generalización o extensión del Derecho mercantil» (utilización generalizada de instituciones que tradicionalmente han correspondido al mundo del comercio para cualquier persona o situación) y de comercialización del Derecho civil (progresivo traspaso al campo del Derecho civil de normas e instituciones jurídicas, originariamente dictadas para satisfacer necesidades peculiares del tráfico mercantil). Estos fenómenos determinan que la línea que separa ambas materias se encuentre cada vez más debilitada y que sea mayor la dificultad para diferenciar los actos regulados por una u otra disciplina.

Con todos estos elementos María Angeles Martín Rodríguez realiza un exhaustivo análisis de las instituciones sometidas a doble regulación, civil y mercantil, en materia de Teoría General de obligaciones y contratos, con una comparación de ambas normativas resaltando paralelismos y tratando de resolver contradicciones. Este estudio se realiza a través del análisis de la jurisprudencia, del derecho comparado, de la doctrina, de la tendencia legislativa actual y con la experiencia de la evolución histórica del Derecho mercantil que permite comprobar si actualmente existen las condiciones y es necesario cubrir la finalidad con que nació este Derecho especial.

El resultado de este profuso estudio permite adoptar de manera fundamentada una postura en relación con el posible problema de la duplicidad legislativa.

2. El libro consta de cuatro capítulos: *La historia de la duplicidad legislativa civil y mercantil* (pp. 13 a 88); *La realidad actual de la duplicidad legislativa civil y mercantil: la coexistencia de los Códigos Civil y de Comercio* (pp. 89 a 110); *El significado práctico de la duplicidad legislativa en las teorías generales de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles: valoración de sus consecuencias reales, mediante el análisis de la jurisprudencia* (pp. 111 a 184), y *La unificación legislativa del Derecho de la contratación civil y mercantil, como posible vía de solución a la duplicidad normativa: en concreto, la posible unificación de la teoría general de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles* (pp. 185 a 239).

3. Corresponde ahora analizar los puntos más relevantes de cada uno de estos capítulos.

3.1 El primero de aquéllos toma como punto de partida del repaso histórico del nacimiento y desarrollo del Derecho mercantil la época romana. Se admite de manera generalizada la idea de que en Roma no puede hablarse de la existencia de un Derecho mercantil como Derecho especial, habiendo, por tanto, una unidad del Derecho privado. La causa se encuentra en que en este periodo el ordenamiento jurídico común cubre las necesidades del tráfico económico. Por tanto una primera consideración que cabe apreciar es que el Derecho mercantil como producto o categoría histórica, surge de la necesidad del tráfico, cuando el Derecho civil resulta insuficiente para resolver las nuevas exigencias. De manera que el Derecho mercantil especial se constituirá como tal posteriormente como respuesta obligada a las nuevas necesidades surgidas en la Edad Media. Dado que el sistema romano de Derecho civil ofrecía bastante flexibilidad y adaptabilidad para satisfacer las especiales necesidades del comercio. Además con objeto de facilitar las relaciones comerciales con los extranjeros se crea progresivamente un conjunto de normas no formalistas aplicables a todo hombre libre sin referencia a su nacionalidad. Este conjunto de normas recibe la denominación de «*Ius gentium*». Pero el «*Ius gentium*» no se

desarrolla al margen del «*Jus civile*», sino que lo complementa, surge para adaptar éste a las nuevas exigencias y termina unificándose con él.

3.2 A continuación se analiza la etapa histórica que va desde la Edad Media hasta la Codificación. La Edad Media es el momento histórico donde se sitúa la aparición y comienzo del desarrollo del Derecho mercantil, como derecho especial, frente al Derecho civil, como común. Surge como consecuencia de las nuevas exigencias o necesidades socioeconómicas de esta época. El desarrollo de la ciudad como centro de consumo, de cambio y de producción, da lugar a dos tipos de comercio: el puramente local y el gran comercio. En este último participan a través de las «ferias» solamente comerciantes profesionales. En las ciudades la actividad económica gira en torno a las corporaciones, gremios y asociaciones profesionales de mercaderes y artesanos. De esta manera el concepto de Derecho mercantil se construye en un primer momento sobre el concepto económico del comercio. Es un derecho de «clase» y de «actividad», la de los comerciantes en el ejercicio del comercio.

En un segundo momento, desde el Renacimiento hasta la Revolución francesa, se asiste a un proceso de conversión (influenciado por el mercantilismo que tiende al fortalecimiento del Estado a través de una economía controlada y promueve el desarrollo industrial), desde un derecho inicialmente consuetudinario, creado, interpretado y aplicado por los mercaderes, a un derecho mercantil nacional y legislado por el monarca.

Igualmente este Derecho mercantil subjetivo y profesional, que se crea y aplica por los comerciantes y sus corporaciones comienza a experimentar un proceso de objetivación, dado que empieza a aplicarse a quienes sin ser comerciantes realizan esporádicamente actos o utilizan instituciones jurídicas que fueron creación exclusiva de los comerciantes, empleando para ello la ficción de considerar comerciante al que no lo era para poder aplicarle el Derecho mercantil.

3.3 La segunda mitad del siglo XVIII marca una nueva época en la evolución histórica del Derecho mercantil. En ella se pasa de un criterio profesional o subjetivo (nació como un sistema jurídico subjetivo), a un criterio objetivo, sin relación con la profesionalidad. De manera que su aplicación y delimitación se determinan por la simple concurrencia de un criterio objetivo: la naturaleza del acto, independiente de la condición del sujeto que lo ejecuta. La unificación del poder que tiene lugar en este momento histórico exige una unificación del derecho que se logra gracias a la Codificación, que garantiza la igualdad en la aplicación de la ley para todos los ciudadanos.

Es el origen de un nuevo Derecho mercantil basado en el concepto objetivo de «acto de comercio», separándose el acto y su autor. Convertir al «acto objetivo de comercio» en la razón y justificación de la existencia separada del Derecho mercantil presenta la dificultad de encontrar un elemento común a todos los «actos de comercio» que permita distinguirlos, aparte de que se da el mismo tratamiento al acto de comercio profesional y al acto de comercio aislado. Estas dificultades que suponen la insuficiencia de la teoría de los «actos de comercio» como criterio para fundamentar la existencia del Derecho mercantil, llevan a buscar nuevos criterios de justificación.

3.4 Dichos criterios se basan, por un lado, en la concepción del Derecho mercantil como Derecho de los «actos realizados en masa» y, por otro, en el Derecho de la empresa. Se pretende que frente al acto aislado de comercio el

protagonista de la actividad económica sea ahora el acto en masa. Masificación en la producción, que es posible gracias a un nuevo elemento: la empresa.

Sin embargo este objetivo de encontrar de manera definitiva el verdadero fundamento y los límites del ordenamiento jurídico mercantil como Derecho especial queda frustrado. Por una parte, ni toda la repetición de actos conduce forzosamente al campo mercantil, ni todo el Derecho mercantil puede reducirse al ejercicio de actos en masa y, por otra, la empresa es institución propia de cualquier sector del Derecho patrimonial, no sólo del Derecho mercantil, dado que forman parte de su contenido otras materias: Derecho administrativo, Derecho fiscal o Derecho laboral. De manera que ninguno de estos dos criterios satisface plenamente la necesidad de acotar el Derecho mercantil. En definitiva ninguna de las tres teorías principales de defensa de la autonomía del Derecho mercantil: «Derecho regulador de los actos de comercio», «Derecho de los actos de comercio realizados en masa» y «Derecho mercantil de las empresas» alcanzan con éxito el objetivo de encontrar el criterio de justificación de la existencia del Derecho mercantil frente al Derecho civil.

4. En el capítulo segundo, dado que del análisis de la evolución histórica del Derecho mercantil no se ha podido extraer el criterio científico que permita separarlo del Derecho civil, Martín Rodríguez pasa a analizar la situación actual de coexistencia de dos códigos con la intención de determinar si existe y cuáles son, en su caso, las zonas de duplicidad o concurrencia legislativa y su posible significado práctico. De manera que a la hora de aplicar la norma jurídica a un supuesto de hecho, éste puede estar regulado por las dos disciplinas, en ocasiones estableciendo cosas distintas, pero en otras manteniendo exactamente lo mismo.

La relación que en principio impera entre ambas normativas es la de supletoriedad tal y como establecen los artículos 2 y 50 CCO y el 4.3.^º CC, si bien el Tribunal Supremo en muchas ocasiones las aplica de manera cumulativa. Igualmente es indudable la existencia de instituciones intransferibles entre ambas disciplinas, que permitirían que admitida la posibilidad de la unificación, el Derecho mercantil no perdiese su autonomía. Ejemplos de este tipo de zonas jurídicas de no concurrencia son el estatuto del comerciante, tanto individual como social, y las operaciones bursátiles.

Es en las zonas de conflicto o de concurrencia, aquellas que poseen una doble regulación, donde se plantea el problema de aplicación, dada la ausencia de un verdadero criterio uniforme para calificar el supuesto como mercantil. Dentro de estas zonas, el objeto del análisis se centra en la Teoría General de las Obligaciones y Contratos civiles y mercantiles.

En primer lugar se analiza el doble tratamiento jurídico de la Teoría General de la Obligación civil y mercantil. En este sentido hay que tener en cuenta que no existe un concepto de obligación mercantil distinto del civil, por tanto el concepto de obligación es general y aplicable igual al ámbito civil que al mercantil. De manera que una obligación será mercantil porque así la califique la ley o por derivar de un contrato mercantil o de un acto de comercio. Tan sólo tres artículos del Código de comercio se refieren a las obligaciones mercantiles (arts. 61, 62 y 63), recogiendo las posibles especialidades mercantiles en materia de obligaciones, mientras que en todo lo relativo a la naturaleza, efectos, clases y extinción de las obligaciones rigen los artículos 1094 y ss. CC.

Respecto al doble tratamiento jurídico de la Teoría General del Contrato, también en este caso, el concepto general de contrato se encuentra recogido sólo en el Código civil (art. 1254). Las normas ordenadoras de la

Teoría General del Contrato serán comunes a los contratos civiles y mercantiles y deberán buscarse en el Código civil a cuyas disposiciones se remite el Código de comercio expresamente en su artículo 50. Mientras que en los catorce artículos dedicados a las «Disposiciones generales sobre los contratos de comercio» (tres de los cuales señalados anteriormente se destinan a regular las obligaciones mercantiles) se recogen reglas que pueden ser consideradas, en principio, como especiales.

En cuanto a los contratos en particular, son siete los contratos con presencia en ambos códigos.

5. El tercer capítulo, una vez identificadas en el ámbito teórico las parcelas de duplicidad legislativa, hace referencia a la determinación de si existen o no consecuencias jurídicas prácticas diferentes, en función del carácter civil o mercantil del contrato y de la obligación, a través de un análisis minucioso de la jurisprudencia.

5.1 En el primer punto de este capítulo se analizan gran cantidad de sentencias donde se discuten instituciones que el Código de comercio regula en su Teoría General de la Obligación Mercantil. La primera de estas instituciones sometida a doble regulación es el término de cumplimiento de la obligación, que se regula en los artículos 1128 y 1124.3 CC y 61 CCO. En el caso de los artículos 1128 CC y 61 CCO la regulación no coordinada podría ser suplida si se entiende que el artículo 1128 no intenta establecer un nuevo plazo de gracia o cortesía no pactado, sino que, por el contrario, tiene como función la concreción del plazo pactado tácitamente y de forma previa por las partes, así, el Tribunal a instancia del acreedor fija el plazo establecido de manera tácita por las partes. El artículo 1128 confiere simplemente al Juez la facultad de integrar la voluntad presunta de las partes. De la misma forma, el artículo 61 CCO, no permite el establecimiento de un plazo no pactado por las partes o establecido por la ley. De esta manera ambos artículos, antes de contradecirse lo que harían es complementarse. Respecto a la regulación contradictoria contenida en los artículos 1124.3 CC (que permite al Tribunal la concesión de un nuevo plazo de cumplimiento siempre que existan causas que lo justifiquen) y 61 CCO (que prohíbe los términos de gracia o cortesía), hay que señalar que la aplicación del artículo 1124 a las obligaciones mercantiles a la luz de las sentencias estudiadas, no conduce a los mismos resultados prácticos en presencia de un contrato civil y en presencia de un contrato mercantil, de manera que solamente se aplica el artículo 1124 CC al contrato mercantil cuando se está ante un supuesto de incumplimiento definitivo por inadecuación de la prestación y, por tanto, insatisfacción del acreedor, que provoca no la fijación de un término de gracia o cortesía, sino su resolución.

En general, fuera de los términos de cumplimiento expresos o tácitos establecidos por las partes o los expresos establecidos en una «disposición terminante de derecho» no se admiten otros. Como tampoco admite otros el Código civil que lo que sí permite es que los Tribunales fijen la duración del término cuando éste sea tácito, al igual que el mercantil, y cuando haya quedado a voluntad del deudor. Como se estudia en el análisis de derecho comparado del capítulo siguiente, tanto el Código civil italiano como el Código de las obligaciones suizo, permiten la posibilidad de que el plazo de cumplimiento de la obligación, civil o mercantil, quede en manos del Tribunal en determinadas ocasiones.

La segunda institución es la exigibilidad de la obligación pura (aquella que no tiene término fijado por las partes o la ley) que se regula en el artículo 62

CCO y en el 1113 CC, con un diferente tratamiento jurídico. El funcionamiento a crédito en el tráfico mercantil provoca que las prestaciones no se puedan exigir inmediatamente como ocurre en el tráfico civil. Esta distinta regulación hace que los Tribunales apliquen la legislación civil sobre exigibilidad de la obligación pura (art. 1113) a los contratos mercantiles en algunos supuestos en lugar de la específicamente mercantil como sería el artículo 62. Y, por el contrario, en otros se aplicaría específicamente el artículo 62, de manera que no existe un criterio único. Tanto en el Código civil italiano como en el Código de las obligaciones suizo, las obligaciones puras son exigibles inmediatamente.

La constitución en mora de la obligación es la tercera de las instituciones, que se contiene en los artículos 1100 CC y 63 CCO. El cumplimiento inexacto de la obligación por su retraso imputable al deudor, mora, es objeto de doble tratamiento jurídico civil y mercantil. Presentando la mora mercantil frente a la civil las especialidades de su carácter automático (sólo en el caso de que la obligación tenga fijado un día para su cumplimiento y lleve aparejada acción ordinaria) y la ausencia, en opinión de la doctrina, de culpabilidad en el deudor. Igualmente en este caso, el Tribunal a veces respeta el carácter automático de la mora mercantil y, en ocasiones, aplica los preceptos civiles a los contratos mercantiles, bien de manera exclusiva o bien de manera conjunta. Una interpretación integradora, daría lugar a que sólo las obligaciones puras, cuyo cumplimiento es inmediato, necesitaran de intimación por parte del acreedor, mientras que todas las demás sometidas a plazo, llegado éste y no existiendo cumplimiento, provocaran la mora de manera automática.

5.2 El segundo punto, con la misma metodología que el anterior, se dedica a las instituciones con doble regulación dentro de la Teoría General del Contrato, con la intención de determinar la existencia o no de consecuencias jurídico-prácticas diferentes en virtud de la calificación civil o mercantil del contrato.

La primera institución contractual presente en ambos códigos es la forma y prueba del contrato. Tanto el artículo 51 CCO como los artículos 1254, 1258 y 1278 CC consagran como principio general la libertad de forma. Las excepciones en Derecho mercantil se prevén en el artículo 52 CCO. En el Derecho civil también se exige la prestación del consentimiento de una forma concreta para determinados contratos (p. ej., art. 1280). Así la consideración civil o mercantil, de los contratos en general, es indiferente desde el punto de vista de aplicación práctica de las normas relativas a la forma.

En relación con la prueba, la derogación de los artículos dedicados a la misma (arts. 1214, 1215, 1226 y 1231 a 1253 CC) por la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, determina que la prueba se regule por los artículos 281 a 386 LEC, sin distinción entre contrato civil y contrato mercantil. Por lo que se puede decir que se ha llevado a cabo una unificación parcial en materia de prueba del contrato civil y mercantil, mediante esta ley procesal, al sacar del Código civil todos los artículos que regulaban la misma y llevarlos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo ésta de aplicación tanto para la resolución de conflictos civiles como mercantiles.

Respecto a la institución de la perfección del contrato hay que decir que en general los contratos se perfeccionan mediante la prestación del consentimiento recíproco, por la concurrencia de la oferta y la aceptación sobre los demás elementos esenciales del mismo, el objeto y la causa. No se plantea ningún problema cuando la declaración de aceptación y su conocimiento por parte del oferente sean simultáneas. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servi-

cios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en su DA 4.^a modifica los Código civil y de comercio en esta materia, en el sentido de darles un contenido único en cuanto al momento de perfección del contrato entre ausentes. Esta solución única acoge la teoría del conocimiento, con matices, de manera que el consentimiento, y con ello el contrato, existe desde que se conoce por el oferente la aceptación, o bien desde que remitida por el aceptante el oferente no puede desconocerla sin faltar a la buena fe.

La siguiente institución contractual es la interpretación del mismo. Las normas generales se encuentran recogidas en los artículos 1281 a 1289 CC, existiendo una serie de disposiciones específicas recogidas en el Código de comercio y aplicables a los contratos calificados de mercantiles. La pauta de la buena fe en el desarrollo del contrato se encuentra recogida de manera idéntica en los artículos 1258 y 1288 CC y 57 CCO. De manera que, sea un contrato civil o mercantil, desde la perspectiva de su interpretación de conformidad con la buena fe las consecuencias para las partes van a ser idénticas. Además tanto el artículo 57 como el 1281 establecen un criterio de interpretación objetiva basado en el sentido literal de las cláusulas. La interpretación del contrato parte de la voluntad expresada de los contratantes. En este mismo sentido el criterio del Código civil italiano es la búsqueda de la voluntad común de las partes y el Código de obligaciones suizo establece como pauta de interpretación «la real y común voluntad de las partes», en ambos casos sin distinguir el carácter del contrato.

El artículo 59 CCO es el segundo precepto dedicado a la interpretación del contrato mercantil y establece que si de la interpretación derivan dudas que no se puedan resolver aplicando las reglas legales o los usos de comercio o el Derecho común, se debe decidir la cuestión a favor del deudor. Esta solución contrasta con el criterio de la reciprocidad, equilibrando los intereses de los contratantes civiles, que recoge el artículo 1289 CC. Esta redacción del artículo 59, incongruente con el artículo 50 del mismo cuerpo legal, que lleva a algunos autores a sostener que el supuesto de hecho del artículo 59 no puede producirse, unida a la aplicación práctica, realizada en ocasiones, por parte del Tribunal del precepto civil a la resolución de conflictos mercantiles, pueden esgrimirse como argumentos a favor de la unificación en esta materia. En relación con los contratos sometidos a condiciones generales, redactadas previamente por una de las partes, hay que señalar que la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, no realiza ninguna distinción entre el contrato civil y el contrato mercantil, regulándose las condiciones generales de los contratos, cualesquiera que sean las partes contratantes.

Otra institución contractual sometida a doble regulación es la relativa al cumplimiento del contrato. Existe una norma específica para el cumplimiento del contrato mercantil recogida en el artículo 53 CCO, que establece la falta de efectos de las convenciones ilícitas. Igualmente el Código civil trata esta materia en los artículos 6.3, 1255 y 1275. De la lectura de todos ellos y a la luz de la jurisprudencia se puede afirmar que el contenido del artículo 53 puede considerarse superfluo, puesto que la ilicitud de los actos contrarios a la ley se predica de todos ellos sin necesidad de especificar si son o no mercantiles. La nulidad de los actos contrarios a la ley afecta a los contratos en general independientemente de cual sea su cualificación. Si el contrato es contrario a la ley será nulo, no existiendo diferente tratamiento de la ilicitud

en Derecho civil y Derecho mercantil. En este sentido se pronuncia también el Código civil italiano.

La institución de los contratos con cláusula penal se regula en el artículo 56 CCO que es aparentemente distinto al artículo 1153 CC. Sin embargo una interpretación unitaria de ambos artículos permitiría concluir que incumplido un contrato, el perjudicado podrá elegir entre el cumplimiento o la pena, no pudiendo elegirse ambos conjuntamente, salvo pacto expreso en contrario. De esta manera pese a la existencia de una regulación específica los resultados que se obtienen son los mismos.

La última institución contractual que se analiza es la del cómputo del tiempo en el contrato, que se contiene en los artículos 5 CC y 60 CCO. Parece claro que ambos artículos establecen una regulación del tiempo del cómputo de los contratos que se complementa.

6. El cuarto y último capítulo de la obra presenta, con la ayuda de un análisis doctrinal y de derecho comparado y apoyándose en los resultados de los capítulos anteriores, una posible solución a la doble regulación de la Teoría General de Obligación, en forma de una propuesta unificadora de las Teorías Generales de las Obligaciones y Contratos civiles y mercantiles. Esta postura, plausible desde el punto de vista de la autora, se basaría fundamentalmente en que ha quedado demostrado que apenas puede decirse que haya cinco preceptos que contengan verdaderas especialidades en relación con las obligaciones y contratos mercantiles y tampoco puede decirse que todos ellos sean contradictorios o incompatibles con las correspondientes normas del Código civil, siendo necesaria la aplicación supletoria del mismo y, acudiendo a ella el propio Código de comercio al comenzar su regulación de las obligaciones y contratos mercantiles con una llamada general en esta materia al Código civil en el artículo 50. De manera que la contratación está dominada en sus aspectos básicos por las reglas del Derecho común. Además ante la imposibilidad de encontrar un verdadero criterio cierto, real y exclusivo que permita distinguir claramente entre el Derecho mercantil, como especial, y el Derecho civil como común, la solución ofrecida por una parte de la doctrina al problema de la delimitación de los actos regulados tanto por el Código de comercio como por el Código civil, es igualmente la de la posible unificación del Derecho privado. A ello se añade la inseguridad jurídica provocada por la doble regulación.

La unificación de las normas sobre obligaciones y contratos civiles y mercantiles en lo que de común tengan no implica, en ningún caso, la desaparición del Derecho mercantil como rama autónoma del Derecho civil, sino simplemente la supresión de aquello que dificulte claramente la consideración de ambas como dos bloques jurídicos diferentes. Y ello básicamente por dos razones: primera, la existencia de instituciones mercantiles intransferibles al Derecho común y a la inversa, y segunda, porque la aparición de nuevas necesidades económicas sigue justificando la existencia del Derecho mercantil como Derecho especial del tráfico económico moderno.

El rango de posibilidades sobre la forma de llevar a cabo esta unificación, va desde la coexistencia de tres códigos, además de los de comercio y civil, que incluyan todas las normas propiamente mercantiles y civiles respectivamente, un código único de las obligaciones que trate de manera uniforme el derecho Patrimonial privado y donde se incluyan también los contratos que al generalizarse se han convertido en comunes (la existencia de una norma única facilitaría enormemente la tarea de aplicación del derecho), defendida

por Broseta y Garrigues, hasta la refundición en un solo cuerpo legal del derecho de la contratación, propuesta por Vicent Chulia.

En relación con las experiencias unificadoras, realidad legislativa en algunos países europeos, hay que destacar los casos de Inglaterra, donde dado que el *common law* respondía de manera eficaz a las exigencias planteadas por la realidad social y económica, el Derecho mercantil (*law merchant*) desaparece tras una corta existencia e Italia. Italia es el principal exponente en derecho comparado de la unificación del Derecho de la contratación; aquí sí se produce la unificación del Derecho de obligaciones, desapareciendo la distinción entre acto civil y acto de comercio.

La línea legislativa actual en España en relación con una posible unificación del Derecho patrimonial privado general no es única y así existen normas como las ya mencionadas Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Comercio Electrónico o Ley de Condiciones Generales de la Contratación que no establecen distinción alguna entre la regulación del contrato civil y del contrato mercantil, o la propia Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que en su artículo 1 extiende el presupuesto subjetivo de la norma respecto a cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, incluso contempla la posibilidad de concurso de una institución puramente civil como es la herencia. En este sentido la Exposición de Motivos de la norma habla de unidad de disciplina para deudores comerciantes y no comerciantes que se justifica en la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios. Estas unificaciones legislativas parciales en distintos ámbitos contractuales abonarían la tesis expuesta por Martín Rodríguez. Por el contrario otras normas, promulgadas los últimos años y no contempladas en la obra, como la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, conllevarían una evolución en el sentido opuesto. Esta Ley Orgánica (art. 2.1) supone la creación de unos nuevos juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil (Juzgados de lo Mercantil) que se justifican de un lado en las necesidades planteadas en la Ley 22/2003, Concursal, nótese su idéntica fecha de publicación, y de otro en la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo que aconseja avanzar en el proceso de la especialización, tal y como señala la Exposición de Motivos de la norma.

7. Para concluir con esta exposición sobre los puntos fundamentales, cabe señalar la importancia que supone esta actualización del debate que se ha mantenido durante largo tiempo entre los autores partidarios de la autonomía del Derecho mercantil y aquellos otros que defendían la unificación de ambos Códigos, civil y de comercio, en los aspectos sometidos a una doble regulación en la materia de la Teoría General de la obligación y la contratación. Aunque la postura de la autora, tras el análisis de las figuras sometidas a doble regulación, se expone con claridad y de manera fundamentada en su obra, queda en el lector acoger una u otra de las posiciones doctrinales que se mencionan. Son obras como ésta las que pueden ser un buen punto de partida de cara a un posible escenario futuro de unificación legislativa en la materia. En espera de una más clara y afianzada tendencia legisladora sobre el tema, *La unificación civil y mercantil en la contratación privada* constituye un libro de interés para adentrarse en el debate y profundizar en su análisis.

Carlos LÉRIDA NAVARRO
Universidad Autónoma de Madrid

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: *Realidad social y Jurisprudencia, Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, ed. Colex, 2005, 207 pp.

El libro que ahora comento se ocupa del rumbo seguido por la doctrina jurisprudencial en el desarrollo de uno de los aspectos del artículo 3.1 CC conforme a la redacción que recibió en la reforma del Título Preliminar el año 1974. Con un análisis directamente jurídico trata de fijar el empleo de la expresión «realidad social» como ha sido recibida, como canon hermenéutico de las normas, y despejar equívocos con otras modalidades de integración de vacíos normativos o especificación de conceptos jurídicos indeterminados.

Al acoger dicho precepto el elemento sociológico como parte integrante del proceso de interpretación de una norma la realidad social adquiere nuevo valor de complemento que sirve para encontrar respuesta a la cuestión jurídica planteada sobre el significado de una norma previa. Por esta finalidad de complemento se aparta de otras tendencias de carácter objetivo que quedan al margen de la normativa jurídica, o en zonas cubiertas por una reglamentación concreta de interpretación.

La realidad social cubre en estos casos en que no hay laguna de regulación o contenido la frontera temporal entre el dato a partir (que es la literalidad del precepto), y el elemento variable que complementa a su manera el sentido normativo objeto de interpretación. La interpenetración con otros elementos interpretativos y la coherencia con relación al espíritu y finalidad de la norma permite que esa frontera no sea una zona de inseguridad por incoherencia o contradicción con otros elementos.

El profesor Miguel Ángel Pérez Álvarez, catedrático de Derecho civil, subraya el hecho de que el «canon sociológico» ha pasado a ser un elemento habitual en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales. A través de un minucioso análisis de las abundantes resoluciones judiciales escogidas como ejemplo gráfico dentro de una lista más amplia de las empleadas para elaborar el trabajo desde 1878 a 2004, destaca aspectos y orientaciones que reflejan cumplidamente el interés actual de este estudio. Hasta el punto de que en la lectura del libro encuentra el lector no sólo una guía completa de la interpretación de las normas sino una prudente valoración crítica de la política de derecho en que se cimenta su aplicación por los tribunales.

Como eje central del trabajo expone las tendencias más significativas en el empleo de la expresión realidad social y las diversas funciones que cumple en la práctica. Los aspectos de la realidad social se ilustran en este libro con el cotejo de las motivaciones de cada una de las sentencias seleccionadas por ser más significativas. En su desarrollo el autor expone cómo se recibe la expresión en el artículo 3.1; de dónde procede; señala los aspectos de la realidad social empleados o explicitados por el Tribunal Supremo que la conforman en sede jurisprudencial; en qué casos se recurre a la realidad social por los tribunales. Carga el acento en la específica delimitación de la realidad social como objeto («en cuanto canon de interpretación»), y en la forma en que debiera ser invocada.

La distribución de la materia sobre que versa este libro es original y sugerente. No sigue el modo usual de la distribución por capítulos sino estructurado en torno a diez tesis y antítesis que componen el orden de la obra, precedidas de una consideración general y sistematizadas en la subsiguiente recapitulación final. El profesor Pérez Álvarez pone al servicio de estas tesis

y antítesis la sucinta exposición de los fallos de los Tribunales acompañada de su reflexión personal y una admonición. Estas observaciones reconducen al planteamiento general: «Este estudio, nos dice, va dirigido a fijar los contornos en que puede ser utilizado el canon sociológico. Contornos, añade, que, en mi opinión, no pueden ser sobrepasados en la aplicación judicial del Derecho».

Fijar el ámbito en que ha de ser empleado el canon sociológico requiere precisar el uso o utilización como elemento interpretativo, y el autor insiste en que ese ámbito no ha de ser sobrepasado. Se desprende de la argumentación seguida que entenderlo de otro modo contribuye a la confusión entre los diversos niveles de la realidad social con la realidad normativa.

Los casos en los que se invoca el artículo 3.1 para atribuir a la expresión legal «la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas» una función correctora de la norma escapan a su objeto. No faltan supuestos en que se invoca la realidad social por razones de comodidad como criterio simplificativo de la fundamentación del fallo. Incluso llega a emplearse como sucedáneo de otras técnicas en los casos en que no se trata de interpretar una norma previa o carentes de regulación, tales como el empleo incorrecto de la analogía, o del derecho supletorio, que son mecanismos distintos, o como versión genérica de la interpretación flexible, extensiva o restrictiva que resulta del tenor de la norma una vez interpretada (p. 66).

Estas distinciones y matices se presentan a lo largo del estudio desde la perspectiva general de la aplicación judicial del derecho. El título de la obra realidad social y jurisprudencia es expresivo de las actividades de interpretación y aplicación de las normas al caso concreto. La aplicación reviste particular complejidad cuando la realidad social ha cambiado y se precisa la adecuación del sentido de la ley a las circunstancias cambiantes.

Abundan en el libro argumentos convincentes para formar opinión en torno a la debatida cuestión acerca del valor vinculante del artículo 3.1 CC. El vocablo realidad es vasto en su contenido y el calificativo social añade las particulares exigencias del carácter axiomático. Los autores que han comentado el precepto siguen tendencias y direcciones diversas acerca de la influencia de los cambios, si estos factores tienen energía suficiente para fundamentar en ellos los fallos o resoluciones judiciales. En último término en qué casos autoriza al intérprete a corregir y en qué medida desplazar el contenido de la norma aplicable al caso, suspender su aplicación cuando no se ajusta al cambio producido, o acudir a la equidad si el fin originario es inalcanzable o si la inaplicabilidad se deduce del mismo resultado injusto que la aplicación acarrearía.

El autor recoge los antecedentes inmediatos del precepto que preparan el camino hasta la recepción actual del canon sociológico considerado como elemento interpretativo. Pone de relieve que dicho precepto no parte de cero en las 54 primeras páginas dedicadas a la descripción histórica. El relato aludido abarca desde el método histórico (que no se acoge, como confirma la sentencia «de carácter paradigmático» de 21 de noviembre de 1934, ponencia de Castán Tobeñas) hasta la recepción por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que sancionó el texto articulado del Título Preliminar. La Exposición de Motivos del texto articulado dice expresamente que «introduce un factor con cuyo empleo, ciertamente muy delicado, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquéllas».

En las consideraciones generales en torno a la realidad social «*ex*» artículo 3.1 CC el autor se remite a observaciones anteriormente expuestas en su brillante estudio sobre «Interpretación y jurisprudencia» (1994) que tuve ocasión de reseñar en esta misma Revista.

Precisamente en dicho trabajo el autor daba amplia cuenta del problema central del precepto como cauce de la acomodación del Derecho a la realidad social. Anunciaba entonces su deseo de volver más adelante sobre la materia allí tratada. Deseo a que responde cumplidamente –años después– el libro ahora en comentario donde destaca y valora el uso normativo. Se ocupa en este estudio de la función de encauzar y señalar los límites con los aspectos y orientaciones en que se toma la repetida expresión legal en el ámbito jurisprudencial.

Con su acreditado rigor científico separa el amplio repertorio de unas resoluciones que ponen el énfasis en el espíritu y finalidad de las normas como modo de determinar su sentido comparado con otras que al emplear la referida «realidad social de cada momento histórico» como factor determinante por si mismo del contenido y significado deforman o transforman la interpretación. Defiende el autor la firme convicción –«no ofrece duda»– de que «la realidad social resulta excluida como objeto de interpretación» (p. 59).

A partir de esta idea previa mantiene que el artículo 3.1 CC es una norma de normas: El artículo 3.1 CC, dice, «en cuanto regula la operatividad de otras normas es una norma sobre normas» (pp. 62 ss). Hallamos en las páginas de este libro la referencia al objeto a que se dirige el repetido precepto como mecanismo de interpretación y no como técnica de integración. De la problemática fundamental del precepto desde esta perspectiva se ocupa ya en la primera de las tesis.

Conforme a dicho presupuesto se comprende fácilmente por qué la realidad social asumida en el Código al referirse al objeto de la interpretación de las normas precisa una norma previa. Esta norma es precisamente la que genera y ordena la aplicación. De donde se sigue que se *trasvasa* su mandato en el caso de aplicarse a supuestos que no encajan en la norma o carentes de regulación legal. Por tratarse de un presupuesto su utilización como criterio interpretativo excluye que se atribuya a la realidad social el carácter de fuente.

La conclusión de sus reflexiones es tan clara como contundente. Se desprende de ellas la desaprobación de la práctica en contrario, de manera que no deben ser sobrepasados los contornos del precepto en su aplicación.

La lectura atenta de este libro facilita la respuesta a la pregunta sobre si el repetido precepto tiene por objeto una interpretación o significa una creación. Defiende el autor que la referencia a la realidad social del tiempo de aplicación que ha de ser atendida por el intérprete no puede sustituir, desplazar o sobreponer los cánones de interpretación que aclaran el ámbito o la *ratio legis* (espíritu y finalidad de la norma de la que se trata). Estas observaciones conducen a que los elementos interpretativos se interpenetren entre sí, enlazando el sentido originario de la *ratio legis* al sentido último adaptado a los cambios o nuevas necesidades surgidas en el momento de la aplicación. Puede decirse que con esa interpretación se salva la norma, no se transforma o se crea una norma nueva. Más aun, tal actividad creadora supondría un deslizamiento, con esquemas que no son nuestros, hacia la doctrina anglosajona del precedente, a la jurisprudencia sociológica en el mundo anglosajón que desplaza los antecedentes, o conduciría a la escuela del derecho libre en que el juez procede como legislador.

Considero de especial acierto los argumentos en que pone de relieve las consecuencias que se siguen de desvirtuar el proceso interpretativo reducido a un sólo elemento variable cortando la *relación a* que identifica el contexto sistemático, por más que este cambio venga impulsado por factores de tanto valor como los ideológicos, morales, económicos. La distinción entre la realidad social *ex artículo 3.1* y la referente al tiempo de la promulgación *ocasio legis* como elemento auxiliar para detectar el carácter singular o excepcional de la norma, es también importante para evitar el empleo del cauce sociológico como entidad correctora de las normas (señalada en la cuarta tesis, pp. 72 ss).

En efecto, la expresión realidad social reviste por sí misma el atractivo de las fórmulas sencillas para aclarar algo tan deslumbrante como «la conciencia moral de un pueblo». Pero el atractivo de las fórmulas simples se presta también al significado mediador de las representaciones personales, la concepción que el juez se forja de la realidad, aparte la distorsión o violación del sistema de fuentes formales. Advierte el autor del peligro de que una expresión de menor entidad se convierta en fuente de primer grado. Indirectamente conlleva la minusvaloración de otras de mayor rango. Esto explica que la oportunidad de la vigilancia crítica de la jurisprudencia por la doctrina autorizada resulte imprescindible.

Retomando lo anteriormente expuesto, la realidad social considerada como elemento interpretativo se coloca en posición de reciprocidad y complementariedad con otros elementos. En su conjunto éstos se ordenan de manera secundaria y subordinada al espíritu y finalidad de la norma de que se trata. De modo que se enlazan en la frontera del tiempo transcurrido (desde que comienza con la promulgación hasta que termina con la aplicación al caso concreto) a través del proceso interpretativo el sentido de lo que un precepto incluye o supone, lo que dice y lo que protege, con mayor o menor extensión. El tiempo une la realidad de lo presente con lo que va a suceder después. El vigor y la vigencia son la misma cosa. De ahí el interés de marcar los límites entre el empleo como canon interpretativo y su empleo en otro orden con fines correctores, por más que para resolver eventuales conflictos sirva de pretexto o justificación de una solución justa.

La confusión de papeles legislativo y judicial es ciertamente un riesgo de que la arbitrariedad se disfraze de norma; de que el reflejo realista de la expresión se llene de contenido arbitrario. Así ocurre si el intérprete atribuye poder bastante a sus formas de ver (cualquiera que sean sus opiniones) a la normalidad estadística tomada como fuerza legal determinante o identifica la notoriedad con convicciones preconstituidas para decidir.

No es infrecuente que el llamado mundo mediático al dar cuenta de noticias sobre esos factores ideológicos, sociales y morales construya realidades en la comunicación que es imprescindible para existir. Ni el juez es un especialista en la investigación de la ciencia social, ni el buen sentido es recurrir al método rutinario, ni la tendencia se interpreta a sí misma aislada del resto de la norma. Ello conduciría, con el pretexto de una mejor adaptación, a que el deber de observancia de la realidad normativa se degrade al mero reconocimiento de una realidad social con fuerza capaz de una remodelación sustitutiva de la precedente. Aunque no precise atenerse a todos los elementos interpretativos que el citado precepto enumera no debe quedar abandonada al arbitrio del intérprete la libertad de conmutar los fines. Cuestión distinta es que el juez no puede ignorar los profundos cambios tanto en el ámbito social como económico y jurídico y las nuevas realidades surgidas de ellos (en este

sentido la reciente STS de 15 de diciembre 2005, sobre una cláusula testamentaria excluyendo a los hijos adoptivos).

Riesgo que también se daría, con no menores consecuencias socialmente perjudiciales, de condensar en el otro polo el principio de inercia ante el inmovilismo o retraso de la actividad legislativa.

Aspecto distinto es excluir la aplicación de una norma establecida que queda vacía de sentido entre lo que dice y lo que protege o el contenido debe ser corregido, para lo que resulta oportuno acudir por otros mecanismos a los cambios sociales en la búsqueda de una solución justa en el caso concreto. La interpretación no vivifica lo muerto.

Tal actividad creadora es otra manifestación de la política jurídica. Por las mismas razones en que se apoya el argumento de que la costumbre es el mejor intérprete de la ley (lo que supone la razonabilidad de la ley), las reglas de interpretación de la ley no son adaptables si por desuso la norma pierde su fuerza o razón de ley. Pierde su fuerza de ley si el fin no se ordena al bien común que es una *necesidad* del Derecho y de la ley, criterio para enjuiciar las acciones humanas. Con empleo de un aforismo clásico si cesa el motivo que determinó su promulgación cesa la ley, sin necesidad de abrogación. En tales casos, observa con agudeza el autor del libro en comentario, sucede que la corrección se lleva a cabo con fundamento en el espíritu y finalidad de la norma que se trata de aplicar.

Cierto que en ocasiones no resulta fácil determinar ante la escala de los cambios hasta qué punto el foco de atracción conduce a un canon de interpretación «sobrepasado» o una originaria «creación» por las circunstancias que se acogen en supuestos no previstos. Las circunstancias surgidas con posterioridad a la promulgación de una norma entran sin duda en la apreciación por el juez ya que marcan las pautas para orientar la solución justa del caso concreto. Serán la prudencia y el buen sentido («ciertamente muy delicado») quienes llevan a deslindar los supuestos de adaptación o reajuste de la norma a la realidad social y los que han sobrepasado el espíritu y finalidad de la norma que se dice aplicada.

En definitiva la adaptación de las leyes a la realidad social de cada momento histórico es obra de la jurisprudencia, pero la interpretación libre y abierta a las necesidades tecnológicas o a las necesidades sociales del momento está sujeta a una escala de prioridades y no más allá del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

A lo largo de la exposición se observa el empleo jurisprudencial de la realidad social con la amplitud de criterios que orientan las materias más propicias a la evolución y transformación en los tiempos actuales (VII, pp. 131-152). El autor advierte que las instituciones jurídicas a que se refieren las sentencias citadas son las vigentes, con independencia de que ahora estén o no en vigor. La filiación, los alimentos, las formas y efectos de la convivencia *more uxorio*, pensión de viudedad, el trabajo y las circunstancias de la crisis económica sobre el paro y desempleo, los avances tecnológicos... Pese a esa advertencia es útil contar con el criterio anterior a la nueva versión si ésta ha cambiado. La realidad social y el sistema normativo, expuesto en las páginas 165 ss. contiene las reflexiones sobre la última tesis con que cierra el estudio que sugieren el valor de la interpretación en la concordancia y coherencia que exige el Derecho.

La lectura atenta de las formas en que el Tribunal Supremo se sirve de la realidad social es, en consecuencia, enriquecedora y expresiva de la evolución actual de las instituciones básicas, aparte de ser un exponente de la

seriedad, tiempo y atención que el autor dedica a acreditar unas tesis sostenibles y aceptables.

Aunque el título de la obra alude a la jurisprudencia recoge también resoluciones de tribunales que en rigor no forman jurisprudencia, así como resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La RDGRN de 26 de diciembre de 1968, que ya utilizaba el elemento sociológico (por lo demás tan debatida en clave de jerarquía de fuentes), me recuerda la argumentación en base a la tesis y antítesis, al referirse a «lo contrario»: «no es la concepción del Código, según la *mens legislatoris* de los días de la promulgación, la que debe inspirar la interpretación de las normas legales, sino justamente lo contrario, ya que incluso los preceptos codificados deben ser interpretados según las nuevas concepciones jurídicas».

Sus referencias a la historia y al derecho comparado son una muestra del interés por presentar orientaciones afines o diversas, los antecedentes y los códigos modernos, en la medida en que son precisos para ilustrar una tesis no por afán de erudición. De la misma manera sus valoraciones críticas del método histórico evolutivo y la escuela de jurisprudencia libre.

En definitiva se trata de un trabajo que invita a su lectura detenida por ser fruto de una reflexión seria y profunda a que el autor ha dedicado el tiempo y atención necesarios. El libro conduce a una relectura de las instituciones civiles con la relación de preeminencia de los axiomas ligada a su finalidad a la luz de la jurisprudencia, expuesta en este libro de manera a la vez crítica y respetuosa con la alta misión de los jueces de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Las diez tesis y antítesis, que acreditan el dinamismo del Derecho, ponen de relieve la interpenetración de las perspectivas en consideración a ciertos criterios que pueden concebirse de manera abstracta, como la cualificación de «efecto social» que fundamenta o legitima la eficacia de un acto o de un hecho, y otros tan concretos como la concordancia entre la notoriedad de la realidad social con la letra y el espíritu en la interpretación de una norma, donde no se formula como un simple eco. Toda perversión del elemento sociológico en la interpretación de una norma conduce a una actitud arbitraria.

Definir los criterios es también objetivarlos. De esta objetivización caben destacar tres cuadros con los respectivos criterios:

1. En cuanto objeto de interpretación. La realidad social ha de ser entendida por el intérprete en cuanto objeto de interpretación del artículo 3.1 como medio complementario en conexión con otros dirigidos a indagar el sentido propio de la *ratio legis* de la norma previa. Como el conjunto de los elementos interpretativos para eliminar la duda debida a imprecisiones o incertezas está subordinado al espíritu y finalidad. La motivación garantiza que en la aplicación de la norma, ley, costumbre, contratos que no tengan otros criterios directivos no se altere la configuración del contenido por atribuir un significado distinto del sentido propio. La aplicación puntualiza el fundamento definitivamente establecido.

2. Como factor de integración. Aparte de lo que postula la exégesis de una norma previa se recurre a la realidad social como fundamento inmediato en los casos que no encajan, ya sea por vacío o laguna normativa, por imprevisión legal o por no encontrarse norma específica. En estos casos se invoca para decidir la controversia por diversos caminos. Procede entonces la técnica de integración con mecanismos distintos, como acudir a la aplicación analógica en casos semejantes, o al derecho supletorio, suplir la omisión por el uso acudir a la equidad o a los principios generales. En supuestos carentes

de cobertura legal o si la norma falla, como en las llamadas lagunas por imperfección técnica, mal puede hablarse de interpretación «correctora».

3. Como especificativo. Al margen del artículo 3.1 CC la realidad social está dotada de relevancia como especificación de los conceptos jurídicos indeterminados referidos a aquélla. La disciplina en los términos, forma o modalidades queda a la determinación discrecional del juez aplicarla y concretizarla.

No es preciso resaltar el atractivo del método de trabajo que conduce a las conclusiones sin servirse de una lógica abstracta. Un resumen objetivo de la obra destacaría su propuesta de que los jueces o intérpretes cuando recurran a la realidad social en cuanto canon sociológico se atengan al ámbito de la norma previa sin traspasar sus límites en el tiempo en que ha de ser aplicada al supuesto litigioso. La manera de invocar la realidad social como canon de interpretación es explicitarla de modo que la consideración exegética no cree un ulterior obstáculo en su aplicación por nuevas dudas o incertidumbre respecto a los supuestos para los que el ámbito de la previsión está establecido. En definitiva en los límites estrictamente necesarios para asegurar una decisión conforme a justicia, sin desvirtuar o deformar la exégesis normativa por circunstancias posteriores a la entrada en vigor, ni convertir la realidad social en expresión violenta del sistema de fuentes.

Cuestión distinta es que no puedan resolver los medios de interpretación la correspondencia con la previsión legal o que ésta, aunque pueda extraerse con impecable factura lógica, no sea oportuna por conducir la significación definida en las leyes a un resultado injusto. En estos casos el juez está no sólo autorizado sino obligado por necesidad a resolver en otros términos el problema, aunque para motivar la solución justa emplee criterios generales o razones extrapositivas que no requieren la recepción en una disposición legal.

No es cifra desdefinible –centerares de sentencias examinadas– que versan sobre el mismo tema, aunque en buena parte de los casos se resuelven en simples *obiter dicta*, donde pueden encontrarse argumentos suficientemente indicativos de su postura. La obra, como hemos reseñado, inspira al lector el convencimiento de que la interpretación de las normas es el arte de extraer con buen sentido de lo incierto certeza, de lo dudoso claridad, de lo aparente verdad. Ni el buen sentido debe limitarse a aceptar convencionalismos ni la interpretación de una norma previa separarse de su fuente como fruto de lo que se impone desde el exterior.

José Antonio DORAL GARCÍA

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia. II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

BENEDETTI, G.: «Quale ermeneutica per il diritto europeo?», *RTDPC*, 2006, núm. 1, pp. 1-13.

Análisis de la metodología a seguir en el proceso de globalización del Derecho europeo, ante el contexto pluricultural y la diversidad de valores. Búsqueda de la unidad y conformidad en la europeización de la ciencia jurídica y el plano jurisdiccional. (*M. R. D. R.*)

CANIVET, G.: «The Practice of Comparative Law by the Supreme Courts: Brief Reflections on the Dialogue Between Judges in French and European experience», *Tul. L. Rev.*, 2006, vol. 80, pp. 1377-1400.

El presidente de la *Cour de cassation* francesa subraya en este artículo la utilidad del Derecho comparado en un mundo cada vez más globalizado. Describe cómo, sutilmente, los altos tribunales de los países de nuestro entorno deciden bajo la influencia de las decisiones tomadas por los tribunales de otros sistemas en casos semejantes o teniendo en cuenta la legislación extranjera más moderna. Concluye advirtiendo que el juez debe actuar de un modo prudente. Debe ser consciente de los riesgos de emplear las fuentes que proporciona el Derecho comparado, y particularmente de que las instituciones sean incomparables o de que las similitudes sean sólo aparentes. En todo

caso, reclama que el uso de materiales extranjeros como fuente secundaria sea transparente y permita valorar la razonabilidad de la sentencia en interés del justiciable y del sistema en su conjunto. (*J. R. I.*)

CAPONI, R.: «*Interpretazione, traduzione e comparazione del diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori*», *RTDPC*, 2006, núm. 1, pp. 131-141.

Acercamiento, de nuevo, a los derechos de autor, tras la interpretación, traducción y comparación del BGB, a cargo de Salvatore Patti. (*M. R. D. R.*)

CERCHIA, R.: «Le “Advance Directives” nei Paesi di common law, prospettive per il nostro ordinamento», *RDC*, 2005, núm. 6, parte seconda, pp. 732-758.

Nacimiento y desarrollo de la *Advance Directives* en los Estados Unidos, y en la experiencia del *Common Law*. Perspectivas para el Ordenamiento jurídico italiano. (*M. R. D. R.*)

CHEREDNYCHENKO, O.: «EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law», *ERPL*, núm. 1, 2006, pp. 23-61.

En todos los Estados europeos se aprecia una creciente constitucionalización del Derecho privado, tradicionalmente considerado refugio del sujeto privado frente al poder público. El trabajo estudia como esta nueva corriente se aprecia también en la legislación de la Unión Europea; es decir, la relación entre Derecho privado, por una parte, y las libertades y derechos fundamentales comunitarios, por otra. (*M. G.-R.*)

COSTATO, L.: «L'imprenditore agricolo: novità codistiche e polemiche retro», *RDC*, 2006, núm. 1, parte prima, pp. 89-100.

Reflexión sobre el artículo 2135 CC italiano y la polémica del III Congreso Nacional de Derecho Agrario, en torno a la superación de los argumentos contra la calificación empresarial del agricultor. (*M. R. D. R.*)

DANWITZ, T. VON: «Wege zu besserer Gesetzgebung in Europa», *JZ*, núm. 1/2006, pp. 1 ss.

La presente contribución informa sobre las iniciativas y medidas adoptadas para mejorar la calidad del Derecho comunitario y apunta posibles vías para lograr este objetivo. (*B. T. G.*)

DROSS, W.: «La jurisprudence est-elle seulement rétroactive?», *RDS*, 2006, núm. 7, pp. 472-476.

Efectos en el principio de seguridad jurídica de la aplicación retroactiva de la doctrina jurisprudencial. Negativa del autor a dicha aplicación. (*R. A. R.*)

GIACOBBE, G.: «Dimensione territoriale e sistema di valori nel diritto civile», *RDC*, 2006, núm. 1, parte prima, pp. 101-117.

Ánalisis del Derecho civil a la luz de la nueva interpretación de la dimensión temporal y territorial de los ordenamientos jurídicos estatales, en aras de la globalización: proyección y perspectivas del Derecho civil desde un sistema de valores. (*M. R. D. R.*)

IRTI, N.: «Diritto europeo e tecno-economia», *RDC*, 2006, núm. 1, parte prima, pp. 1-5.

Revisión del Derecho europeo desde la confrontación de los intereses del mercado y los valores y derechos dentro del orden jurídico europeo. (*M. R. D. R.*)

KOCH, J.: «Die Einheit der nationalen Rechtsordnung und die europäische Privatrechtsangleichung», *JZ*, núm. 6/2006, pp. 277 ss.

A la vista del proceso de armonización europea, el autor plantea la siguiente disyuntiva: si el legislador debe defender la coherencia del ordenamiento jurídico nacional o si asume conscientemente la ruptura del sistema jurídico. (*B. T. G.*)

KÖNDGEN, J.: «Privatisierung des Rechts. Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung», *AcP*, núms. 2/3, 2006, pp. 477-525.

El problema de la privatización general de todo el Derecho. Así ha sucedido en primer lugar con las condiciones generales de la contratación, y luego con los llamados «códigos de conducta», la nueva *lex mercatoria*, internet, la decisión y aplicación del Derecho por instancias privadas, etc. Esto se debe tanto a razones económicas como sociológicas. El autor postula un cierto control de estos ámbitos privatizados mediante técnicas especiales que garanticen su constitucionalidad. (*M. G.-R.*)

MEDER, S.: «Die Krise des Nationalstaates und ihre Folgen für das Kodifikationsprinzip», *JZ*, núm. 10/2006, pp. 477 ss.

El artículo se ocupa de las relaciones entre las tendencias actuales de descodificación y el cambio de función de los Estados; lo que el autor denomina la crisis de los Estados nacionales. (*B. T. G.*)

MOREHAM, N. A.: «Privacy in the Common Law: A Doctrinal and Theoretical Analysis», *L. Q. R.*, octubre 2005, vol. 121, pp. 628-656.

Nuevo artículo sobre el derecho a la intimidad (*privacy*) en el ordenamiento inglés, que analiza algunas de las consecuencias derivadas de la conocida sentencia *Campbell v. MGN Ltd*. En la sentencia, la *House of Lords* reconoció la necesidad de proteger la información privada (entendida como *breach of confidence*). Según la autora, la sentencia traslada el debate tradicional en torno a la necesidad de proteger un supuesto *right to privacy* al modo en que dicha protección debe llevarse a cabo, lo que es tanto como tratar de identificar el ámbito de intimidad merecedor de tutela jurídica. En opinión de Nicole Moreham, un buen mecanismo para delimitar este ámbito lo ofrece el denominado test de las «expectativas razonables», recogido por la propia sentencia *Campbell*, según el cual debe atenderse a aquella información que, de acuerdo con las «expectativas razonables» del demandante, quedaría fuera del conocimiento del público. (*J. S. F.*)

SALVESTRONI, U.: «Spunti sul vecchio e nuevo formalismo», *RTDPC*, 2006, núm. 2, pp. 421-429.

Notas sobre el requisito de forma contractual: incidencia temporal en la formación del contrato, forma *ad substantiam* y *ad probationem* y formación electrónica de los contratos solemnes, viejo y nuevo formalismo. (*M. R. D. R.*)

SCHERMAIER, M. J.: «Dem Deutschen thut das Studium der Römer noth... Geschichtliche Rechtswissenschaft als Therapie für den Patienten BGB?», *JZ* 7/2006, pp. 330 ss.

El artículo diagnostica el estado actual de la civilística alemana y muestra mediante tres ejemplos las posibilidades que la historia del Derecho ofrece como «terapia» para la regulación codificada. (B. T. G.)

THIEFFRY, P.: «Contentieux de la validité des mesures communautaires de protection de l'environnement: le retour», *GP*, 2006, núm. 104-105, pp. 10-19.

Hay que diferenciar entre las medidas medioambientales y las bases jurídicas, mientras que las primeras se encuentran en su comienzo, las segundas se encuentran en un período de renacimiento y unificación de los distintos países europeos. (R. A. R.)

WAGNER, G.: «Prävention und Verhaltensteuerung durch Privatrecht - Anmaßung oder legitime Aufgabe?», *AcP*, núms. 2/3, 2006, pp. 352-476.

Denso e interesante estudio sobre la función preventiva y de dirección del comportamiento del Derecho privado. Se analizan las relaciones con los Derechos penal y administrativo, y luego se estudian especialmente ciertos casos de Derecho civil, como la restitución de prestaciones derivadas de obligaciones que aquí llamaríamos con causa ilícita (§ 817 BGB), las indemnizaciones o restituciones por injerencia en derechos ajenos sobre bienes inmatrimoniales, el precio del dolor por los daños en los bienes de la personalidad, la cláusula penal, el Derecho de daños, la aparición del análisis económico del Derecho, etc. (M. G.-R.)

DERECHO DE LA PERSONA

ALT-MAES, F.: «Le respect de la dignité au centre des pratiques et de la loi sur la fin de vie», *GP*, 2006, núm. 146-150, pp. 2-9.

En el estudio de la ley sobre la eutanasia señala el autor que su práctica se encuentra justificada en nombre del principio de la dignidad y limitada también por este principio. (R. A. R.)

BASILICA, F.: «Il difficile percorso della formalizzazione giuridica dei diritti della personalità c.d. atipici», *RDC*, 2005, núm. 6, parte segunda, pp. 677-701.

Estudio normativo y jurisprudencial de los derechos de la personalidad, en relación con el derecho a la privacidad y la identidad personal, a través de los problemas que surgen vía informática: el Código en materia de protección de los datos personales. (M. R. D. R.)

BIANCA, M.: «Il diritto del minore all'amore dei nonni», *RDC*, 2006, núm. 2, parte prima, pp. 155-177.

Acercamiento a los límites y presupuestos de la relevancia jurídica de los sentimientos: el papel de los abuelos en las nuevas estructuras de la familia, y la necesidad de conciliar los derechos de los menores a disfrutar del amor de

sus abuelos, el derecho de visita de éstos, y el derecho de ejercicio de la patria potestad de los progenitores. (*M. R. D. R.*)

BÜCHLER, A.: «Die Kormmerzialisierung von Persönlichkeitsgütern. Zur Dialektik von Ich und Mein», *AcP*, núms. 2/3, 2006, pp. 300-351.

Artículo centrado en la comercialización de los llamados bienes de la personalidad, y la *vexata quaestio* de la existencia de derechos sobre el propio yo, con lo que objeto y sujeto se confunden. (*M. G.-R.*)

CERRETO, G.: «Vilipendio di religioni: la Consulta realizza la tutela paritaria», *DFP*, 2005, núm. 4, pp. 1136-1150.

Protección jurídica del derecho a la libertad religiosa de los creyentes en un caso de ofensas y vilipendio a la religión católica. (*Alma R. G.*)

COELHO, J.: «Droits des malades et fin de vie: une passerelle législative vers l'euthanasie indirecte à la morphine», *GP*, 2006, núm. 81-82, pp. 13-22.

Reflexiones sobre el estado actual del derecho a la eutanasia. (*R. A. R.*)

COLACINO, G.: «La l. 9 gennaio 2004 n. 6 ed il nuovo statuto di protezione dei soggetti "deboli"», *DFP*, 2005, núm. 4, pp. 1446-1471.

Estudio de la Ley italiana de 9 de enero de 2004 que adopta nuevas medidas de tutela para la protección de las necesidades personales y patrimoniales de los sujetos con graves carencias psicofísicas. (*Alma R. G.*)

COURBE, P.: «L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant», *RDS*, 2006, núm. 22, pp. 1487-1490.

Aplicación directa de la Convención en numerosos casos por la Corte de casación civil francesa, destacando la sentencia de 14 de junio de 2005. El principio de seguridad jurídica como impulsor de esta aplicación. (*R. A. R.*)

D'AVACK, L.: «L'ordinanza di Catania: una decisione motivata attraverso una lettura testuale della l.n. 40/2004», *DFP*, 2005, núm. 2, pp. 549-558.

Estudio de algunos problemas que plantea, respecto a los derechos y deberes de la persona, la práctica de la procreación médica asistida: posible vulneración de los artículos 2, 3 y 32 de la Constitución italiana, destino de los embriones producidos, finalidad de los embriones producidos portadores de enfermedades genéticas... (*Alma R. G.*)

DREYER, E.: «La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique», *RDS*, 2006, núm. 11, pp. 748-753.

Análisis del concepto de derecho fundamental y deducción de su función jurídica a lo largo de su reconocimiento jurisprudencial. (*R. A. R.*)

GAZZONI, F.: «Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale», *DFP*, 2005, núm. 1, pp. 168-210.

Estudio de ciertos problemas de legitimidad constitucional que pueden plantear las técnicas de reproducción asistida en relación con los derechos y deberes de la persona concebida: obligación o no de implantar todos los embriones producidos, distinción entre embriones sanos y embriones portadores de graves enfermedades genéticas... (*Alma R. G.*)

GIORDANO, R.: «La legittimazione del Garante dei dati personali nel procedimento di opposizione alle sue decisioni tra la l.n. 675 del 1966 e il nuovo codice della privacy – nota a Cass. 25 giugno 2004 n. 11864», *GC*, 2005, núm. 11, pp. 2738-2742. (*M. R. D. R.*)

JAULT-SESEKE, F./PIGACHE, Ch.: «Contribution procédurale à l'efficacité de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants», *RDS*, 2006, núm. 26, pp. 1778-1783.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación civil, sección primera, de 13 de julio de 2005, que evitó obstáculos para la aplicación de la Convención internacional. (*R. A. R.*)

LA TORRE, M. E.: «Amministrazione di sostegno, difesa tecnica e intervento del P.m.», *DFP*, 2005, núm. 3, pp. 829-847.

Procedimiento para el nombramiento de un administrador a una persona con graves carencias psicofísicas para su adecuada tutela personal y patrimonial. (*Alma R. G.*)

LONGHINI, S.: «L'utilizzo del nome altrui attribuito a soggetto di fantasia in ambito fiction e cinematografico», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 4, pp. 460-471.

Artículo sobre el derecho al nombre y la utilización indebida del nombre ajeno. (*Alma R. G.*)

NOGUERO, D.: «Interrogations au sujet du mandat de protection future», *RDS*, 2006, núm. 17, pp. 1133-1138.

Posibilidad de dejar escrito ante notario la tutela en caso de incapacidad judicial para un mayor de edad. Problemas notariales y posibles soluciones. (*R. A. R.*)

PAAL, B. P./LEYENDECKER, B. - E.: «Weiterführende Probleme aus dem Minderjährigenrecht», *JuS*, núm. 1/2006, pp. 25 ss.

El artículo pretende analizar en profundidad las cuestiones más relevantes que plantea la normativa relativa a los menores de edad en materia de Derecho civil. (*B. T. G.*)

PALAZZO, A.: «Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione», *RDC*, 2006, núm. 2, parte prima, pp. 145-154.

Nueva reflexión sobre la determinación de la filiación: efectos del reconocimiento de paternidad y tutela de los hijos respecto de la filiación biológica. (*M. R. D. R.*)

PREUß, N.: «Das für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäft», *JuS*, núm. 4/2006, pp. 305 ss.

A partir de dos recientes decisiones del BGH, se aclaran algunas cuestiones dudosas en la práctica respecto de los negocios con consecuencias jurídicamente provechosas para los menores de edad. (*B. T. G.*)

REGOLI, F. P.: «La popolarità e l'identità personale», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 4, pp. 472-482.

Estudio del derecho a la identidad personal en cuanto derecho a que se conozca aquello que es uno mismo. (*Alma R. G.*)

RENAUDIE, V.: «La liberté d'expression de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *GP*, 2006, núm. 190-192, pp. 2-6.

Estudio del desarrollo reciente de esta jurisprudencia y su encuadre en el Derecho francés. (*I. S. P.*)

RICCIO, A.: «Libertà della persona e fonti del diritto», *CI*, 2006, núm. 2, pp. 304-310.

El derecho de la persona a la libre orientación sexual. Familia y matrimonio entre personas del mismo sexo. (*Alma R. G.*)

SANTIS, A. DE: «I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il Class Action Fair Act of 2005», *RTDPC*, 2006, núm. 2, pp. 601-624.

Observaciones sobre las propuestas del legislador italiano en técnicas de tutela colectiva, comparada con la *Civil Procedure Rules* americana, aportada por la *Class Action Fair Act of 2005*. (*M. R. D. R.*)

STENDER-VORWACHS, J./THEIBEN, N.: «Das Persönlichkeitsrecht der Frau in den Medien», *NJW*, núm. 9/2006, pp. 549 ss.

La información que proporcionan los medios de comunicación conlleva siempre el riesgo de lesión de los derechos de la personalidad. En este contexto, el artículo analiza cuál es la situación de la mujer. (*B. T. G.*)

TRIPODI, F.: «L'amministrazione di sostegno in un caso particolare: un modello flessibile di tutela dei bisogni dell'incapace», *DFP*, 2005, núm. 2, pp. 559-567.

Artículo dedicado a la tutela personal y patrimonial de las personas con graves carencias psicofísicas. (*Alma R. G.*)

TURRI, G. C.: «La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro», *NGCC*, 2006, núm. 5, pp. 477-485.

Estado vegetativo permanente y tratamientos médicos: un problema sin resolver. Abuso de representación y conflicto de intereses en este tipo de supuestos. (*Alma R. G.*)

VIGNALI, C.: «La tutela della salute del minore», *DFP*, 2005, núm. 4, pp. 1421-1445.

Artículo dedicado a la protección jurídica del derecho a la salud del menor de edad. (*Alma R. G.*)

VV.AA.: «Droit des technologies avancées», *GP*, 2006, núm. 25-26.

Diversos estudios sobre la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito de los derechos fundamentales y posible responsabilidad por daños. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «Droits fondamentaux», *GP*, 2006, núm. 76-77.

Diversos estudios sobre el desarrollo de los derechos fundamentales en países como Rumanía, Senegal, Israel, Brasil y Australia. (*R. A. R.*)

PERSONA JURÍDICA

AURELIANO, G.: «Il recesso nei consorzi di urbanizzazione», *CI*, 2006, núm. 2, pp. 339-353.

El consorcio de urbanización, ¿es una asociación no reconocida? El desistimiento en los consorcios voluntarios de urbanización. (*Alma R. G.*)

CAVANA, P.: «Sullo stato giuridico delle organizzazioni agnostiche nell'ordinamento italiano. La legittimazione all'accesso dell'U.A.A.R. (Unione degli atei e degli agnostici razionalisti)?», *DFP*, 2005, núm. 2, pp. 498-513.

Artículo dedicado a la posible asimilación, en cuanto a su régimen jurídico, entre organizaciones agnósticas y confesiones religiosas. (*Alma R. G.*)

KOCH, H.: «Sammelklagen durch eine BGB-Gesellschaft», *NJW*, núm. 21/2006, pp. 1469 ss.

El artículo examina las posibilidades de éxito de una demanda colectiva utilizando la figura de la sociedad civil. (*B. T. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALBANESE, A.: «Profili dell'adempimento non dovuto nei rapporti trilaterali: indebito soggettivo, pagamento al creditore apparente, adempimento del terzo e surrogazione legale», *CI*, 2006, núm. 2, pp. 455-477.

Estudio de diversas relaciones trilaterales en el ámbito contractual: pago al tercero, pago del tercero... (*Alma R. G.*)

ALPA, G.: «*Wrongful life*: soluzioni controverse», *NGCC*, 2006, num. 2, pp. 65-72.

Responsabilidad civil por los daños ocasionados a un feto en un supuesto de erróneo diagnóstico prenatal. (*Alma R. G.*)

ANTONUCCI, A.: «Prassi e norma del contratto di assicurazione: la clausola *claims made*», *NGCC*, 2006, núm. 2, pp. 145-156.

Comentario jurisprudencial sobre contrato de seguro de responsabilidad civil que contiene una cláusula *claims made*. (*Alma R. G.*)

AUDIT, M./SANTULLI, C.: «Traité, loi ou contrat? Droit international, droit français ou droit anglais?», *RDS*, 2006, núm. 12, affaires, pp. 864-869.

El derecho de sustitución reconocido a los acreedores del Eurotúnel en el contrato de concesión. Naturaleza y efectividad. (*R. A. R.*)

AYNÉS, L./HONTEBEYRIE, A.: «Pour une réforme du code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire», *RDS*, 2006, núm. 5, pp. 328-335.

Propuesta de reforma de las obligaciones presentada por el grupo jurídico encabezado por Pierre Catala con el fin de debatir su redacción. (*R. A. R.*)

BANET, C.: «Une responsabilité accrue pour les opérateurs du secteur alimentaire», *GP*, 2006, núm. 209-210, pp. 7-14.

Sobre las medidas tomadas por las nuevas normas reglamentarias en relación con la higiene en los productos alimenticios, las medidas de control y la responsabilidad de los explotadores. (*R. A. R.*)

BANGUI, T.: «Espoirs et imperfections des marchés de définition», *RDIImm*, 2006, núm. 2, pp. 89-102.

Sobre la importancia de definir concretamente a los distintos agentes que intervienen en la construcción. (*I. S. P.*)

BARELA, M.: «Il contratto innominato nella dottrina sistematica», *GC*, 2005, núm. 12, pp. 517-538.

Estudio histórico del contrato atípico, desde el Derecho Romano clásico hasta nuestros días: origen, concepto, causa, naturaleza jurídica, papel de la autonomía de la voluntad, régimen jurídico aplicable. (*M. R. D. R.*)

BELMONT, M./LASCOMBES, H.: «Histoire anecdote de l'assurance sur la vie», *GP*, 2006, núm. 90-91, pp. 2-7.

Estudio histórico de los seguros de vida. (*I. S. P.*)

BELVEDERE, A.: «Causalità giuridica?», *RDC*, 2006, núm. 1, parte prima, pp. 7-27.

Notas sobre el requisito de la causalidad en la responsabilidad civil y delimitación del daño: interpretación y efectos. (*M. R. D. R.*)

BENEDETTO, D. DI: «La disciplina della subfornitura alla luce della normativa comunitaria sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 1, pp. 1-25.

Estudio de las medidas previstas contra el retraso en el pago en la Ley 192/1998, de 18 de junio, a la luz del decreto legislativo 231/2002, de 9 de octubre, que transpone la Directiva 2000/35/CE. (*B. F. G.*)

BENEDICT, J.: «Überrumpelung beim Realkredit - Ideologie und Wirklichkeit im deutsch-europäischen Privatrecht. Ein Lehrstück aktueller civilistischer Praxis», *AcP*, núm. 1, 2006, pp. 56-95.

El artículo comenta la STJCE de 25 de octubre de 2005 (Ar. TJCE 2005/311), que considera que los contratos de préstamo garantizados realmente y dirigidos a la adquisición de una vivienda se encuentran sometidos a la Directiva referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales. De esta manera, el TJCE confirma su criterio, expresado en el caso Heininger. (*M. G.-R.*)

BETLEM, G./BERNASCONI, Ch.: «European Private International Law, the Environment and Obstacles for Public Authorities», *L. Q. R.*, enero 2006, vol. 122, pp. 124-151.

Las administraciones públicas tienen serias dificultades a la hora de reclamar en caso de daños transfronterizos al medio ambiente. Por esta razón, los autores abogan por una interpretación amplia de la normativa internacional relativa a la jurisdicción internacional y el efecto de las resolu-

ciones judiciales extranjeras, que facilite dichas reclamaciones. Con el mismo objetivo, examinan los criterios sobre determinación del Derecho aplicable y concluyen que el llamado principio del «Derecho más favorable» para el demandante ofrece la solución más conveniente desde el punto de vista de la protección del medio ambiente. (A. R. G.)

BEYNEIX, I.: «Action paulienne et exécution forcée des avant-contrats non respectés par les promettants: une esquisse de solution?», *GP*, 2006, núm. 207-208, pp. 2-11.

Estudio del ejercicio de la acción pauliana en provecho de un beneficiario de una promesa sinalagnática de venta y de la ejecución forzosa de esa promesa por la vía de la acción pauliana. (*I. S. P.*)

BIANCA, C. y OTROS: «La vendita dei beni di consumo», *NLCC*, 2006, núm. 2, pp. 317-581.

Comentario a los artículos 128-135 del *d.lgs. 6 settembre 2005*, n. 206, en relación al traslado de la disciplina de la venta de bienes de consumo del Código civil al Código de consumo: medidas de garantía y tutela del consumidor frente a las distintas formas de incumplimiento. (*M. R. D. R.*)

BLANC, G.: «Distribution des produits cosmétiques et sécurité des produits», *RDS*, 2006, núm. 28, pp. 1917-1922.

Principio de seguridad como núcleo de la regulación francesa y europea en materia de productos cosméticos. (*R. A. R.*)

BOCCON-GIBOD, M./DESNOS, X.: «Le cas Rover France: une nouvelle application du Droit européen des procédures d'insolvabilité», *GP*, 2006, núm. 34-35, pp. 14-15.

La constitución de un espacio judicial europeo como soporte de un mercado único, debe necesariamente pasar por una armonización del trato de las sentencias en Europa. El Reglamento de 29 de mayo del 2000 es una primera etapa. (*R. A. R.*)

BONDIA ROMAN, F. : «L'achat-vente d'une œuvre d'art en Droit espagnol», *RIDA*, núm. 208, abril 2006, pp. 21-105.

La preponderancia del derecho de propiedad intelectual, reconocido al autor, frente al derecho de dominio o propiedad ordinaria, adquirido por el comprador –especialmente cuando se trata de obras plásticas–, se pone de manifiesto en este estudio del tratamiento de la compraventa de una obra de arte en el Derecho español (escrito conforme al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996). (*C. J. D.*)

BORGGMANN, B.: «Die Rechtsprechung des BGH zum Anwaltshaftungsrecht von Ende 2004 bis Ende 2005», *NJW*, núm. 7/2006, pp. 415 ss.

El artículo ofrece una panorámica de la jurisprudencia recaída en los últimos años en Alemania en materia de responsabilidad de los abogados. (*B. T. G.*)

BOUCHET, E.: «Le droit d'auteur et la propriété intellectuelle au Vietnam: Avènement et avenir», *RIDA*, núm. 209, julio 2006, pp. 7-49.

Análisis de las actuales perspectivas legales del derecho de autor y de la propiedad intelectual en Vietnam, impulsadas por el deseo político de inser-

ción económica internacional. El estudio se enriquece con una descripción de la particular idiosincrasia del país. (C. J. D.)

BRESCIA, S.: «La posta elettronica certificata», *NLCC*, 2006, núm. 1, pp. 37-42.

Comentario al d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68, sobre el correo electrónico y el momento de la notificación, en función del domicilio declarado. (M. R. D. R.)

BRÖMMELMEYER, C.: «Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers als trojanisches Pferd des Kaufrechts?», *JZ*, núm. 10/2006, pp. 493 ss.

El artículo pretende responder a la cuestión de si la preferencia otorgada a la pretensión de cumplimiento en caso de compraventa de cosa defectuosa puede acarrear perjuicios para el comprador y, de ser la contestación afirmativa, cómo corregir estos efectos perjudiciales. (B. T. G.)

BUSANI, A.: «L'atto di opposizione alla donazione (art. 563.4 Cod. Civ.)», *RDC*, 2006, núm. 1, parte segunda, pp. 13-59.

Ánalisis de la impugnación de donación simulada y donación indirecta: objeto, sujeto, legitimación, efectos, prescripción de la acción, presupuestos de forma, requisitos y efectos de la renuncia, (M. R. D. R.)

CAMPROUX-DUFFRÈNE, MP.: «La prise en charge par le vendeur de la réhabilitation d'un terrain pollué», *SJ*, 2006, núm. 28, I-156, pp. 1383-1388.

Sobre el fundamento de estabilización con base en el artículo L. 514-20 del código de medio ambiente. (I. S. P.)

CARNEVALE, G.: «Natura giuridica della donazione modale e inadempimento dell'onere», *NGCC*, 2006, núm. 4, pp. 391-394.

Naturaleza jurídica de la donación modal: carga y espíritu de liberalidad. Normativa aplicable en tema de resolución de la donación por incumplimiento de la carga. (Alma R. G.)

CASTELL, N.: «Application du règlement CE 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité: aperçu des solutions apportées par la cour d'appel de Versailles dans les affaires Daisytek et Rover», *GP*, 2006, núm. 55-56, pp. 8-13.

Muestra de las soluciones aportadas en el caso «Daisytek et Rover» en los procedimientos de insolvencia. (I. S. P.)

CATALA, P.: «Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations», *RDS*, 2006, núm. 8, pp. 535-544.

Notas al anteproyecto de reforma de la parte general de obligaciones y contratos en el Derecho civil francés. (R. A. R.)

CHAGNY, M.: «La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence», *SJ*, 2006, núm. 25, I-149, pp. 1223-1227.

La consagración de los daños punitivos en el proyecto de reforma del derecho de obligaciones aparece como una reforma profunda del derecho de

responsabilidad civil. Esta reforma incide sobre derecho de la competencia y supone una modernización de la disciplina. (*I. S. P.*)

CHINDEMI, D.: «Il “nuovo” danno non patrimoniale», *NGCC*, 2006, núm. 2, pp. 128-143.

Profunda modificación sufrida por el daño no patrimonial, tanto en sus fundamentos como en las técnicas de su resarcimiento, que tiene como consecuencia la ampliación del concepto: el daño moral subjetivo, el daño biológico, el daño existencial y lesiones de valores constitucionalmente protegidos... (*Alma R. G.*)

CILENTO, A.: «Sulle “metamorfosi” del danno non patrimoniale», *DFP*, 2005, núm. 4, pp. 1194-1212.

Transmisibilidad *mortis causa* a los herederos de la víctima de un accidente mortal de circulación del resarcimiento del daño no patrimonial. (*Alma R. G.*)

COCUCCIO, M. F.: «Responsabilità dell’organizzatore di viaggio per ritardo o inadempimento del vettore aereo - nota a Cass. 27 ottobre 2004 n. 20787», *GC*, 2005, núm. 12, pp. 3005-3012. (*M. R. D. R.*)

CONFLUENCES JURIDIQUES: «Arbitrage et expertise: où sont les frontières?», *GP*, 2006, núm. 116-117, pp. 2-8.

Trata el trabajo de diferenciar los expertos en arbitraje y los expertos designados por un tribunal arbitral. (*R. A. R.*)

CORNATON, M./FRUCHTER, S.: «La ponderation des surfaces en matière de locaux commerciaux», *GP*, 2006, núm. 167-168, pp. 3-10.

Pretende el artículo resaltar las características de los distintos tipos de locales en relación con el cálculo del valor en arrendamiento y no solamente calcular este último teniendo en cuenta la superficie del local. (*R. A. R.*)

CRICENTI, G.: «Concorso del danneggiato incapace e riduzione del danno nei confronti delle “vittime secondarie”», *NGCC*, 2006, núm. 1, pp. 125-129.

Comentario jurisprudencial sobre la aplicación de la reducción del resarcimiento del daño del artículo 1227 del Código Civil italiano cuando el daño es causado también por la víctima incapaz, en concreto, se trata en el supuesto de una niña menor de edad que ha sido atropellada por un automóvil cuando atravesaba de improviso la carretera. (*Alma R. G.*)

CUCCOVILLO, M.: «Garanzie autonome, “prova liquida” e inibitoria di pagamento», *NGCC*, 2006, núm. 2, pp. 103-110.

Estudio del contrato autónomo de garantía como forma de garantía personal atípica en el ordenamiento italiano. (*Alma R. G.*)

D'AMBROSIO, F.: «Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e fallimento», *NGCC*, 2006, núm. 3, pp. 171-180.

Las nuevas normas de tutela de los adquirentes de vivienda sobre plano en el supuesto de quiebra de la empresa constructora. (*Alma R. G.*)

D'AMICO, F.: «Considerazioni sulla struttura e funzione della presunzione di conformità tra consenso interno e dichiarazione», *DFP*, 2005, núm. 3, pp. 1044-1046.

Artículo sobre los problemas que plantea la divergencia entre el consentimiento interno y la comunicación de tal consentimiento al exterior. (*Alma R. G.*)

— «L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori», *RDC*, 2005, núm. 6, parte prima, pp. 625-661.

Crónica de la Convención sobre «El Derecho Europeo de los contratos de empresa», celebrado en Siena, 22-24 de septiembre de 2004. Especial referencia a las cláusulas abusivas y sus efectos, nulidad por ilicitud. (*M. R. D. R.*)

DAUDRÉ, G.: «Pratique de la vente en l'état futur d'achèvement dans le secteur libre», *RDIImm*, 2006, núm.1, pp. 15-21.

Se tratan aspectos como el desarrollo económico del contrato, la determinación del precio de venta y las garantías de rentabilidad. (*I. S. P.*)

DESURMONT, T.: «Réflexions sur les rapports entre la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et la protection du droit d'auteur», *RIDA*, núm. 208, abril 2006, pp. 3-19.

Análisis del derecho de autor, desde la perspectiva de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de expresiones culturales, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 20 de octubre de 2005, con el fin de promover la cultura a través de su diversidad. El derecho de autor queda fuera del ámbito de la Convención, ésta no modifica las reglas de protección de la propiedad literaria y artística definidas por las Convenciones Internacionales. (*C. J. D.*)

DESSUET, P.: «Le problème des travaux sur existants depuis l'ordonnance du 8 juin 2005», *GP*, 2006, núm. 144-145, pp. 5-23.

El régimen jurídico aplicable en materia de responsabilidad civil a estos trabajos y el régimen jurídico aplicable a las pólizas de seguros suscritos. (*R. A. R.*)

— «Le projet de loi sur la «vente d'inmeuble à rénover»: une clause assurance peu rassurante», *GP*, 2006, núm. 144-145, pp. 2-4.

Al estudiar el proyecto de ley, la califica el autor de disposición peligrosamente innovadora. (*R. A. R.*)

DOÏ, T.: «Limitations et exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins: droit et pratique dans le cadre de la loi japonaise sur le droit d'auteur à l'heure des technologies numériques et de télécommunication», *RIDA*, núm. 208, abril 2006, pp. 107-203.

El artículo examina el régimen jurídico del derecho de autor, y su práctica, en el marco de la Ley japonesa sobre el derecho de autor, según el texto en vigor en diciembre de 2005 (versión actualizada de un trabajo realizado por el autor para la UNESCO en 2003). En particular, el autor analiza, desde el punto de vista de las limitaciones y excepciones del derecho de autor y de

los derechos afines, las consecuencias que han tenido las nuevas tecnologías de la comunicación en el sistema de protección. (*C. J. D.*)

ERNST, S.: «Das TV-Zuschauerquiz im BGB zwischen Auslobung und Spiel», *NJW*, núm. 4/2006, pp. 186 ss.

El autor se plantea la cuestión de la regulación jurídico-civil aplicable al modelo de negocio que utiliza números de tarificación adicional para llevar a cabo concursos televisivos. (*B. T. G.*)

FERRANTE, E.: «Accollo e responsabilità sussidiaria: a proposito di una sentenza annunciata», *RTDPC*, 2006, núm. 1, pp. 255-275.

Comentario a la sentencia *Cass.*, 24 maggio 2004, n. 9982, sobre aplicación analógica del artículo 1268.2 c.c. en los supuestos de delegación cumulativa de deuda: responsabilidad subsidiaria del deudor delegante y preferencia de cobro del acreedor frente al deudor delegado. (*M. R. D. R.*)

FIORENTINI, L.: «Sistema risarcitorio italiano in crisi di mezza età: suo restyling e danno esistenziale», *GC*, 2005, núm. 11, pp. 449-464.

Análisis jurisprudencial de la responsabilidad civil por daños a derechos y valores inherentes a la persona: resarcimiento del daño no patrimonial, como el daño biológico. Soluciones alternativas y medios de tutela de la persona, a partir del artículo 2059 CC. (*M. R. D. R.*)

GALGANO, F.: «Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza», *CI*, 2006, núm. 2, pp. 295-303.

Reciente reforma del arbitraje en el ordenamiento italiano: del arbitraje como excepción al laudo como sentencia, el principio de la no interferencia de la autoridad judicial, la alternativa del laudo contractual... (*Alma R. G.*)

GANDOLFI, G.: «Il libro secondo (Des contrats en particulier) del “Code Européen des contrats”», *RDC*, 2005, núm. 6, parte seconda, pp. 653-675.

Comentario acerca de los problemas afrontados para la redacción del Libro segundo del Código Europeo de Contratos, respecto de diferentes figuras contractuales: venta, permuta, suministro, concesión contrato de obra y de servicios, arrendamiento, depósito, uso y consumo, garantía. (*M. R. D. R.*)

GAROFALO, A.: «La qualità di terzo anteriormente all’entrata in vigore della l.n. 142 del 1992: il coniuge in regime di comunione legale dei beni», *NGCC*, 2006, núm. 2, pp. 156-161.

Cambios legales respecto a los límites de la cobertura del contrato de seguro en aquellos siniestros en los cuales la víctima es el cónyuge del responsable del accidente, siempre que estén sujetos al régimen de comisión legal de bienes. (*Alma R. G.*)

GAROFOLI, P.: «Alla ricerca di parametri “oggettivi” per la quantificazione del danno esistenziale. La c.d. “equazione Liberati”», *NGCC*, 2006, núm. 2, pp. 174-179.

Comentario a sentencia sobre la naturaleza, autonomía y criterios para la cuantificación del daño existencial. (*Alma R. G.*)

GENTILE, A: «La Corte Costituzionale chiude i conti con la vexata quaestio della forma del contratto di autotrasporto», *NLCC*, 2006, núm. 1, pp. 61-70.

Comentario a la sentencia *Corte cost. 14 gennaio 2005*, n. 7, destacando la evolución normativa y jurisprudencial de la materia. (*M. R. D. R.*)

GHIGNONE, F.: «Brevi note in materia di giustizia sportiva», *RTDPC*, 2006, núm. 2, pp. 693-710.

Comentario de la sentencia de la Corte de Casación, *Cass., sez. un.*, 23 de marzo de 2004, n. 5775, sobre justicia deportiva: cuestiones de competencia jurisdiccional. (*M. R. D. R.*)

GIORGI, M.V. DE: «Salute, ambiente e tutela inibitoria», *NGCC*, 2006, núm. 4, pp. 181-186.

Artículo dedicado a las nuevas fronteras del daño resarcible: daños por contaminación acústica, daños colectivos a consumidores... (*Alma R. G.*)

GIROLAMI, M.: «I criteri di conformità al contratto fra promissio negoziale e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo», *RDC*, 2006, núm. 2, parte prima, pp. 227-281.

Comentario sobre la transposición de la Directiva 99/44/CE, por el artículo 129 del Código de Consumo, en relación a la autonomía negocial de las partes en la determinación del contenido del contrato de venta de bienes de consumo: naturaleza y origen de la obligación de conformidad y publicidad del contrato. (*M. R. D. R.*)

GIRONE, L.: «La legge n. 49/05 riforma la normativa sulla pubblicità ingannevole e comparativa: Maggiori poteri sanzionatori e istruttori all'Autorità garante della concorrenza e del mercato», *NLCC*, 2006, núm. 1, pp. 49-58.

Comentario a la l. 6 aprile 2005, n. 49, sobre publicidad engañosa: definición, especialidades respecto de productos peligrosos, medios y organismos de tutela de menores, remedios sancionadores. (*M. R. D. R.*)

GRANVILLIERS, B.: «Garantie de conformité des biens de consommation: ratification de l'ordonnance du 17 février 2005 par la loi du 5 avril 2006», *GP*, 2006, núm. 183-185, pp. 6 ss.

Estudio del nuevo marco reglamentario de la actividad y de la autorregulación encuadrada por la «AMF». (*R. A. R.*)

GRELLIÈRE, V.: «La responsabilité du transporteur aérien interne. De Varsovie à Montréal», *GP*, 2006, núm. 214-215, pp. 2-6.

Estudio de los cambios experimentados en la responsabilidad del transportista aéreo interno desde el convenio de Varsovia al de Monreal. (*I. S. P.*)

GRUNEWALD, B.: «Teilrechtsfähigkeit der Whonungseigentümergemeinschaft», *JZ*, núm. 5/2006, pp. 258 ss.

La autora comenta la sentencia del BGH de 2 de junio de 2005 relativa a la capacidad jurídica de la comunidad de propietarios de vivienda y explica las consecuencias de la decisión judicial citada a propósito de la responsabilidad frente al acreedor de la comunidad. (*B. T. G.*)

GSELL, B.: «Grenzen der Nutzungsschädigung bei Rückgabe einer man gelhaften Kaufsache» *JuS*, núm. 3/2006, pp. 203 ss.

En relación con la posibilidad de devolver la cosa comprada defectuosa, el artículo se plantea si existe el deber de compensar el uso del que se disfrutó y cuáles serían sus límites. (*B. T. G.*)

GUY TRÉBULLE, F.: «Développement durable et construction», *RDIImm*, 2006, núm. 2, pp. 71-82.

Tratan de la integración del desarrollo sostenible en los reglamentos y adhesión voluntaria. También las consecuencias del desarrollo sostenible sobre la responsabilidad del constructor. (*I. S. P.*)

HAGER, G.: «Die europäische Umwelthaftungsrichtlinie in rechtsvergleichender Sicht», *ZEuP*, núm. 1, 2006, pp. 21-44.

La Comisión europea ha aprobado el 21 de abril de 2004 la Directiva sobre responsabilidad ambiental. La Directiva protege la diversidad biológica, el agua y el suelo. Destinatarios de las eventuales indemnizaciones son los Estados, no incluyéndose los daños personales, comerciales y los causados a la propiedad privada. Se establece un principio general de responsabilidad objetiva (*M. G.-R.*)

HÄUBLEIN, M.: «Rechtsfolgen unterlassener Belehrung über das Verbraucherwiderrufsrecht nach den Urteilen des EuGH vom 25.10.2005», *NJW*, núm. 22/2006, pp. 1553 ss.

El artículo analiza las consecuencias jurídicas de omitir la información sobre el derecho de revocación del consumidor a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 2005. (*B. T. G.*)

HEIDERHOFF, B. /SKAMEL, F.: «Teilleistung im Kaufrecht», *JZ*, núm. 8/2006, pp. 383 ss.

La prestación ejecutada por el deudor no se corresponde con la contractualmente prometida si dicha prestación representa una ejecución parcial. Al respecto los autores pretenden determinar este concepto en el contexto de la compraventa. (*B. T. G.*)

HELLWEGE, Ph.: «Die Rechtsfolge des § 439 Abs. 2 BGB – Anspruch oder Kostenzuordnung?», *AcP*, núm. 1, 2006, pp. 136-168.

Según el § 439.2 BGB, el vendedor de una cosa defectuosa tiene que hacer frente, ante la reclamación de que se eliminen los vicios, a los costes de transporte, trabajo, materiales, etc. La doctrina alemana discute si la norma fundamenta una pretensión en sentido técnico o simplemente se trata de una asignación de gastos. (*M. G.-R.*)

HERRETHAL, C.: «Scheinunternehmer und Scheinverbraucher im BGB», *JZ*, núm. 14/2006, pp. 695 ss.

El artículo analiza las diferentes hipótesis –y sus correspondientes consecuencias jurídicas– del descubrimiento del carácter aparente de la condición jurídica de empresario o consumidor. (*B. T. G.*)

HOANG, P.: «De la supresión du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif», *RDS*, 2006, núm. 21, affaires, pp. 1458 ss.

Análisis sobre la discusión parlamentaria de la norma sobre responsabilidad contenida en el artículo L. 650-1 del Código de comercio y su precedente. (*R. A. R.*)

IAMICELI, P.: «Invalidity of Contract under the Principles of European Contract Law and under Italian Law: A Question of “Dynamic Convergence”?», *ERPL*, núm. 2, 2006, pp. 175-196.

Estudio sobre la influencia que el Derecho contractual comunitario está ejerciendo sobre la doctrina de la nulidad de los contratos en Derecho italiano. (*M. G.-R.*)

INCHINGOLO, E.: «La sospensione della garanzia assicurativa in caso di omessa denuncia dei dati variabili: l’onerosità della clausola di regolazione del premio», *NGCC*, 2006, núm. 3, pp. 249-252.

Comentario jurisprudencial en torno a la onerosidad de la cláusula de regulación de la prima en un contrato de seguro y en torno a los efectos que posee la omisión de la comunicación de los datos variables. (*Alma R. G.*)

IZZO, N.: «Locazione per una durata superiore a quella minima legale e rinnovazione obbligatoria – nota a Cass. 24 novembre 2004 n. 22129», *GC*, 2005, núm. 12, pp. 2997-2999. (*M. R. D. R.*)

KAHL, W./SCHMIDT, R.: «Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht», *JZ*, núm. 3/2006, pp. 125 ss.

El artículo expone las decisiones judiciales más relevantes en materia de Derecho medioambiental desde 2003, tanto desde la perspectiva del Derecho privado como del Derecho penal. (*B. T. G.*)

KÉRÉVER, A.: «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, núm. 209, julio 2006, pp. 255-313.

Crónica de la jurisprudencia francesa de los últimos meses, relativa a las obras protegidas bajo condición de originalidad, la autoría, el derecho de reproducción, el contrato de edición (nulidad, transferencia), el contrato de adaptación audiovisual, y los derechos conexos al derecho de autor. (*C. J. D.*)

— «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, núm. 208, abril 2006, pp. 205-241.

Crónica de la jurisprudencia francesa de los últimos meses, relativa al ámbito de la protección del derecho de autor, a la condición de originalidad, a la condición o cualidad de autor, a la titularidad del derecho de autor, al derecho de divulgación, a la explotación de derechos, al Derecho internacional privado, al plagio, y a la falsificación como delito penal. (*C. J. D.*)

LAGARDE, X.: «Qu'est-ce qu'une clause abusive?», *SJ*, 2006, núm. 6, I-110, pp. 255-259.

El presente estudio tiende a explicar un método con el fin de facilitar la identificación concreta de las cláusulas abusivas, en el sentido del artículo L. 132-1 del código de los consumidores. (*I. S. P.*)

LAITHIER, Y. M.: «A propos de la réception du contrat relationnel en droit français», *RDS*, 2006, núm. 15, pp. 1003-1008.

Tendencias actuales para el desarrollo del derecho de contratos. El contrato de relación, evolución y utilidad. (*R. A. R.*)

LAMBERT, TH.: «Le mandataire automobile acheteur-revendeur: autopsie d'une pratique», *RDS*, 2006, núm. 8, affaire, pp. 582-586.

Reventa de vehículos por mandatario y violación del derecho de distribución exclusiva. Prácticas contrarias al derecho del consumidor. (*R. A. R.*)

LARDEUX, G.: «Plaidoyer pour un droit contractuel efficace», *RDS*, 2006, núm. 21, pp. 1406-1408.

Necesidad de modificar el Código civil en el ámbito del derecho contractual. Concretamente la posibilidad de que el acreedor no pueda unilateralmente reemplazarse sino que intervenga el juez. (*R. A. R.*)

LECOURT, A.: «La loi du 1er août 1905: protection du marché ou protection du consommateur?», *RDS*, 2006, núm. 10, pp. 722-728.

A pesar de la antigüedad de la ley, mediante la influencia del juez, la ley ha devenido protectora del consumidor y se han introducido nuevos conceptos en el ámbito del consumidor. (*R. A. R.*)

LLOP, E.: «Risques politiques, accidents et catastrophes naturelles: la responsabilité de l'agence de voyages», *GP*, 2006, núm. 92-94, pp. 12-20.

Estudia la diferencia entre los viajes ordinarios y los viajes de aventura en cuanto a la responsabilidad del agente. (*R. A. R.*)

LORENZ, S.: «Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des "Rechts zur zweiten Andienung"», *NJW*, núm. 17/2006, pp. 1175 ss.

El artículo resume la jurisprudencia del BGH sobre la pretensión del comprador de cumplimiento *ex § 439 BGB* y se pregunta en qué circunstancias, en caso de frustración del cumplimiento posterior, el comprador pierde su derecho de garantía del resultado. (*B. T. G.*)

LUMINOSO, A.: «Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire», *RDC*, 2005, núm. 6, parte seconda, pp. 713-731.

Comentario al artículo 6 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, sobre la necesidad de concretar el contenido del contrato de venta de inmuebles para construir: ámbito de aplicación, requisitos de forma, determinación del contenido esencial, efectos del incumplimiento, posibles lagunas. (*M. R. D. R.*)

LUSTERMANN, H./HOLZ, H.: «Das neue Elektro- und Elektronikgerätegesetz – Anwendungsprobleme in der Praxis», *NJW*, núm. 15/2006, pp. 1029 ss.

El artículo examina las cuestiones que plantea en la práctica la Ley sobre retirada y eliminación de los aparatos eléctricos y electrónicos (*Elektro- und Elektronikgerätegesetz*, 2005), por la que se transponen las Directivas 2002/95/CE y 2002/96/CE. (*B. T. G.*)

MACARIO, F.: «Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?», *RDC*, 2005, núm. 6, parte prima, pp. 663-708.

Crónica de la Convención sobre «El Derecho Europeo de los contratos de empresa», celebrado en Siena, 22-24 de septiembre de 2004. Especial referencia a las nuevas reglas sancionadoras del abuso de la autonomía de la voluntad y la necesidad de una reconstrucción del sistema en la dimensión europea: incidencia en la distribución comercial. (*M. R. D. R.*)

MAGNOSI, S.: «La legittimità costituzionale del limite di responsabilità del vettore marittimo di cose», *NLCC*, 2006, núm. 3, pp. 675-693.

Comentario a la sentencia *Corte cost. 23 maggio 2005*, n. 199, sobre los mecanismos de limitación de responsabilidad resarcitoria en el transporte marítimo de mercancías (*M. R. D. R.*)

MAIOLO, F.: «Indennità per la perdita di avviamento e mutuo dissenso delle parti del rapporto di locazione», *NGCC*, 2006, núm. 1, pp. 80-85.

Examen del ligamen existente entre la extinción de un contrato de arrendamiento de un inmueble para el ejercicio de una actividad comercial por mutuo disenso de las partes y el reconocimiento de la indemnización al arrendatario *ex artículo 34 de la l. n. 392/1978* por la pérdida de clientela. (*Alma R. G.*)

MALINVAUD, PH.: «Droits et obligations des sous-traitants dans les marchés privés», *RDIImm*, 2006, núm. 3, pp. 165-172.

Se estudia de la reforma legislativa y la jurisprudencia sobre los mercados privados, tomando como base las discusiones doctrinales de los años precedentes. (*I. S. P.*)

MANAOUIL, C./GRASER, M.: «L'indemnisation des victimes de l'amiante», *GP*, 2006, núm. 81-82, pp. 2-12.

Se estudia la evolución del contencioso mantenido por las víctimas del amianto. (*I. S. P.*)

MARCHIO, A.: «Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori», *NLCC*, 2006, núm. 3, pp. 583-588.

Comentario al Reglamento CE n. 2006/04, sobre armonización de la normativa de la tutela de los consumidores: medidas de control, determinación de autoridades competentes y formas y facultades de actuación. (*M. R. D. R.*)

MARGUÉNAUD, J. P./DUBOS, O.: «Le droit communautaire et les produits cosmétiques experimentes sur les animaux», *RDS*, 2006, núm. 26, pp. 1774-1777.

Importancia de la protección de los animales mediante el derecho comunitario como seres con valor jurídico. Esta protección lleva a impedir los experimentos de productos con animales. (*R. A. R.*)

MEDICUS, D.: «Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden», *JZ*, núm. 17/2006, pp. 805 ss.

En opinión del autor, la impresión de simplicidad de la regulación del BGB en materia de indemnización de daños y perjuicios resulta engañosa. En este sentido analiza tres aspectos novedosos: la tendencia a la comercialización, la indemnización como sanción y el daño colectivo. (*B. T. G.*)

MICARI, G.: «L'azione di indebito arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione e il principio giurisprudenziale del riconoscimento dell'inutiliter coeptum – nota a Cass. 30 luglio 2004 n. 14570», *GC*, 2005, núm. 11, pp. 2676-2691. (*M. R. D. R.*)

MONTICELLI, S.: «Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto», *CI*, 2006, núm. 1, pp. 215-225.

Los poderes de oficio del juez a la luz del artículo 7 d. lgs. n. 231 de 2002: la posibilidad de una intervención correctiva sobre los términos económicos del contrato. Novedad de la norma, finalidad e intereses tutelados. Límites del poder de oficio del juez y criterios de referencia. (*Alma R. G.*)

MONTINARO, R.: «Contratto innominato nella dottrina italiana della seconda metà del secolo XIX e nel pensiero di Giuseppe Messina», *GC*, 2005, núm. 12, pp. 497-516.

Estudio del contrato innombrado desde la óptica de la doctrina italiana y francesa de la segunda mitad del siglo XIX: concepto, límites a la autonomía de la voluntad, clases, régimen jurídico aplicable. (*M. R. D. R.*)

MORACE PINELLI, A.: «Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile – nota a Cass. 10 maggio 2005 n. 9801», *GC*, 2006, núm. 1, pp. 98-108. (*M. R. D. R.*)

MORESE, R.: «La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per recesso ingiustificato da trattative con privato e risarcimento del danno», *NGCC*, 2006, núm. 4, pp. 355-364.

Responsabilidad precontractual de la Administración por el abandono sin justa causa de los tratos preliminares que mantenía con un particular. (*Alma R. G.*)

MUCCIOLI, N.: «L'attività pericolosa: un'autonoma fonte di responsabilità tra contratto e responsabilità oggettiva», *NGCC*, 2006, núm. 3, pp. 321-330.

Comentario jurisprudencial en torno a la noción de actividad peligrosa y el fenómeno de la navegación aérea. Responsabilidad del transportista en el transporte de cortesía o amistad. (*Alma R. G.*)

MURGO, C.: «Le locazioni ad uso commerciale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione», *NGCC*, 2006, núm. 2, pp. 95-102.

Distinción entre las normas que regulan el contrato de arrendamiento de vivienda y el de arrendamiento de uso distinto del de vivienda en el ámbito de la l. 27 de julio de 1978 n. 392, en concreto, diferencias en los aspectos relativos a la duración del contrato de arrendamiento, a la renovación del mismo y a su eventual denegación. (*Alma R. G.*)

MUSOLINO, M.: «Le cessioni del credito: funzione di garanzia e revocatoria fallimentare», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 1, pp. 61-103.

Análisis de la cesión de créditos en garantía a la luz del Decreto Legislativo 170/2004, de 21 de mayo, que traspone la Directiva 2002/47/CE. El autor se centra en los efectos revocatorios de la cesión en caso de concurso. (B. F. G.)

NASSALL, W.: «Lauterkeit und Sittlichkeit – Zivilrechtliche Konsequenzen unlauterer Wettbewerbshandlungen?», *NJW*, núm. 3/2006, pp. 127 ss.

A partir de la sentencia del BGH de 29 de junio de 2005, el artículo expone las eventuales consecuencias civiles de los actos de competencia desleal. (B. T. G.)

NOGUÉRO, D.: «La maladie du débiteur cas de force majeure», *RDS*, 2006, núm. 23, pp. 1566-1569.

La enfermedad del deudor como fuerza mayor y, por tanto, como supuesto de exención de responsabilidad civil interpretado por la jurisprudencia francesa en dos casos de 14 de abril de 2006. Crítica del autor. (R. A. R.)

PACE, A.: «Costituzione Europea e autonomia contrattuale. Indicazioni e appunti», *RDC*, 2006, núm. 1, parte segunda, pp. 1-11.

Indicaciones sobre la disciplina de la autonomía contractual en la Constitución Europea, a propósito de la Convención de estudio sobre «Contrato y Constitución Europea», celebrado en Florencia, el 26 de noviembre 2004. (M. R. D. R.)

PAHLOW, L.: «Der Rechtsmangel beim Sachkauf», *JuS*, núm. 4/2006, pp. 289 ss.

El artículo pretende exponer las cuestiones centrales que plantean los llamados defectos jurídicos en la compraventa de cosas. (B. T. G.)

PAILLUSSEAU, J.: «Arbitrage: le choix entre le droit et l'équité», *SJ*, 2006, núm. 5, I-108, pp. 183-186.

Las partes de un contrato pueden convenir solucionar sus litigios a través de un árbitro y pueden decidir que este lo haga conforme a derecho o conforme a «amigables componendas». Entre las dos posibilidades no hay mucha diferencia. (I. S. P.)

PALMIERI, A.: «Arriva il codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra addii ed innovazioni», *FI*, 2006, núm. 2, pp. 77-82.

Algunas reflexiones sobre el Código de Consumo recientemente promulgado en Italia. (Alma R. G.)

PARENTE, F.: «La responsabilità civile per danni cagionati alla fauna selvatica omeotermica», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 1, pp. 104-120.

La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados a la fauna selvática. (B. F. G.)

PATTI, S.: «La “globalizzazione” e il diritto dei contratti», *NGCC*, 2006, núm. 3, pp. 149-151.

Aplicación de la categoría de la globalización al ámbito contractual. (*Alma R. G.*)

PELLEGRINI, L.: «Ancora sulla morte del comodante durante la vigenza del rapporto di comodato», *NGCC*, 2006, núm. 5, pp. 276-283.

Artículo dedicado a la muerte del comodante constante el contrato de comodato: precedentes jurisprudenciales, necesidad de distinguir según que la muerte del comodante se produzca en un contrato con un término de duración fijado o se trate de un comodato en precario, inidoneidad del *intuitus personae* para impedir el subingreso de los herederos del comodante en el contrato de comodato... (*Alma R. G.*)

PENNAZIO, R.: «La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contractual», *RTDPC*, 2006, núm. 2, pp. 421-429.

Ánalisis jurisprudencial de la incidencia de las circunstancias sobrevenidas sobre el equilibrio contractual: efectos sobre la causa, relación con el error, conexión con la condición. (*M. R. D. R.*)

PERFETTI, U.: «Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire», *NGCC*, 2006, núm. 4, pp. 187-199.

Artículo dedicado a la reducción de oficio de la cláusula penal manifestamente excesiva y, en general, al control sobre los actos de autonomía privada. (*Alma R. G.*)

PERICAUD, J. F.: «De l'incidence des causes étrangères exonératoires de la responsabilité sur la faute des contracteurs et le risque de construire», *GP*, 2006, núm. 144-145, pp. 24-33.

Examen de las causas ajenas exoneradoras de la responsabilidad del constructor. La fuerza mayor es la que define los contornos de la presunción de responsabilidad del constructor. (*I. S. P.*)

POISSONNIER, G.: «Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation», *RDS*, 2006, núm. 5, affaires, pp. 370-378.

Estudio sobre las diversas cláusulas de resolución del contrato en el crédito al consumo. Carácter abusivo y validez de éstas. (*R. A. R.*)

PUTORTÍ, V.: «La risoluzione anticipata del contratto», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 1, pp. 121-167.

El autor extrae los presupuestos y los límites de la resolución anticipada analizando casos concretos y tomando en consideración, además de la propia normativa y jurisprudencia italiana, el régimen previsto para este remedio en la CISG, los PECL y los PICC. (*B. F. G.*)

QUADRI, R.: «La circolazione dei beni del “patrimonio separato”», *NGCC*, 2006, núm. 1, pp. 7-17.

El análisis de recientes desarrollos normativos en el ordenamiento italiano permite al autor de este artículo concluir cómo el legislador tiene una

indudable apertura hacia la utilización de la técnica del patrimonio separado. Estudia, entre otros aspectos, el pretendido carácter de la indisponibilidad de los bienes que constituyen el patrimonio separado, la oponibilidad del acto de disposición de bienes inmuebles que integran el patrimonio separado, la disciplina de los actos de disposición de los bienes del fondo patrimonial, los actos dispositivos de los frutos de los bienes de dicho fondo... (*Alma R. G.*)

QUARTICELLI, P.: «Notifica della cessione dei crediti effettuata con lettera raccomandata, presunzione di conoscenza ed onere probatorio», *NGCC*, 2006, núm. 2, pp. 163-167.

Comentario jurisprudencial sobre la figura de la cesión de crédito en el ordenamiento italiano. (*Alma R. G.*)

RECANO, P.: «Profili storici della promessa unilaterale», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 1, pp. 168-227.

Estudio histórico de la promesa unilateral, desde el derecho romano a la codificación italiana de 1942, pasando por el derecho canónico y la doctrina alemana del siglo XIX. (*B. F. G.*)

RICHTER, K.: «Privatautonomie und Verbraucherschutz im Lichte der Pläne zur Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches. Dargestellt am Beispiel des Letzverkäuferregresses», *AcP*, núm. 1, 2006, pp. 3-27.

El artículo plantea la posible elección por las partes contractuales entre el Derecho interno y un hipotético Código Civil europeo, a propósito del derecho de regreso que tiene el primer vendedor contra el productor, cuando el último adquirente es un consumidor. El problema radica en este caso en que el § 478, 4 y 5 BGB no permite que el productor y el primer comprador empresario de la cadena acuerden un régimen de responsabilidad distinto al previsto legalmente. (*M. G.-R.*)

RICKETSON, S.: «Chronique d'Australie», *RIDA*, núm. 209, julio 2006, pp. 127-253.

El autor describe la notable evolución legislativa y jurisprudencial que ha experimentado el derecho de autor en Australia durante los últimos seis años. (*C. J. D.*)

RIZZO, N.: «Profili della responsabilità per cose in custodia», *NGCC*, 2006, núm. 3, pp. 307-318.

Comentario jurisprudencial en torno a los daños producidos por las cosas que se tienen bajo custodia: ¿Se trata de una responsabilidad objetiva o de una responsabilidad por culpa? (*Alma R. G.*)

ROULET, V.: «Deux contrats à bien agencer. Le contrat de maîtrisse d'oeuvre et la convention de groupement momentané de maîtres d'oeuvre», *GP*, 2006, núm. 144-145, pp. 36-48.

Estudio de estos contratos y de las prestaciones en ellos contenidas. (*R. A. R.*)

— «L'assurance construction dommages aux existants. Un engagement de la profession», *GP*, 2006, núm. 144-145, pp. 33-36.

Las modalidades y su regulación. (*I. S. P.*)

ROUVIÈRE, F.: «L'envers du paiement», *RDS*, 2006, núm. 7, pp. 481-484.

El pago como forma de satisfacer el interés del acreedor y el pago como decepción del acreedor en los casos de incumplimiento o impago. (*R. A. R.*)

SABBATELLI, I.: «Risarcimento del danno per colpevole ritardo dell'assicuratore nell'adempimento e domanda giudiziale», *NGCC*, 2006, núm. 1, pp. 3-6.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad civil de la compañía de seguros en un supuesto de mala gestión, en concreto, por su falta de diligencia en el cumplimiento del contrato. (*Alma R. G.*)

— «Risarcimento del danno da circolazione stradale e comportamento non conciliativo del danneggiato», *NGCC*, 2006, núm. 3, pp. 240-244.

Comentario jurisprudencial sobre el deber de colaboración de la víctima de un accidente de circulación con la compañía de seguros de la responsabilidad civil. (*Alma R. G.*)

SAINT-ESTEBAN, R.: «La charge de la preuve en matière de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur», *RDS*, 2006, núm. 23, affaires, pp. 1610-1613.

La publicidad engañosa: la carga de la prueba no debe invertirse porque no se protege al consumidor. (*R. A. R.*)

SALANITRO, U.: «Contratto d'opera intellettuale e controprestazione incerta: i dubbi sulla validità della clausola subordinativa del compenso, e sull'applicabilità alla stessa della disciplina della condizione, davanti alle sezioni unite», *NGCC*, 2006, núm. 4, pp. 421-428.

Inserción en un contrato de obra intelectual, que tiene por objeto la realización de un proyecto de obra pública entre un ingeniero y un ayuntamiento, de una cláusula, muy difundida en la práctica, que subordina, a la financiación posterior de la obra proyectada, el derecho del profesional al pago del precio. (*Alma R. G.*)

SALOMONE, E.: «Il foro del consumatore tra diritto positivo e judge made law», *RTDPC*, 2006, núm. 2, pp. 625-654.

Comentario doctrinal y jurisprudencial del artículo 1469-bis.3, n. 19, c.c.: Normativa especial y competencia jurisdiccional en los contratos con consumidores. Tendencia de la Unión Europea. (*M. R. D. R.*)

SANGERMANO, F.: «La fattispecie della responsabilità del proprietario per rovina di edificio innanzi alla Supr. Corte: *nihil sub sole novi*», *NGCC*, 2006, núm. 2, pp. 211-216.

Comentario jurisprudencial sobre la *ratio legis* del artículo 2053 del código civil italiano y sobre los principios de responsabilidad civil objetiva por los daños causados por la ruina de un edificio. (*Alma R. G.*)

SCARANO, L.: «Problematiche e casistica in tema di responsabilità per esercizio di attività pericolose – osservazione a Cass. 26 aprile 2004 n. 7916», *GC*, 2005, núm. 12, pp. 3123-3129. (*M. R. D. R.*)

SCHLINKER, S.: «Sachmängelhaftung bei gemischter Schekung –Aktuelle Fragen nach der Reform des Schuldrechts-», *AcP*, núm. 1, 2006, pp. 28-55.

El problema de los vicios de la cosa en el caso de la venta mixta con donación, conforme a la reforma alemana del Derecho de obligaciones. Para el autor, conforme a la teoría pandectística de la separación, el adquirente puede ejercitarse sus derechos de garantía sólo respecto de la parte onerosa del contrato. (*M. G.-R.*)

SCHMIDT, K.: «Verbraucherbegriff und Verbrauchervertrag-Grundlagen des § 13 BGB», *JuS*, núm. 1/2006, pp. 1 ss.

A propósito de la normativa de protección del consumidor y las nociones que la delimitan –consumidor y empresario–, el autor se plantea si el concepto de consumidor debe configurarse no tanto en relación con el *status* de una persona, sino con la noción de contrato de consumo. (*B. T. G.*)

SCHÖNDORF-HAUBOLD, B.: «Die Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von EG-Recht durch nationale Gerichte», *JuS*, núm. 2/2006, pp. 112 ss.

La autora examina la responsabilidad que corresponde a los Estados miembros en la hipótesis de inobservancia del Derecho comunitario por parte de los tribunales nacionales. (*B. T. G.*)

SCHROETER, U.G.: «Das Wahlrecht des Käufers im Rahmen der Nacherfüllung», *NJW*, núm. 25/2006, pp. 1761 ss.

El artículo analiza las posibilidades de elección que corresponden al comprador en caso de que sea necesaria una nueva actuación para lograr una ejecución satisfactoria. (*B. T. G.*)

SCODITTI, E.: «Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore», *RDC*, 2006, núm. 1, parte prima, pp. 119-143.

Comentario acerca de los efectos en el Derecho de los consumidores de la nulidad de cláusulas abusivas: responsabilidad precontractual y resarcibilidad del daño, el artículo 33 del *Codice del consumo*. (*M. R. D. R.*)

— «Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale», *FI*, 2006, núm. 4, pp. 1107-1111.

Reglas de lealtad y corrección durante la fase de formación del contrato. (*Alma R. G.*)

SCHWAB, M. : «Der verbraucherschützende Widerruf und die Grenzen der Rechtskraft», *JZ*, núm. 4/2006, pp. 170 ss.

El artículo examina las consecuencias jurídicas que la revocación de una obligación, como medida de protección del consumidor, tiene respecto de la eficacia jurídica de los títulos. (*B. T. G.*)

SEBASTIO, F.: «Sul carattere ingannevole del messaggio pubblicitario che reclamizza come gestione alberghiera un'attività di affittacamere - osservazione a AGCM 16 dicembre 2004 n. 13868», *GC*, 2005, núm. 11, pp. 2880-2883. (*M. R. D. R.*)

SEVERINI, E.: «La girata di titoli di credito a mezzo di rappresentante – nota a Cass. 23 aprile 2004 n. 7761 e Cass. 30 marzo 2004 n. 6282», *GC*, 2005, núm. 12, pp. 3137-3141. (*M. R. D. R.*)

SICCHIERO, G.: «Nullità per inadempimento?», *CI*, 2006, núm. 2, pp. 368-396.

El incumplimiento del contrato, ¿es causa de nulidad del mismo?
(*Alma R. G.*)

SLOBODENJUK, D.: «Vetragliche Anwaltpflichten - überspanntes Haftungsrisiko?», *NJW*, núm. 3/2006, pp. 113 ss.

Teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial actual, el artículo analiza los deberes contractuales del abogado y se muestra crítico de lo que considera un riesgo excesivo de responsabilidad como resultado de la interpretación jurisprudencial. (*B. T. G.*)

SPENCE, M. / ENDICOTT, T.: «Vagueness in the Scope of Copyright », *L. Q. R.*, octubre 2005, vol. 121, pp. 657-680.

La propiedad intelectual es un derecho que, por su propia naturaleza, carece de contornos definidos. Esa vaguedad permite a los tribunales hacer frente a nuevas realidades, pero al mismo tiempo les confiere un amplio poder que puede rayar la arbitrariedad. Puesto que la característica de la indefinición de los límites parece consustancial al derecho de propiedad intelectual, los autores abogan por establecer ciertos mecanismos de control de la actuación de los tribunales. Una de las técnicas podría consistir en definir una serie de principios que guiaran la actuación de los jueces y tribunales y que, al tiempo que les ofrece suficiente flexibilidad en el ejercicio de su función jurisdiccional, proporcionen al operador jurídico cierta capacidad para anticipar el sentido de futuras resoluciones judiciales. (*J. S. F.*)

SPICKHOFF, A.: «Die Entwicklung des Arztrechts 2005/2006», *NJW*, núm. 23/2006, pp. 1630 ss.

El autor comenta los aspectos más relevantes de la evolución en los dos últimos años del Derecho médico-sanitario, incluyendo, entre otras cuestiones, el tema de la responsabilidad médica. (*B. T. G.*)

STERLIN, JP./STERLIN, CH.: «Bail rural: PAC, PACS et PAX», *GP*, 2006, núm. 204-206, pp. 17-18.

La influencia de la política agraria común en los arrendamientos rurales.
(*R. A. R.*)

SQUARCIA, E.: «Vendita piramidale e tutela dei consumatori: un intervento settoriale da inserire nella più globale e completa riforma del codice del consumo», *NLCC*, 2006, núm. 3, pp. 601-617.

Comentario a la l. 17 de agosto de 2005, n. 173, sobre venta piramidal: venta a domicilio, relación entre productor y vendedor, sanciones y medios de tutela del consumidor. (*M. R. D. R.*)

TEICHMANN, A.: «Die Rechtsprechung zum Reiserecht in den Jahren 2001 bis 2005 (Teil 1 und 2)», *JZ*, núm. 9-10/2006, pp. 445 ss. y 499 ss.

El examen de las decisiones judiciales recaídas en materia de viajes en los últimos cinco años muestra que –como en el informe relativo a los años 1986-1993 (*JZ* 1993, 823, 990)– la aplicación de las normas, la conclusión del contrato y, especialmente, las desviaciones respecto de la ejecución programada plantean un buen número de interrogantes. (*B. T. G.*)

TEISSONNIÈRE, G.: «La responsabilité des agences de voyages en ligne après l'adoption de l'article 15 de la ICEN», *GP*, 2006, núm. 92-94, pp. 6-11.

A partir de la Ley de 1992 queda regulada la responsabilidad de las agencias de viajes, por ley de 2004, el artículo 15 se aplica igualmente a las operaciones en comercio electrónico. (*R. A. R.*)

TONNER, K.: «Der Luftbeförderungsvertrag zwischen europäischer und globaler Regulierung», *NJW*, núm. 26/2006, pp. 1854 ss.

El artículo se ocupa de la regulación tanto internacional como comunitaria aplicable al contrato de transporte aéreo. (*B. T. G.*)

TORELLI, A.: «Contratti a distanza e tutela del consumatore. La nuova disciplina nella commercializzazione dei servizi finanziari», *NLCC*, 2006, núm. 3, pp. 621-651.

Notas sobre el d.lgs. 19 de agosto de 2005, n. 190, en relación al mercado de la comercialización a distancia de servicios financieros y la elección europea de política legislativa y económica. Encuadramiento de la Directiva 2/65/CE en el sistema normativo vigente: principios de la Directiva, ámbito de aplicación, obligación de informar, derecho de desistimiento, medios de tutela del consumidor. (*M. R. D. R.*)

TRAVI, A.: «Tutela risarcitoria e reparto di giurisdizione: un nuevo intervento della Cassazione», *FI*, 2006, núm. 4, pp. 1059-1062.

Conflicto entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa en un caso de pretensión resarcitoria por parte de un particular que ha sufrido ciertas lesiones a consecuencia de la adopción de un procedimiento administrativo. (*Alma R. G.*)

TREPPOZ, E.: «Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain?», *RIDA*, núm. 209, julio 2006, pp. 51-125.

Análisis de los criterios que son jurídicamente relevantes a efectos de determinar qué obras están protegidas por el derecho de autor, dentro del arte contemporáneo. (*C. J. D.*)

VV. AA.: «Droit du ski», *GP*, 2006, núm. 50-52.

Estudios varios sobre supuestos de responsabilidad por supuestos de accidentes al practicar el esquí. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Cahiers de l'arbitrage», *GP*, 2006, núm. 111-112.

Número especial dedicado a diversos aspectos del arbitraje: cláusulas en el transporte marítimo, gestión del tiempo, nueva regulación en Austria e Italia, etc. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «La réparation du dommage corporel», *GP*, 2006, núm. 193-194.

Estudios diversos sobre los daños corporales: indemnización, valoración; reconocimiento, baremos, y rentas. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Gazette du droit des technologies avancées», *GP*, 2006, núm. 200-201.

Estudios varios sobre la influencia de las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico. Daños y su indemnización, protección de datos, etc. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Coloquio sobre historia legal comparada del enriquecimiento injusto, commerativo de los 25 años de cátedra del profesor Eltjo Schrage», *ERPL*, núm. 3, 2006, pp. 305-470.

Publicación de las distintas conferencias de un coloquio sobre enriquecimiento injusto en honor de un reconocido experto europeo en este ámbito. Extraordinariamente instructivo para los juristas interesados en este difícil campo. (M. G.-R.)

WEBB, Ch.: «Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation», *Oxford J. Legal Stud.*, 2006, vol. 26, núm. 1, pp. 41-71.

En el Derecho de contratos inglés, la indemnización por incumplimiento contractual tiene en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento (*performance interest*). Esto olvida que cumplimiento del contrato e indemnización de daños derivados del incumplimiento son cosas muy diferentes. Si se distinguiese entre ambos conceptos de un modo más claro, habría que replantear aspectos importantes de la teoría del Derecho de contratos. (A. R. G.)

WELLER, M.-P. : «Die FIFA-Fußball-WM 2006 im Lichte des Privatrechts», *JuS*, núm. 6/2006, pp. 497 ss.

El autor analiza las principales cuestiones jurídicas de Derecho privado relacionadas con la celebración del Campeonato del Mundo de Fútbol 2006. (B. T. G.)

WENDEHORST, C.: «Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht», *AcP*, núms. 2/3, 2006, pp. 205-299.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «Un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de acción», de 12 de febrero de 2003, nombra, junto al Derecho de la compraventa, del seguro y de los contratos con los consumidores, el Derecho de las prestaciones o servicios como materia que a medio o largo plazo ha de ser objeto de algún tipo de legislación europea. La autora del artículo se centra en este Derecho de servicios en el ámbito alemán, y luego intenta extrapolarlo al ámbito europeo. (M. G.-R.)

WIESEMANN, H. P./FALLETTI, E.: «Internet Auctions and Harmonization. A comparison between Italy and Germany», *ERPL*, núm. 1, 2006, pp. 3-21.

El objeto del artículo es mostrar como están actuando la Directivas comunitarias en la armonización del Derecho privado de las subastas en internet y los contratos a distancia. Se hace una especial comparación de la implementación de las Directivas en Derecho italiano y alemán. (M. G.-R.)

ZANNINI, P.: «Comodato, precario, comodato-precario: maneggiare con cura», *RDC*, 2006, núm. 1, parte prima, pp. 1-5.

Determinación de las similitudes y diferencias entre la figura del comodato y el precario. (M. R. D. R.)

ZAVARO, M.: «L'objet de l'assurance dommages ouvrage», *RDI*mm, 2006, núm. 2, pp. 83-87.

El seguro de daños por obra tiene por objeto garantizar la prefinanciación de los gastos de reparación de daños de los que son responsables los constructores. Se hace un estudio jurisprudencial al respecto. (*I. S. P.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AMENDOLA, A.: «Diritto di autore sulla colonna musicale di opera cinematografica e sostituzione della musica», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 4, pp. 530-535.

Comentario de sentencia relativo a la determinación del régimen de tutela jurídica reconocido al autor de la banda sonora de una película. (*Alma R. G.*)

BARILLA, G.B.: «Il pegno tra codice civile e legislazione speciale: in particolare sulla rotatività», *NGCC*, 2006, núm. 1, pp. 18-37.

La práctica bancaria y comercial hace surgir continuamente figuras nuevas, que plantean numerosos problemas de coordinación con la vigente normativa: así, por ejemplo, se plantea la ineficacia de la rígida normativa reguladora de la prenda en el caso de la prenda que se usa como instrumento de garantía para todas las relaciones existentes entre el cliente y la entidad bancaria (la llamada *prenda omnibus*). (*Alma R. G.*)

BOTTONI, F.: «In tema di condominio, presunzione di coproprietà e vincoli di destinazione», *NGCC*, 2006, núm. 4, pp. 341-348.

Presunción de copropiedad del artículo 1117 del Código civil italiano. Las limitaciones al uso de la propiedad exclusiva de los copropietarios. Inscripción de las obligaciones *propter rem*. (*Alma R. G.*)

CARUSO, M. A.: «Diritto di autore, libertà di fruizione delle informazioni e open source», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 1, pp. 20-67.

Estudio de la relación existente entre el derecho de propiedad intelectual reconocido al autor de una obra del ingenio y el más general interés de la colectividad a la libre circulación de las ideas; particular atención a las obras *open source*. (*Alma R. G.*)

CERULO, A.: «Locazione della quota: vecchi e nuovi problemi», *NGCC*, 2006, núm. 2, pp. 201-208.

Comentario jurisprudencial en torno a la admisión del contrato de arrendamiento de la cuota de un bien común. (*Alma R. G.*)

CHEYNET DE BEAUPRÉ, A.: «L'expropriation pour cause d'utilité privée», *SJ*, 2006, núm. 24, I-144, pp. 1113-1118.

¿La expropiación por causa de utilidad privada existe? Sí, desde hace tiempo, se emancipó de la tutela publicista teniendo hoy día su dominio de aplicación. (*I. S. P.*)

COSTANZA, M.: «Possesso e tolleranza - nota a Cass. 20 giugno 2005 n. 13218», *GC*, 2006, núm. 2, pp. 363-365. (*M. R. D. R.*)

CUNEGATTI, B.: «Prime osservazioni alla Direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004 “Sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale”: come dovrà cambiare il diritto di autore in ambito nazionale», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 2, pp. 169-194.

Estudio de la Directiva 2004/48/CE de 29 de abril de 2004 sobre respeto de los derechos de propiedad intelectual: objeto de la intervención comunitaria, sujetos legitimados para actuar frente a la vulneración de los derechos, sujetos responsables, medidas de tutela, cuantificación del daño resarcible... (*Alma R. G.*)

DROSS, W.: «Le singulier destin de l'article 2279 du code civil», *RTDC*, 2006, núm. 1, pp. 27-52. (*I. S. P.*)

EDELMAN, B.: «Nouvelle enquête sur le droit moral des artistes-interprètes», *RDS*, 2006, núm. 17, affaires, pp. 1168-1171.

Los artistas intérpretes enfrentados doblemente: frente al poder económico de los productores y frente a los derechos vecinos que de ellos derivan. (*R. A. R.*)

FABIANI, M.: «*Creative Commons*. Un nuovo modello di licenza per l'utilizzazione di opere in Internet», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 2, pp. 157-168.

Estudio del contrato de licencia *Creative Commons*, nuevo sistema de licencia del derecho de autor para la utilización de obras protegidas. (*Alma R. G.*)

— «Il caso M.G.M. contro Grokster. Ovvero della responsabilità per l'altruì indebito utilizzo di opere protette», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 1, pp. 14-19.

Artículo sobre una sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU., dictada en junio de 2005, que se pronuncia sobre una controversia que oponía a la *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc.* a la *Grokster, Ltd.* y otros por la utilización en Internet de obras protegidas por *Copyright* sin el consentimiento de los legítimos titulares de los derechos. (*Alma R. G.*)

— «Il giardino, oggetto di diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 4, pp. 483-485.

Una reciente sentencia francesa ha reconocido que un jardín puede encuadrarse entre las obras del ingenio y además ha precisado que la titularidad del derecho, ya moral, ya patrimonial, debe atribuirse al arquitecto que lo ha proyectado y lo ha realizado. (*Alma R. G.*)

FABIO, P. DI: «Il giornalismo telematico: profili giuridici, diritti degli autori e problemi aperti», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 1, pp. 68-91.

Estudio de las repercusiones que las nuevas tecnologías han tenido en el sector de la información, principalmente periodístico. El derecho de autor periodístico, ya en parte derogado por la contratación colectiva, avanza hacia una verdadera revolución alrededor de los derechos de utilización de los nuevos productos editoriales. (*Alma R. G.*)

GILETTA, A.: «I riflessi dell'erronea individuazione degli immobili sulla loro circolazione giuridica», *NGCC*, 2006, núm. 2, pp. 226-237.

Comentario jurisprudencial sobre la función de los datos catastrales en la Ley 52/1985, en concreto, relevancia de los datos catastrales a los fines de su oponibilidad frente a terceros. (*Alma R. G.*)

GIOIA, G.: «La tutela giurisdizionale della proprietà industriale», *NLCC*, 2006, núm. 1, pp. 1-24.

Comentario a los artículos 117-146 d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 «*Codice della proprietà industriale, a norma dell'art. 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273*»: acciones de tutela de la propiedad industrial, en particular la reivindicación y la de nulidad; competencia jurisdiccional; acciones cautelares, inhibitoria; expropiación forzosa y medidas contra la piratería. (*M. R. D. R.*)

GRYNBAUM, L.: «Une illustration de la faute lucrative: le “piratage” de logiciels», *RDS*, 2006, núm. 9, affaires, pp. 655-660.

Violación de los derechos de explotación mediante la reproducción, utilización y comercialización no autorizada. Sanciones penales y civiles. (*R. A. R.*)

GUIZZARDI, S.: «Brevi note in materia di diritto esclusivo degli artisti interpreti», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 4, pp. 551-553.

Comentario jurisprudencial sobre los derechos patrimoniales de artistas intérpretes ejecutores. (*Alma R. G.*)

IZZO, N.: «L'amministratore e la difesa del condominio - nota a Cass. 4 maggio 2005 n. 9206», *GC*, 2006, núm. 1, pp. 116-129. (*M. R. D. R.*)

— «Sulla proprietà delle cose comuni nel condominio edilizio – osservazione a Cass. 16 luglio 2004 n. 13279», *GC*, 2005, núm. 12, pp. 3083-3085. (*M. R. D. R.*)

KATZENSTEIN, M.: «Übergang vom vindikatorischen Heraugabeanspruch auf Schadenersatz nach § 281 BGB?», *AcP*, núm. 1, 2006, pp. 96-135.

Los §§ 989 y 990 BGB regulan la indemnización de daños que puede corresponderle al propietario que ejercita la reivindicación frente al poseedor ilegítimo. Por su parte, el § 281 regula el incumplimiento de la obligación permitiendo al acreedor optar por la indemnización de los daños en vez del cumplimiento específico. El autor rechaza que este último precepto sea aplicable a la liquidación de la situación posesoria del vencido en una reivindicación. (*M. G.-R.*)

LACHIÈZE, Ch.: «La délégation-sûreté», *RDS*, 2006, núm. 3, affaires, pp. 234-237.

Crítica a la jurisprudencia por impedir la creación de nuevas garantías personales, intermedias entre la fianza y las garantías autónomas. La delegación imperfecta como una posibilidad. (*R. A. R.*)

LAMARCHE, Th.: «L'accession différée: une nouvelle approche des grandes classifications», *RTDC*, 2006, núm. 1, pp. 1-25.

Partiendo del estudio de la clasificación de los derechos entre reales y personales estudia la accesión invertida como la que atribuye, en el marco de un derecho personal, un derecho en cosa ajena. (*I. S. P.*)

MARI, G.: «Plagio musicale e requisiti di creatività dell'opera oggetto di plagio», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 2, pp. 224-237.

Comentario jurisprudencial sobre plagio de las obras musicales. (*Alma R. G.*)

MARZANO, P.: «La Prassi come fonte del diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 2, pp. 195-209.

Los acuerdos colectivos. Las buenas normas técnicas dentro del sector del derecho de autor. Usos honestos, negociales, interpretativos, individuales y normativos. (*Alma R. G.*)

MOSCATI, L.: «Napoleone e la proprietà intellettuale», *RDC*, 2006, núm. 2, parte prima, pp. 179-197.

Revisión del derecho de propiedad intelectual desde la óptica de la tradición jurídica francesa: derecho intermedio, *Code Napoléon*, legislación civil y penal. (*M. R. D. R.*)

PELLEGRINI, L.: «L'usucapione speciale nel sistema pubblicitario del libro fondiario: problemi di compatibilità», *RDC*, 2005, núm. 6, parte segunda, pp. 703-711.

Ánalisis de la figura de la usucapión y su acceso al Registro de la Propiedad, a partir de la l. 10 maggio 1976, n. 346: concordancia de los datos registrales y la realidad extraregistral. (*M. R. D. R.*)

PELLEGRINO, R.: «Qualifica di produttore fonografico e requisiti probatori», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 4, pp. 563-570.

Comentario a sentencia sobre la noción de productor fonográfico y sobre los elementos probatorios necesarios para acreditar la adquisición de tal calidad, a fin de afirmar la titularidad de los derechos conexos reconocidos por los artículos 72 ss. de la ley reguladora del derecho de autor italiana. (*Alma R. G.*)

PIETTE, G.: «La nature de l'antichrèse, après l'ordonnance núm. 2006-346 du 23 mars 2006», *RDS*, 2006, núm. 24, affaires, pp. 1688-1696.

Reforma total de la anticresis como garantía real en el Código civil francés. Críticas al nuevo contrato. (*R. A. R.*)

SEBASTIO, F.: «Il pagamento dei diritti d'autore e l'estensione del diritto di prelievo da parte della SIAE: può sussistere un abuso di posizione dominante? - nota a Cass. 13 gennaio 2004 n. 267», *GC*, 2005, núm. 11, pp. 2796-2800. (*M. R. D. R.*)

SIMLER, PH.: «La réforme du droit des sûretés», *SJ*, 2006, núm. 13, I-124, pp. 597-600.

Sobre la creación del nuevo libro cuarto del Código civil publicada el 24 de marzo de 2006. (*I. S. P.*)

SIMONE, C.: «Confusione tra titoli di opere audiovisive e cinematografiche», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 4, pp. 554-560.

Comentario jurisprudencial sobre el ejercicio de los derechos de utilización económica de la obra cinematográfica. (*Alma R. G.*)

SOLER-COUTEAUX, P.: «Le nouveau régime des autorisations d'utilisation du sol: lisibilité, sécurité; conformité», *RDIIm*, 2006, núm. 1, pp. 23-29.

Estudio de la Ordenanza 1527/2005 en cuanto los regímenes de autorización, los permisos y las testificaciones urbanísticas. (*I. S. P.*)

SPADA, P.: «Quelques propos sur la légitimité de la Propriété Intellectuelle en 2005», *Dir. Aut.*, 2005, núm. 4, pp. 453-459.

Artículo sobre la legitimidad de la propiedad intelectual en el año 2005: entre otras cuestiones, la elección del beneficiario del derecho, eficacia de las técnicas de protección en ciertos contextos como el digital... (*Alma R. G.*)

TRAVERSA, P.: «A proposito del pegno con spossessamento nelle “secured transactions”», *RDC*, 2006, núm. 2, parte segunda, pp. 215-231.

Análisis de derecho comparado de la garantía pignoraticia, tras el trabajo del Grupo Kieninger, en el último volumen de la colección «The Common Core of European Private Law», Cambrige. (*M. R. D. R.*)

TRIOLA, R.: «Osservazioni in tema di modifica delle tabelle millesimali-osservazione a Cass. 28 giugno 2004 n. 11960», *GC*, 2005, núm. 11, p. 2730. (*M. R. D. R.*)

VV. AA.: «La réforme du droit des sûretés», *RDS*, 2006, núm. 19, affaires.

Diversos estudios sobre la nueva normativa de garantías contenida en el Código civil francés: hipoteca, garantías mobiliarias, los derechos de retención; procedimientos colectivos y garantías. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Commentaire de l’ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés», *SJ*, 2006, núm. 20 suplemento. (*I. S. P.*)

WICKERS, Th.: «La procédure de saisie immobilière après le décret du 27 juillet 2006», *GP*, 2006, núm. 221-222, pp. 2-8.

Estudio del procedimiento del embargo inmobiliario y las dificultades de su interpretación. (*I. S. P.*)

DERECHO DE FAMILIA

AMBROSIO, L.: «Pluralità di mediatori e posizione del mediatore abusivo», *NGCC*, 2006, núm. 3, pp. 297-301.

Naturaleza jurídica de la relación obligatoria existente entre la parte que recurre a la mediación y los mediadores. (*Alma R. G.*)

AYEWOUADAN, A.: «La médiation “en ligne”», *SJ*, 2006, núm. 19, I-138, pp. 945-949.

Nos habla este estudio de la falta de adaptación de la justicia ordinaria para resolver los conflictos de los intercambios por Internet y la posibilidad de la mediación como alternativa. (*I. S. P.*)

BETTETINI, A.: «Interesse del minore e integrità della famiglia in una nuova legge della regione Lombardia», *RDC*, 2006, núm. 2, parte segunda, pp. 233-248.

Estudio de la l. 14 dicembre 2004, n. 34 de Lombardia sobre política familiar, respecto del acogimiento y la adopción: necesidad de conciliar Familia, Sociedad, Estado. (*M. R. D. R.*)

BILOTTA, F.: «Matrimonio (gay) all’italiana», *NGCC*, 2006, núm. 1, pp. 91-100.

Comentario a sentencia sobre el matrimonio y la orientación sexual de los contrayentes en el ordenamiento italiano. (*Alma R. G.*)

BINET, J. R.: «Clause de non-divorce et libéralités conjugales: un heureux mariage», *RDS*, 2006, núm. 28, pp. 1923-1928.

Ánalisis de la cláusula que habitualmente se inserta en las donaciones entre cónyuges por razón de matrimonio sobre resolución de la donación en caso de divorcio o separación conyugal. Análisis de su validez y razones. (*R. A. R.*)

BOECKEN, W./KLATTERNHOFF, R.: «Der Elternunterhalt bei Pflegebedürftigkeit zwischen sozialstaatlicher Verantwortung und individueller Einstandspflicht», *JZ*, núm. 6/2006, pp. 285 ss.

El artículo se ocupa de las condiciones jurídicas y socio-económicas de los alimentos a los progenitores y su configuración como responsabilidad del Estado social y como deber individual. (*B. T. G.*)

BOELE-WOELKI, K./MARTINY, D.: «Prinzipien zum Europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nachehelicher Unterhalt», *ZEuP*, núm. 1, 2006, pp. 6-20.

Un grupo de juristas europeos ha creado la asociación privada *Commission on European Family Law*, trabajando en el posible acercamiento de los distintos Derechos europeos en materia de divorcio y el derecho de alimentos posterior a él. (*M. G.-R.*)

BUSACCA, A.: «Mutamento di fede religiosa e crisi della famiglia tra intollerabilità ed addebito della separazione dei coniugi», *DFP*, 2005, núm. 3, pp. 797-819.

Artículo dedicado al conflicto entre el derecho de libertad religiosa de uno de los cónyuges y los derechos del otro cónyuge y de la prole: cambio por parte de uno de los cónyuges, durante el matrimonio, del propio credo religioso. (*Alma R. G.*)

CALVO, R.: «Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori», *RTDPC*, 2006, núm. 1, pp. 15-49.

Estudio de la reserva de los derechos de habitación y de uso reconocidos a favor del cónyuge supérstite, no separado, por el artículo 540.2 c.c.: coordinación con las instituciones tradicionales del derecho sucesorio y con la publicidad de los actos *mortis causa* del artículo 2648 CC. (*M. R. D. R.*)

CAVANA, P.: «Appunti sulla l.n. 40/2004 e sui quesiti referendari in materia di procreazione medicalmente assistita», *DFP*, 2005, núm. 2, pp. 413-444.

Estudio de la l. n. 40/2004, de 19 de febrero, sobre la procreación médica asistida en relación con los derechos y deberes de los progenitores respecto a la filiación. Petición de referendum para la nulidad parcial de dicha ley. (*Alma R. G.*)

— «Sulla intrascrivibilità dell’atto di matrimonio validamente contratto all’estero tra persone dello stesso sesso», *DFP*, 2005, núm. 4, pp. 1259-1278.

Consecuencias jurídicas que posee en Italia el matrimonio entre personas del mismo sexo contraído de forma válida en el extranjero. (*Alma R. G.*)

CEA, C.: «I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l.n. 80/2005», *RDC*, 2006, núm. 2, parte segunda, pp. 103-143.

Revisión del proceso de separación y divorcio tras la Ley 80/2005.
(*M. R. D. R.*)

COMOGLIO, L. P.: «Diritto di difesa e condizioni di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali», *NGCC*, 2006, núm. 2, pp. 73-93.

Los principios constitucionales y los límites al reconocimiento civil de las sentencias eclesiásticas declarativas de la nulidad del matrimonio canónico. Defensa, derecho a la información y valores fundamentales de justicia en las relaciones entre el proceso canónico y el proceso estatal. (*Alma R. G.*)

CORPART, I.: «Plus de solidarité familiale pour l'avenir des enfants handicapés», *SJ*, 2006, núm. 14, I-128, pp. 661-665.

Sobre la reforma del derecho de sucesiones para solucionar el problema de los recursos necesarios para el mantenimiento de las personas con discapacidad mental o física. (*I. S. P.*)

DANOVI, F.: «È davvero irrilevante (e inattaccabile) la simulazione della separazione?», *DFP*, 2005, núm. 2, pp. 455-471.

Comentario a sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre las consecuencias jurídicas que posee la simulación de los acuerdos de separación personal de los cónyuges. (*Alma R. G.*)

DIONISI-PEYRUSSE, A.: «La sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance núm. 2005-759 du 4 juillet 2005», *RDS*, 2006, núm. 9, pp. 612-616.

Nueva normativa sobre el reconocimiento de la filiación materna y paterna en Francia. Aseguramiento de la filiación paterna incluso fuera del matrimonio, mediante la presunción. (*R. A. R.*)

FERRARO, B.: «Profili della disciplina sulla fecondazione medicalmente assistita», *DFP*, 2005, núm. 1, pp. 246-253.

Análisis de diversas cuestiones que suscitan las técnicas de reproducción asistida, entre otras, problemas de legitimidad constitucional. (*Alma R. G.*)

FULCHIRON, H.: «Le droit français et les mariages homosexuels étrangers», *RDS*, 2006, núm. 19, pp. 1253-1258.

Problemas jurídicos de aceptación de los matrimonios homosexuales en Francia, cuando su derecho no los reconoce. Su incidencia en los derechos fundamentales. (*R. A. R.*)

GALOPPINI, A.: «Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano», *DFP*, 2005, núm. 3, pp. 969-989.

Admisión y consecuencias jurídicas que posee el repudio en el ordenamiento italiano. (*Alma R. G.*)

GALUPPI, G.: «Brevi considerazioni su un decreto della Corte d'appello di Torino relativo all'applicazione dell'art. 24 della l.n. 149/2001», *DFP*, 2005, núm. 3, pp. 905-917.

Intereses, exigencias y requisitos en torno a la adopción de un mayor de edad. (*Alma R. G.*)

— «Effetti ed implicazioni d'ordine psicologico e psichico dell'inosservanza dei doveri di lealtà, correttezza e solidarietà tra nubendi», *DFP*, 2005, núm. 4, pp. 1157-1164.

Comentario jurisprudencial sobre el deber de información entre los cónyuges y las consecuencias de su violación, en concreto, violación del derecho de todo contrayente a una vida sexual normal ante la falta de información de las condiciones psicofísicas de uno de los cónyuges que inciden negativamente sobre la finalidad del matrimonio. (*Alma R. G.*)

GARE, Th.: «L'ordonnance portant réforme de la filiation», *SJ*, 2006, núm. 23, I-144, pp. 1103-1110.

El texto unifica y simplifica el derecho aplicable en materia de filiación suprimiendo la distinción entre la filiación legítima y filiación natural o estableciendo automáticamente la maternidad por indicación de nombre de la madre en el acta de nacimiento del niño. El derecho de acciones relativas a la filiación es de este modo simplificado y unificado. (*I. S. P.*)

GRANER-LAMBRECHTS, F./HAUSER, J.: «Le nouveau droit de la filiation», *RDS*, 2006, núm. 1, pp. 17-28.

El autor analiza los resultados de la nueva regulación francesa sobre la filiación: se suprime la distinción entre filiación legítima o ilegítima y se unifica el establecimiento y la contestación de la maternidad. Simplifica e iguala a los hijos. (*R. A. R.*)

GROSSI, P.: «Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana», *DFP*, 2005, núm. 2, pp. 585-599.

Ánalisis de la normativa italiana reguladora del Derecho de familia a través del estudio de la jurisprudencia constitucional. (*Alma R. G.*)

HUNTINGTON, C.: «Rights Myopia in Child Welfare», *UCLA L. R.*, febrero 2006, vol. 53, pp. 637-699.

El trabajo denuncia la «miopía» del vigente modelo de protección de menores, basado en la contraposición entre los derechos de los niños y los derechos de los padres. Para la autora, salvo en los casos más graves, es urgente cambiar este enfoque por otro basado en la solución de problemas mediante técnicas como los encuentros con las familias (*family conferencing*), que fomenten la colaboración de los interesados y permitan detectar las verdaderas causas del maltrato o del abandono, como por ejemplo la pobreza, la drogadicción o la falta de vivienda. (*J. R. I.*)

JUSTON, M.: «De la puissance paternelle aux droits de l'enfant: l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation», *GP*, 2006, núm. 223-224, pp. 2-9.

Estudio de los cambios que ha experimentado el Derecho de familia en relación con la autoridad paterna y los derechos del niño. (*I. S. P.*)

KROPPIENBERG, I.: «Die unterhaltsrechtliche Eigenverantwortung des geschiedenen Ehegatten», *JZ*, núm. 9/2006, pp. 439 ss.

A la vista de la proyectada reforma sobre la regulación de los alimentos, el autor pretende aclarar las cuestiones que se plantean a propósito de la pensión alimenticia de los cónyuges divorciados. (*B. T. G.*)

LE GUIDE: «Vue panoramique de la loi du 23 juin 2006», *SJ*, 2006, núm. 30, I-160, pp. 1489-1494.

La reforma del Derecho de sucesiones y de liberalidades, reclamada después de varios años, se hace realidad en la ley número 2006-728, de 23 de junio de 2006, entrando en vigor el 1 de enero de 2007. (*I. S. P.*)

LIPP, M.: «Ersetzung der Einwilligung des nicht sorgeberechtigten Vaters in die Adoption des Kindes?», *JZ*, núm. 2/2006, pp. 94 ss.

A propósito de la sentencia del BGH de 23 de marzo de 2005, se examina en qué circunstancias el consentimiento de un progenitor en la adopción de su hijo puede ser reemplazado por el tribunal. (*B. T. G.*)

LONG, J.: «La deliberazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale per riserva mentale unilaterale e l'operatività della tutela dell'affidamento», *NGCC*, 2006, núm. 2, pp. 185-196.

Efectos civiles de la sentencia eclesiástica de nulidad del matrimonio canónico y estudio de las consecuencias que lleva consigo en el ámbito matrimonial, en general, de las partes. (*Alma R. G.*)

MASCALI, L.: «La simulazione ed i rapporti tra coniugi in regime di comunione legale: il conflitto tra simulato alienante e coniuge del simulato acquirente», *NGCC*, 2006, núm. 1, pp. 42-48.

Comentario jurisprudencial sobre la oponibilidad de la simulación al cónyuge del adquirente de un bien que no ha celebrado el contrato simulado, estando sujetos ambos al régimen de comisión legal de bienes. (*Alma R. G.*)

MILLET, F.: «La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation», *SJ*, 2006, núm. 7, I-112, pp. 303-308.

Después de unos años de actividad legislativa prolífica en Derecho de familia la Ordenanza núm. 2005-739, de 4 de julio, ha venido a reformar la filiación. Es la complejidad de la materia la que sirve de justificación a la elaboración del texto. (*I. S. P.*)

MORACE PINELLI, A.: «Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile - nota a Cass. 10 maggio 2005 n. 9801», *GC*, 2006, núm. 1, pp. 98-108. (*M. R. D. R.*)

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «Procreazione medicalmente assistita e beta-talassemia», *DFP*, 2005, núm. 1, pp. 75-103.

Estudio de algunas cuestiones que plantean las técnicas de reproducción asistida: destino de los embriones sanos y de los embriones portadores de graves enfermedades genéticas, obligación o no de implantar todos los embriones producidos... (*Alma R. G.*)

ORLANDI, M.: «Adozione “in casi particolari” di minore straniero presente in Italia per soggiorno temporaneo», *DFP*, 2005, núm. 3, pp. 865-886.

Artículo dedicado a la figura de la adopción en supuestos especiales: menor introducido en Italia, de manera temporal, por una asociación para la tutela de menores; carente de relaciones familiares significativas en su país de origen pero con profundas relaciones afectivas nacidas entre el niño y los italianos que le hospedan... (*Alma R. G.*)

PACE, O.: «Breve evoluzione storica della nozione giuridica di “famiglia”», *DFP*, 2005, núm. 4, pp. 1127-1135.

Interpretación del concepto «núcleo familiar» a los efectos de que puedan beneficiarse de ciertas ventajas las relaciones de hecho estables y de continua convivencia. (*Alma R. G.*)

PELLEGRINO, P.: «Gli impedimenti dirimenti, in generale, nel nuovo diritto matrimoniale canonico», *DFP*, 2005, núm. 3, pp. 990-1032.

Artículo dedicado al estudio de los impedimentos matrimoniales en el nuevo ordenamiento canónico. (*Alma R. G.*)

PIRILLI, D.: «L’assegnazione della casa familiare: sussidio economico o strumento di tutela del coniuge “debole” e dei figli?», *DFP*, 2005, núm. 1, pp. 33-45.

Función y finalidad de la atribución del uso de la casa familiar en los casos de separación y divorcio: satisfacción de las exigencias psicológicas y logísticas del cónyuge y de los hijos, satisfacción de las exigencias económicas... (*Alma R. G.*)

QUADRI, E.: «La crisi del rapporto coniugale», *DFP*, 2005, núm. 1, pp. 139-151.

Artículo doctrinal dedicado a los problemas que plantean con carácter general las crisis matrimoniales. (*Alma R. G.*)

RENDÀ, A.: «Troppo ardua la prova (diretta) dell’adulterio? La parola sull’art. 235, n. 3, c.c. passa alla Consulta», *DFP*, 2005, núm. 2, pp. 482-497.

Comentario a sentencia sobre los presupuestos y condiciones de la acción de impugnación de la paternidad: necesidad de la prueba previa del adulterio de la mujer, prueba de la incompatibilidad entre las características genéticas y hematológicas del hijo y el presunto padre... (*Alma R. G.*)

REVEL, J.: «Une nouvelle famille unilinéaire: l’enfant né sous X et son père», *RDS*, 2006, núm. 25, pp. 1707-1710.

El reconocimiento paterno de la filiación y el anonimato de la madre. (*R. A. R.*)

SABATO, R.: «Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: prime elaborazioni della giurisprudenza», *NGCC*, 2006, núm. 5, pp. 237-254.

Las medidas de protección contra los abusos familiares llaman por primera vez la atención del Tribunal Supremo italiano. (*Alma R. G.*)

SANTOSUOSSO, F.: «Evoluzione normativa degli aspetti economico-patrimoniali della famiglia», *DFP*, 2005, núm. 2, pp. 600-610.

Evolución del régimen económico-patrimonial de los cónyuges en las diversas leyes italianas. (*Alma R. G.*)

SCARANO, L.: «Casa familiare», *GC*, 2005, núm. 12, pp. 23-134.

Estudio del régimen jurídico regulador de la vivienda familiar: noción, caracteres, función, posesión, título de pertenencia o uso y disfrute, atribución en supuestos de nulidad matrimonial, separación y divorcio, situación jurídica en casos de uniones de hecho, derechos sucesorios, etc. (*M. R. D. R.*)

— «Coabitazione», *GC*, 2005, núm. 12, pp. 3-20.

Estudio del derecho-obligación de convivencia familiar: entre parejas de hecho, cónyuges e hijos. (*M. R. D. R.*)

SIMLER, Ph./HILT, P.: «Le nouveau visage du Pacs: un quasi mariage», *SJ*, 2006, núm. 30, I-161, pp. 1495-1500.

La ley núm. 2006-728, de 23 de junio de 2006, que reforma las sucesiones y las liberalidades, contiene unas disposiciones relativas a los pactos civiles de solidaridad que supone una verdadera mutación. (*I. S. P.*)

TAORMINA, G.: «Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique», *RDS*, 2006, núm. 16, pp. 1071-1077.

El progreso científico ayuda a la evolución del Derecho, concretamente el autor señala el acierto de la reforma de la filiación recogiendo la asistencia médica a la procreación y la prueba de acciones para establecer la filiación. (*R. A. R.*)

DERECHO DE SUCESIONES

BERTINO, L.: «Legato di rendita vitalizia e interpretazione del testamento», *NGCC*, 2006, núm. 3, pp. 333-337.

Comentario jurisprudencial sobre interpretación testamentaria y constitución de un legado de renta vitalicia. (*Alma R. G.*)

BERTOLI, M.: «Accertamento della lesione di legittima e natura del crédito del legittimario pretermesso», *NGCC*, 2006, núm. 5, pp. 536-544.

Comentario jurisprudencial sobre la naturaleza del derecho del legítimo preterido. (*Alma R. G.*)

CALVO, R.: «Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori», *RTDPC*, 2006, núm. 1, pp. 15-49.

Estudio de la reserva de los derechos de habitación y de uso reconocidos a favor del cónyuge supérstite, no separado, por el artículo 540.2 CC: coordinación con las instituciones tradicionales del derecho sucesorio y con la publicidad de los actos *mortis causa* del artículo 2648 CC. (*M. R. D. R.*)

FLAMMINI, V.: «L'irrilevanza della morte ingiusta – nota a Cass. 14 luglio 2004, n. 13066, e Cass. 23 febbraio 2004, n. 3549», *GC*, 2005, núm. 11, pp. 2712-2726. (*M. R. D. R.*)

GAZZONI, F.: «Competitività e dagnosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)», *GC*, 2006, núm. 1, pp. 3-18.

Estudio doctrinal y jurisprudencial de la institución de la legítima y la sucesión forzosa, desde el punto de vista de la tutela del legitimario. (*M. R. D. R.*)

PASQUILI, R.: «Comunione ereditaria e operazioni divisionali: i criteri, ex articolo 720 cod. civ., di individuazione dei condividenti cui assegnare l'intero bene in presenza di più immobili indivisibili», *NGCC*, 2006, núm. 1, pp. 33-39.

Comentario jurisprudencial sobre las dificultades que plantea la partición de una comunidad hereditaria compuesta por dos inmuebles objetivamente indivisibles. (*Alma R. G.*)

VARIA

ARMAND-PRÉVOST, M.: «La médiation: trop connue, mal connue, méconnue», *GP*, 2006, núm. 8-10, pp. 2-11 y núm. 11-12, pp. 11-21.

Análisis de la mediación como procedimiento de solución de conflictos en todos los ámbitos: judicial, convencional, familiar, en la educación, etc. Y su finalidad. (*R. A. R.*)

GLANERT, S.: «Zur Sprache gebracht: Rechtsvereinheitlichung in Europa», *ERPL*, núm. 2, 2006, pp. 157-174.

Artículo de una especialista en traducción sobre las dificultades de la unificación jurídica europea partiendo de la diversidad idiomática. (*M. G.-R.*)

LEPAGE, C.: «OGM: où en est-on?», *GP*, 2006, núm. 209-210, pp. 3-6.

Sobre la situación francesa de las «OGM» que el autor califica de jurídicamente complicada y políticamente intervenida. (*I. S. P.*)

SÁNCHEZ LORENZO, S.: «What Do We Mean when We Say "Folklore"? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law», *ERPL*, núm. 2, 2006, pp. 197-219.

El autor plantea los problemas de la unificación del Derecho privado europeo derivados de la diversidad cultural y valorativa. Toma como ejemplo tres casos: los matrimonios entre personas del mismo sexo; el principio de residencia frente al estatutario como punto de conexión en Derecho de sociedades; y los juegos de muerte, tipo ruleta rusa. Se defiende una gradual suavización de estas diferencias culturales. (*M. G.-R.*)

VV. AA.: «Droit du cinéma», *GP*, 2006, núm. 134-136.

Diversos estudios sobre la evolución del derecho cinematográfico en Francia y en Europa. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Dix ans d'application de la médiation judiciaire en matière civile et commerciale», *GP*, 2006, núm. 165-166.

Se recoge el Coloquio organizado por el Grupo Europeo de Magistrados para la Mediación celebrado en París el 8 de diciembre de 2005. (*I. S. P.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

ALPA, G.: «Il diritto commerciale tra *lex mercatoria* e modelli di armonizzazione», *CI*, 2006, núm. 1, pp. 86-92.

La *law merchant* y el origen del Derecho mercantil anglosajón. Las fuentes del Derecho mercantil. El futuro del Derecho mercantil. (*Alma R. G.*)

CONTE, G.: «Codici etici e attività d’impresa nel nuovo spazio del mercato globale», *CI*, 2006, núm. 1, pp. 108-140.

La actividad de empresa en el nuevo espacio global del mercado: la difusión de los códigos éticos. La invasión de la ética en la esfera de la Economía y del Derecho. Objetiva función productiva y subjetiva vocación lucrativa de las empresas socialmente responsables. Nuevas estrategias de promoción de las «*corporate social responsibility*». Las dudas sobre los fines de la actividad de empresa y sobre las responsabilidades que incumben a los administradores. (*Alma R. G.*)

KINDLER, P.: «Die Entwicklung des Handelsrechts seit 1998», *JZ*, núm. 4/2006, pp. 176 ss.

El autor ofrece una panorámica del desarrollo jurídico del núcleo esencial del Derecho mercantil desde la entrada en vigor de la Ley de reforma del Derecho mercantil (*Handelsrechtsreformgesetzes* 1998), teniendo en cuenta la jurisprudencia recaída en la materia. (*B. T. G.*)

KOVAR, R.: «Quand la Cour de justice invite à s’intéresser à nouveau aux notions d’entreprise et d’activité économique», *RDS*, 2006, núm. 13, affaires, pp. 919-924.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de Justicia europea de 10 de enero de 2006, revisando la noción de empresa y actividad económica. (*R. A. R.*)

PRIETO, C.: «Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence», *RDS*, 2006, núm. 23, affaires, pp. 1603-1609.

La política de competencia en la Unión Europea ha llevado a discutir los modelos americanos. Tendencia al pluralismo económico para garantizar un mercado sano y dinámico. (*R. A. R.*)

SCHMIDT, K.: «Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts - Das Kartellrecht als Beispiel», *AcP*, núms. 2/3, 2006, pp. 169-204.

El Derecho mercantil, prueba del nueve del Derecho civil; el Derecho de la competencia como ejemplo. El desarrollo de la iniciativa privada que pre-

tende el Derecho privado patrimonial no se puede conseguir sin los instrumentos que protegen el propio mercado; en el caso, el Derecho de la competencia. (M. G.-R.)

SENIGAGLIA, R.: «Diritto antitrust e potere di autodeterminazione tariffaria nel mercato delle professioni intellettuali», *NGCC*, 2006, núm. 4, pp. 200-214.

Coordinación entre el principio de libertad de iniciativa económica y el principio de competencia. Profesiones intelectuales y normativa *antitrust*. (Alma R. G.)

DERECHO DE SOCIEDADES

ARLT, R.: «L'impugnazione delle delibere dell'organo direttivo delle s.p.a.: considerazioni sulla nuova disciplina italiana alla luce del diritto comparato», *CI*, 2006, núm. 2, pp. 431-454.

Artículo sobre acuerdos viciados adoptados por el órgano de dirección de una sociedad a la luz de la normativa existente en el Derecho de sociedades italiano y en el Derecho comparado. (Alma R. G.)

BUTTURINI, P.: «I chiarimenti sul bilancio forniti in assemblea e l'interesse del socio all'impugnazione», *CI*, 2006, núm. 1, pp. 55-72.

Artículo dedicado a la impugnación del balance por el socio debido a un defecto de claridad o de precisión en el mismo. (Alma R. G.)

CAMELI, S.: «Sugli effetti della rinuncia all'incarico di sindaco delle società di capitali – osservazione a Cass. 18 gennaio 2005, n. 941», *GC*, 2006, núm. 2, pp. 447-448. (M. R. D. R.)

— «Sull'imprescrittibilità dello status di socio – osservazione a Cass. 10 marzo 2005, n. 5288», *GC*, 2006, núm. 1, pp. 172-174. (M. R. D. R.)

COLAVOLPE, A.: «“Tempestiva” sottoscrizione di azioni emesse in attuazione di aumento del capitale sociale e versamento del 25 per 100 del valore nominali delle azioni sottoscritte in data successiva alla scadenza del termine per l'esercizio del diritto di opzione», *CI*, 2006, núm. 2, pp. 295-303.

Artículo sobre el acto de suscripción de acciones emitidas a consecuencia de un aumento del capital social. (Alma R. G.)

COSSU, M.: «Società aperte e interesse sociale. Considerazioni introduttive», *RDC*, 2006, núm. 1, parte prima, pp. 55-88.

Acercamiento al Derecho europeo en el ámbito de la sociedad por acciones: gobierno societario, transparencia del poder accionario, medios de control, tutela de los intereses sociales. (M. R. D. R.)

GALGANO, F.: «Globalizzazione e conglomerazione», *CI*, 2006, núm. 1, pp. 73-85.

Tendencia doble de las grandes empresas en el mundo actual: por una parte, a la globalización y, por otra, a una dilatación del objeto de su propia actividad. A estas tendencias expansivas se une una profunda innovación en la organización empresarial, que se manifiesta a su vez en la asunción de la forma jurídica de la empresa de grupo. (Alma R. G.)

PORACCHIA, D.: «Abus de biens sociaux et transfert des sportifs», *RDS*, 2006, núm. 4, affaires, pp. 304-309.

Prácticas de las sociedades deportivas para conseguir mejoras en los equipos y en su propia organización. Posibles abusos. (*R. A. R.*)

RICCIO, A.: «La sorte delle vecchie clausole compromissorie societarie dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, comma 2.º, D.Lgs. n. 5 del 2003», *CI*, 2006, núm. 1, pp. 35-54.

Artículo en torno al arbitraje en la reforma del Derecho de sociedades. (*Alma R. G.*)

ROMAGNOLI, G.: «Responsabilità contrattuale per omissione d'opa obbligatoria e tutela risarcitoria subordinata», *NGCC*, 2006, núm. 4, pp. 435-439.

Comentario a sentencia sobre el derecho de los socios en caso de opa obligatoria. Responsabilidad por vulneración de opa obligatoria. (*Alma R. G.*)

STOLOWY, N.: «De nouvelles injonctions en matière de publication des comptes par les sociétés», *SJ*, 2006, núm. 8, I-114, pp. 351-355.

En la práctica, la mayoría de las sociedades renuncian a publicar sus cuentas. Las cuentas anuales deben ser depositadas el mes que sean aprobadas. Esta obligación concierne a todas las sociedades y las decisiones judiciales reafirman regularmente esta obligación. (*I. S. P.*)

TONELLO, M.: «Sulla trasparenza delle operazioni di amministratori, alti dirigenti e azionisti strategici di società quotate. La questione della tempestività», *CI*, 2006, núm. 1, pp. 1-15.

La finalidad del deber de información en el ámbito societario. Estudio de la normativa europea y estadounidense. (*Alma R. G.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

ROUTIER, R.: «Multiplication des frais et commissions de banque», *RDS*, 2006, núm. 14, affaires, pp. 985-987.

Notas sobre el abuso de los bancos hacia sus clientes en gastos y comisiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Niort de 9 de enero de 2006, limitando el principio de libertad contractual. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Droit bancaire», *GP*, 2006, núm. 172-173.

Diversos estudios jurisprudenciales sobre la evolución de la práctica jurídica: cuentas bancarias y medios de pago; operaciones de crédito, garantías, etc. (*I. S. P.*)

CONTRATOS MERCANTILES

BYRT, S.: «Publicité comparative. Récents développements au Royaume-Uni», *GP*, 2006, núm. 151-152, pp. 4-7.

Estudio concreto de los litigios sobre derechos de marca en los casos «O 2» e «IPC» (*I. S. P.*)

BOLANO, A.: «La cadenza temporale di capitalizzazione degli interessi e i giudici di merito: due sentenze a confronto», *NGCC*, 2006, núm. 1, pp. 28-30.

Comentario a dos resoluciones judiciales sobre capitalización de los intereses en las relaciones bancarias. (*Alma R. G.*)

DAMY, G.: «Comment contrer les pratiques irrégulières dans les conventions d'agents de joueurs de football?», *GP*, 2006, núm. 141-143, pp. 2-5.

En este tema se centra en la aplicación de las reglas específicas del Derecho del deporte y la invocación del Derecho común en los contratos. (*I. S. P.*)

DI MARTINO, G.: «Interessi anatocistici ed usi normativi nei contratti bancari: la Supr. Corte esclude che la giurisprudenza possa aver “fondato” l'*opinio iuris ac necessitatis*», *NGCC*, 2006, núm. 1, pp. 12-22.

Comentario jurisprudencial sobre contrato de cuenta corriente bancaria, apertura de crédito y capitalización trimestral de los intereses. (*Alma R. G.*)

GRYNBAUM, L./LEPLAT, F.: «Ordonnance “services financiers à distance”», *SJ*, 2005, núm. 50, I-193, pp. 2299-2306.

La Ordenanza de 6 de junio de 2003, de 23 de septiembre 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores. Este texto modifica profundamente el Código de consumidores; el Código de seguros y el Código comunitario financiero. Estudio de estas modificaciones. (*I. S. P.*)

HÉCART, Ch.: «L'action directe du voiturier: sagacité ou maladresse?», *RDS*, 2006, núm. 26, affaires, pp. 1821-1826.

Estudio de la acción directa recogida en el artículo L. 132-8 del Código de comercio francés tal y como se interpreta por la doctrina y jurisprudencia francesas. (*R. A. R.*)

JOUFFIN, E.: «Démarchage et vente à distance de produits et services financiers: principes généraux», *RDS*, 2006, núm. 22, affaires, pp. 1534- 1542.

Estudio de la transposición de la directiva comunitaria de venta a distancia en el Derecho francés a través de la Ordenanza núm. 2005-648, de 6 de junio. (*R. A. R.*)

MOURY, J.: «La responsabilité du fournisseur de “concours” dans le marc de l'article L.650-1 du code de commerce», *RDS*, 2006, núm. 25, affaires, pp. 1743-1751.

Nueva regulación de dicho artículo donde se exonera de responsabilidad a los acreedores que consienten el concurso. (*R. A. R.*)

ROBINE, D.: «L'article L.650-1 du code de commerce: un “cadeau” emporté?», *RDS* 2006, núm. 1, affaires, pp. 69-78.

La responsabilidad de los acreedores en un procedimiento colectivo de insolvencia con la nueva regulación de 2005. (*R. A. R.*)

SIGMAN, H./GARCIMARTÍN, F./HEREDIA CERVANTES, I.: «The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade: A

Comparative Analysis from Spanish and United States Perspectives», *ZEuP*, núm. 2, 2006, pp. 236-282.

El 12 de diciembre de 2001, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. Aunque el título habla de «cesión de créditos» se refiere a créditos al pago de una cantidad de dinero. Se caracteriza la Convención por admitir y regular, entre otros aspectos, la cesión de créditos en globo, de créditos futuros, la cesión parcial, la superación en parte de las cláusulas contractuales contrarias a la cesión, etc. El trabajo también hace un análisis desde las perspectivas estadounidense y española. (M. G.-R.)

TRUNCELLITO, G.: «Assegno non trasferibile e responsabilità della banca girataria per l'incasso», *NGCC*, 2006, núm. 4, pp. 443-446.

Comentario jurisprudencial sobre el deber de diligencia de la entidad bancaria en la identificación del portador de un título de crédito no transferible. (Alma R. G.)

VV. AA.: «L'assurance dans le marché du droit», *GP*, 2006, núm. 78-80.

Estudios diversos sobre el mercado del seguro en Francia y en el ámbito empresarial. (I. S. P.)

DERECHO CAMBIARIO

BONNEAU, Th.: «La réforme 2006 des offres publiques d'acquisition», *SJ*, 2006, núm. 17, I-134, pp. 837-842.

La Directiva de 21 de abril 2004 relativa a la defensa a ti-OPA y la forma en que la Ley de 31 de marzo ha hecho uso de las disposiciones facultativas. (I. S. P.)

DERECHO CONCURSAL

AUGAGNEUR, L. M./KARPENSCHIF, M.: «Eurotunnel et la question de la validité des clauses de substitution: Step-in right versus droit des faillites», *SJ*, 2006, núm. 4, I-106, pp. 135-140.

Un número creciente de empresarios incluye una cláusula de sustitución por la que se reserva el derecho a designar un nuevo concesionario en lugar del precedente en caso de fallecimiento de éste. La pregunta relativa a la validez de tales cláusulas nos invita a repasar el cruce de culturas jurídicas entre el Derecho francés y el Derecho anglosajón. (I. S. P.)

CHAPUT, Y.: «Quelques clés réglementaires du Code de sauvegarde», *SJ*, 2006, núm. 15, I-130, pp. 723-727.

En el espíritu de una ciencia jurídica de la economía, el decreto puesto en aplicación de la Ley Sauvegarde de las empresas conforme a la nueva arquitectura de Derecho francés de los procedimientos colectivos, garantiza la seguridad y respeta las reglas del juego. (I. S. P.)

DEHANVENG, J.: «Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives», *RDS*, 2006, núm. 15, affaires, pp. 1047-1050.

La cesión de la empresa como salvaguarda de ésta durante la liquidación judicial en un procedimiento de insolvencia. (*R. A. R.*)

FABIANI, M.: «Appunti sulla società-piccolo imprenditore nella legge fallimentare riformata», *FI*, 2006, núm. 3, pp. 652-655.

Comentario a sentencia en torno a si las pequeñas sociedades mercantiles pueden ser declaradas en quiebra, tras la reforma sufrida por la ley reguladora de la quiebra. (*Alma R. G.*)

LIENHARD, A.: «Sauvegarde des entreprises présentation du décret d'application núm. 2005-1677, du 28 décembre 2005», *RDS*, 2006, núm. 2, affaires, pp. 150-154.

Entrada en vigor de la nueva regulación sobre procedimientos colectivos a empresas en dificultades económicas, a partir del 1 de enero de 2006. (*R. A. R.*)

MOUIAL-BASSILANA, E.: «L'articulation de la période suspecte et des différentes procédures après la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005», *RDS*, 2006, núm. 28, affaires, pp. 1959-1966.

Estudios sobre los cambios en el período de sospecha de las empresas insolventes realizado con la ley de 2005. Supuestos de nulidad. (*R. A. R.*)

SABATELLI, E.: «Condizioni per l'applicabilità del limite annuale alla dichiarazione di fallimento del socio di fatto receduto», *NGCC*, 2006, núm. 3, pp. 288-295.

Comentario jurisprudencial sobre quiebra del socio oculto o de hecho que ha desistido. (*Alma R. G.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambridge. L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Privat Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	The Law Quarterly Review
Modern L. Rev.	The Modern Law Review

NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. Univ. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDIImm	Revue de Droit Immobilier
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Texas L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. R.	
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2005

Encarna ROCA TRÍAS (Catedrática de Derecho civil. UB), Ramón CASAS VALLÉS (Titular de Derecho civil. UB), Isabel MIRALLES GONZÁLEZ (Titular de Derecho civil. UB), Asunción ESTEVE PARDO (Doctora en Derecho. UB), Olga ROVIRA (Licenciada en Derecho. Prof. Asociada. UB), Carles VENDRELL CERVANTES (Licenciado en Derecho. UB), Elisabet GRATTI (Licenciada en Derecho. UOC), Mariana DE LORENZI (Licenciada en Derecho. UB).

STC 1/2005, de 17 de enero.

RA: Desestimación.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Derecho a comunicar libremente información veraz. Derecho al honor.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.d) y 18.1 CE.

El caso tiene su origen en una entrevista radiofónica realizada por la periodista Encarna Sánchez a varias personas en relación con la denuncia presentada por un individuo que sostenía que, durante el cumplimiento del servicio militar, había sido objeto de abusos sexuales por parte de un coronel y un capitán. El procedimiento penal incoado mediante la citada denuncia terminó con un Auto de sobreseimiento, al no quedar acreditados los hechos alegados por el denunciante. El coronel y el capitán presentaron una demanda por intromisión en el derecho al honor contra la periodista, a quien sustituyó procesalmente su heredera tras su fallecimiento, y contra la cadena COPE. La demanda fue estimada en la apelación, condenándose solidariamente a los demandados a abonar una indemnización de 90.151 € al coronel y 60.101 € al capitán. En casación, la Sala 1.^a del TS confirmó la intromisión en el derecho al honor de los militares, si bien redujo la indemnización del coronel, equiparándola a la del capitán. El TC desestima sendos recursos de amparo interpuso por la heredera de la periodista y por la cadena radiofónica.

1. Doctrina constitucional sobre el conflicto entre el derecho a comunicar libremente información veraz y el derecho al honor.—Antes de entrar en el fondo del asunto y proceder, en consecuencia, a la habitual ponderación de los intereses en juego en este tipo de conflictos, el TC recuerda su consolidada doctrina sobre el tema, partiendo «*de la posición especial que*

en nuestro Ordenamiento ocupa la libertad de información puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático». Del mismo modo, forma parte de esta doctrina la supeditación de la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho al honor a la circunstancia de que la información se refiera «a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz».

2. Doctrina constitucional sobre el requisito de la veracidad de la información.—Con particular interés para el presente caso, el TC reitera su consolidada doctrina sobre este requisito constitucional, al haber sido la *ratio decidendi* de las Sentencias de apelación y casación la falta de este requisito, discrepando de este modo de la argumentación de la primera instancia. Así, la presente Sentencia recuerda que este requisito «*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*». De manera que, cuando la CE requiere que la información sea veraz, «*no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como "hechos" haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos*». Así, «*el requisito de veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información*». Para la determinación de este nivel de diligencia, la Sentencia resume los criterios que deben tenerse en cuenta: a) el respeto a la presunción de inocencia; b) la máxima intensidad en el nivel de diligencia cuando la noticia que se divulga pueda suponer por su propio contenido «*un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere*»; c) la valoración del objeto de información, distinguiendo entre «*la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia*» y «*la transmisión neutra de manifestaciones de otro*»; d) «*el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla*»; e) la forma de narrar y enfocar la noticia.

3. Doctrina constitucional sobre el «reportaje neutral».—Antes de analizar si la actuación de la periodista constituyó un reportaje neutral, la presente Sentencia repasa los requisitos para la concurrencia de este supuesto: a) «*el objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas*», de manera que no se estará ante un 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*», de modo que no existirá reportaje neutral cuando el medio reelabora la noticia o cuando la provoca, mediante el llamado periodismo de investigación; c) el requisito de veracidad exigible a los supuestos de repor-

taje neutral se limita «*a la verdad objetiva de la existencia de la declaración*».

4. Aplicación al caso.—Habida cuenta de que la información litigiosa presentaba un indudable interés general para la opinión pública y que, de esta manera, se cumplía con el requisito de la relevancia pública de la información, el TC centra el debate en la existencia del requisito de la veracidad de la información *a* y de si ésta podía constituir un reportaje neutral *b*.

a) El requisito de la veracidad.—A pesar de que en la información se transmitía la realidad de una denuncia penal y que, en consecuencia, no se transmitían simples rumores carentes de constatación, o meras invenciones o insinuaciones, el TC considera que no concurre en el presente caso la exigencia de veracidad en la información. A juicio del TC, la periodista no cumplió con la diligencia exigible que, en este caso, era la de «*máxima intensidad*», ya que «*la noticia que se divulgaba iba a suponer un evidente descrédito para los militares*», todo ello porque «*no existió previo contraste con datos objetivos ni labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información*», ni, por otra parte, se respetó el derecho a la presunción de inocencia de las personas incriminadas en el delito.

b) La existencia de reportaje neutral.—De conformidad con su propia doctrina, el TC concluye que la periodista «*no se limitó a invitar a los entrevistados a narrar su versión de los hechos, sino que tomó partido, dando por ciertos los mismos, y transmitiendo a su público radiofónico la clara impresión de que los militares habían sodomizado al recluta entonces denunciante de éstos*». Para ello, la Sentencia aclara que el género periodístico consistente en la transcripción o emisión de las respuestas a unas preguntas, si bien constituye el ejemplo paradigmático de reportaje neutral, puede ser el vehículo para expresar las convicciones del propio periodista, cuando éste reelabora las intervenciones del entrevistado y añade consideraciones propias, de manera que la alejan del concepto constitucional de reportaje neutral.

STC 3/2005, de 17 de enero.

RA: Estimación.

Ponente: Gay Montalvo.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Prueba de exhumación de cadáver para la extracción de muestra de ADN. Acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1, 24.2 y 39 CE.

Recurso de amparo interpuesto por la demandante en 1.^a instancia contra Auto del Tribunal Supremo que desestima el recurso de queja, sosteniendo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. Dichas violaciones, afirma, se dan por dos circunstancias: la denegación inicial de la prueba de exhumación del cadáver para extraer muestras de ADN; y puesto que, admitida en apelación, no es practicada por el Juzgado exhortado. Señala que el Juzgado se niega sin motivación suficiente y por causas imputables exclusivamente a los órganos judiciales —ajenas a la conducta procesal de la recurrente—; específicamente, por no constar los antecedentes de los familiares que debían consentir la medida.

El Tribunal Constitucional, tras rechazar los dos óbices procesales planteados por el Ministerio Fiscal (la extemporaneidad de la demanda por tratarse de un recurso manifiestamente improcedente y, subsidiariamente, el ser de una demanda prematura), resuelve sobre el fondo del asunto. Recuerda las bases de la doctrina constitucional acerca del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa: *a)* es un derecho fundamental de configuración legal que para resultar lesionado exige que la prueba –no admitida o no practicada– se solicite en la forma y momento legalmente establecidos; *b)* no es absoluto, se encuentra limitado por la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas; *c)* no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba, causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante; únicamente, cuando la prueba es tan decisiva que, de admitirse o practicarse correctamente, la resolución final del proceso hubiera sido diferente en sentido favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental.

Por aplicación de dicha doctrina, el Tribunal Constitucional entiende que la Audiencia Provincial no salvaguarda el derecho a la prueba de la recurrente y declara la violación del artículo 24, con los siguientes argumentos:

a) El Juzgado exhortado rechaza la práctica fundando exclusivamente su decisión en la inexistencia de datos que permitan la localización de los familiares que la consentan, y no en un incumplimiento de la demandante o en la extemporaneidad del exhorto.

b) Que, coincidiendo con el Ministerio Fiscal, la excusa es injustificada porque: la sentencia recurrida en apelación es dictada por el mismo Juzgado que rechaza luego ejecutar la medida exhortada, con lo cual debía tener conocimiento de tales datos; aun aceptando que no constaran tales datos –por remitirse las actuaciones a la Audiencia para la sustanciación de la apelación– de acuerdo al artículo 24 CE, al objeto de la pretensión y a lo decisiva que resulta esta prueba en los procesos filiatorios, es obligación del Juzgado recabarlos de la Audiencia, en lugar de limitarse a devolver el exhorto; y con esta actitud mantiene la negativa a la práctica de la prueba, ya que en primera instancia la deniega por un motivo «*tan fútil*» –en palabras del Ministerio Fiscal, hechas suyas por el Tribunal Constitucional– como el «*respeto debido a la memoria de los muertos*», aun estando en juego el reconocimiento de la filiación (art. 39.2 CE).

c) Porque los motivos de la sentencia de apelación resultan contradictorios con los expresados en la resolución en la que la propia Audiencia admite la práctica de dicha prueba pericial.

d) Existiendo la posibilidad de reproducir la solicitud de dicha práctica en el período para mejor proveer, la actuación lógica es –declarada la pertinencia de la misma– realizarla entonces la Audiencia, corrigiendo tal defecto.

e) La Audiencia sustenta su resolución en una doctrina constitucional no homologable con el supuesto, que refiere a la prueba hematológica de personas no fallecidas al momento de su práctica. En tales fallos, las consideraciones del Tribunal Constitucional responden a los problemas que genera una prueba que está en poder de una de las partes del litigio y a la no vulneración de derechos personalísimos e intransferibles (a la intimidad, integridad física, honor, propia imagen o dignidad humana) que sólo pueden reconocer como titular a la persona humana viva, aun cuando la persona fallecida deba ser objeto de una particular protección jurídica para no afectar el derecho a la intimidad familiar.

f) Por tanto, conforme el artículo 127 CC, admitida la demanda si con ella se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda, es

admisible la investigación de la paternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, que sólo se justifican si la intromisión en la intimidad e integridad física o moral del afectado guarda proporción con la finalidad perseguida. Así acaece en autos, desde que la prueba biológica se propone como medio último, habiendo la recurrente cumplimentado su obligación de aportar un principio de prueba con el escrito de demanda.

Como corolario, el Tribunal califica de irrazonable el motivo aducido por la Audiencia Provincial para denegar la práctica de las diligencias para mejor proveer, por no resultar lógico que, tras admitir la práctica de la prueba, la deniegue posteriormente aduciendo que su práctica contradice la doctrina del Tribunal Constitucional.

STC 6/2005, de 17 de enero.

RA: Estimación parcial.

Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez.

Conceptos: Colegiación obligatoria. Derecho a libertad de asociación en su vertiente negativa. Principio de igualdad.

Preceptos de referencia: Artículos 22 y 14 CE.

De nuevo, el TC vuelve a ocuparse de un recurso de amparo interpuesto por un Tesorero de la Administración local con habilitación de carácter nacional de la provincia de Valencia contra una Sentencia que confirma la adscripción obligatoria del recurrente al Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local con habilitación de carácter nacional de la misma provincia y, en consecuencia, condena al pago de las cuotas devengadas. Sobre la base de la doctrina sentada en la STC 76/2003 y confirmada en otras, la presente Sentencia considera que tal exigencia de colegiación no se presenta como un instrumento necesario para la ordenación de la actividad profesional del sector en cuestión, lesionando tal obligación el derecho a la libertad de asociación en su dimensión negativa. Sobre idéntico asunto, *vid.* SSTC 97/2005, 110/2005, 134/2005, 150/2005, 198/2005, 200/2005 y 201/2005.

Vid., para una reseña más detallada del caso la reseña de la jurisprudencia constitucional de 2004 en *ADC*, fasc. IV, 2005.

STC 9/2005, de 17 de enero.

RA: Desestimación.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Arbitraje y recurso de amparo. Tutela judicial efectiva. Controversia societaria. Derecho de separación.

Preceptos de referencia: Artículo 24 CE. Ley de Arbitraje de 1988.

La sentencia tiene su origen en un interesante caso de Derecho societario relacionado con el ejercicio del derecho de separación por parte de un socio y el sometimiento del conflicto subsiguiente a arbitraje de equidad, conforme a lo dispuesto en los estatutos sociales. El laudo resultó favorable al socio. El recurso de anulación ante el órgano judicial competente fue desestimado, salvo en un aspecto menor. La sociedad recurrió entonces en amparo ante el TC tanto el laudo como la sentencia, alegando la violación del derecho a la

tutela judicial reconocido en el artículo 24 CE. El hecho de que el recurso se interpusiera también contra el laudo, da ocasión al TC para confirmar su doctrina acerca de la imposibilidad de utilizar la vía de amparo contra decisiones que, aun siendo un equivalente funcional de las resoluciones judiciales, no emanan de un poder del Estado. «*Conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo [...] este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo*» (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 1; 13/1997, de 27 de enero, F. 2). “Sólo en la medida... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 1) (FJ 2). Las exigencias del artículo 24 CE «se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal (véanse, también, los AATC 701/1988, de 6 de junio, F. 1, y 179/1991, de 17 de junio, F. 2) [...], con respecto al arbitraje, sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje (en esta fase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo» (FJ 2). Sobre esta base y rechazando entrar en el fondo del asunto por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria (ampliación de las causas legales de separación de socios, mediante la remisión del conflicto con la sociedad a arbitraje de equidad), el TC excluye que la sentencia que resolvió el recurso de anulación violase el derecho a la tutela judicial.

Vid. STC 274/2005.

STC 12/2005, de 31 de enero.

RA: Estimación.

Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Daños. Prescripción acción civil.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.

Las recurrentes sufrieron lesiones leves en un accidente de tráfico. El Juzgado de Instrucción, tras recibir el atestado de la Guardia Civil, dictó Auto por el que acordaba iniciar diligencias previas y decretaba al mismo tiempo el sobreseimiento provisional por no constar denuncia de las personas agraviadas. Tal Auto no fue notificado a persona alguna. Posteriormente, las recurrentes promovieron acción civil contra la entidad aseguradora del vehículo que provocó el accidente y el Juez dictó Sentencia en la que, sin entrar en el fondo de la sentencia, entendió, como alegó la compañía demandada, que la acción estaba prescrita.

Las recurrentes en amparo alegan vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva al no haberseles notificado la finalización del proceso penal, a partir del cual comienza a correr el plazo de prescripción para ejercitarse la

acción civil. El TC admite la vulneración del derecho puesto que en este caso subsistía la acción civil derivada del delito por no haber renunciado las recurrentes a la misma y no haberse personado en el proceso penal.

STC 22/2005, de 1 de febrero.

RA: Estimación.

Ponente: Gay Montalvo.

Conceptos: Derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa.

Preceptos de referencia: Artículo 20.1 CE.

El recurso de amparo tiene su origen en unas manifestaciones a través de las cuales la demandante en amparo, Letrada y en ejercicio de sus funciones, en una declaración testifical en el curso de unas diligencias previas tramitadas en un Juzgado de Instrucción, insinuó que la Juez no recogía debidamente la declaración del testigo. Tales hechos dieron lugar a un Acuerdo sancionador del Juzgado en cuestión por el que se imponía una multa a la abogada, siendo confirmado este Acuerdo por otro de la Sala de Gobierno del TSJ del Principado de Asturias. La abogada recurre en amparo aduciendo vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva, así como del principio de legalidad en materia sancionadora. El TC estima la pretensión relativa al derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa.

1. Delimitación de los derechos en juego.—A pesar de la triple alegación de la recurrente, el TC reconduce el enjuiciamiento del caso exclusivamente al ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa, toda vez que su posible infracción permitiría la subsunción de «*las referidas a la legalidad sancionadora, a la tutela judicial efectiva y a la defensa, pues lo que verdaderamente se denuncia a su través es que la sanción impuesta a la Letrada lo ha sido sin haber tenido en cuenta que las afirmaciones por las que ha sido corregida se explican y justifican en atención a las exigencias propias del ejercicio de la libertad de expresión en el marco de la defensa letrada de un tercero*».

2. Doctrina constitucional sobre el derecho a libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa.—Con anterioridad al enjuiciamiento del fondo del asunto, el TC repasa su consolidada doctrina sobre el ejercicio de este derecho fundamental. Así, en primer lugar, recuerda su privilegiada posición en nuestro ordenamiento al configurarse como una «*libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE), y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE)*», de manera que se trata de «*una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar*». En este contexto deben interpretarse los artículos 448 ss. LOPJ sobre la corrección disciplinaria de los Abogados en el ejercicio de su función ante los Tribunales. El bien protegido por estos preceptos «*no es el honor o la dignidad de la persona titular de un órgano judicial, sino el respeto debido al Poder Judicial en tanto que institución y, por tanto, al margen de las personas que eventualmente desempeñan la magis-*

tratura. De este modo, este respeto se erige como un límite al derecho fundamental a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa, lo que obliga a valorar el marco en el que se ejerce el derecho y su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen.

3. Aplicación al caso.—De conformidad con esta doctrina, el TC analiza si la corrección disciplinaria impuesta a la Letrada por dirigirse a un testigo aseverando que «*lo que usted quiere decir es que su Señoría no recogió lo que usted manifestó*» supone una vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa. Para ello, se estudia si la actuación de la Letrada se incluía efectivamente en el ámbito de la función de defensa *a), si los Acuerdos objeto de recurso realizaron un adecuada apreciación de los derechos fundamentales y de los bienes constitucionales en conflicto b)*, y, en fin, si esta apreciación ha desconocido la libertad de expresión en la actividad de defensa *c)*.

a) Inclusión de las manifestaciones de la Letrada en el ámbito de la función de defensa.—Discrepando de la opinión del Ministerio Fiscal, el TC considera que las manifestaciones litigiosas, «*aunque se realizaran al final de la testifical, presentaban una inmediata conexión temporal con la misma así como una evidente conexión objetiva con las manifestaciones realizadas por el testigo [...] y que, en el contexto en que se produjeron deben considerarse una actuación forense, es decir, ligada a la función de representación y defensa de los intereses del patrocinado asumido por la aquí recurrente*».

b) Adecuada apreciación de los derechos fundamentales y de los bienes constitucionales en conflicto.—El Acuerdo del Juzgado de Instrucción ignoró completamente la existencia de intereses de índole constitucional en el caso, limitándose a una mínima motivación de la cuantía de la multa impuesta a la Letrada. Por su parte, el Acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJ sí tuvo en cuenta la presencia de tales intereses e incluso valoró la doctrina del TC, si bien consideró que la actividad de la Letrada no tenía otra finalidad que la de poner en cuestión la imparcialidad de la Juez con menoscabo del respeto a su autoridad.

c) Vulneración del derecho a la libertad de expresión en la actividad de defensa.—Para el TC, las expresiones empleadas por la Letrada «*no resultaban objetivamente injuriosas, ni se trata de expresiones descalificadoras que se formulen en términos que no sean los habituales ni los propios de la crítica a un Juez [...] sino empleados en términos de defensa no deben considerarse ni insultantes ni vejatorios para el Tribunal ni reveladores de un menoscabo hacia la función judicial, pues pretendían constatar con precisión las declaraciones de un testigo, en conexión con algo ya manifestado por el mismo, y que exigían referirse forzosamente a la actuación de los encargados de la transcripción de la primera declaración. Por ello las expresiones vertidas se amparan en la libertad de expresión de la Letrada que, precisamente por el carácter específico y reforzado que tiene esta libertad, le permite una mayor contundencia o “beligerancia en los argumentos”*».

A mayor abundamiento, sostiene el Tribunal que las expresiones de la Letrada «*no pueden considerarse gravemente impertinentes, ni se trata de descalificaciones gratuitas o insultantes dirigidas a atacar la autoridad o imparcialidad de la Magistrada-Juez que se sintió afectada por las mismas, sino que estuvieron guiadas por un mero afán de aclarar ciertos extremos dudosos de la declaración de un testigo en el marco de actuación encaminada a defender los intereses de su patrocinado*».

STC 25/2005, de 14 de febrero.

RA: Estimación parcial.

Ponente: García-Calvo. Voto particular de Casas Bahamonde, al que se adhiere Aragón Reyes.

Conceptos: Derecho a la intimidad. Derecho a la presunción de inocencia. Pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

Pruebas incorporadas y practicadas sin las debidas garantías.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 24.2 CE.

Recurso de amparo interpuesto contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que condenó a un menor de edad como autor responsable de un delito de homicidio por imprudencia grave por el atropello de un peatón, cuando dicho menor circulaba con su ciclomotor de forma imprudente y con una tasa de alcoholemia altamente superior a la permitida. Para proceder a la condena, los órganos jurisdiccionales de la instancia incorporaron a la causa y valoraron como prueba la analítica de sangre que le fue practicada al menor durante su estancia hospitalaria consecuencia del accidente. Los recurrentes en amparo –los padres del menor, que sustituyen a éste por su fallecimiento sobrevenido después de promover el recurso– alegan una vulneración de los derechos fundamentales del condenado a la intimidad y a la presunción de inocencia. El TC estima el recurso en cuanto a la vulneración del derecho a la intimidad, si bien la decisión no afecta a la conformidad constitucional de la condena.

1. Cuestiones procesales.—Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal estudia una serie de cuestiones de naturaleza procesal:

a) *Sucesión procesal.*—A pesar del fallecimiento sobrevenido del recurrente en amparo, el TC no duda en apreciar un interés legítimo de los padres de aquél en la continuación del proceso constitucional. De conformidad con la doctrina constitucional por la cual «*la legitimación activa se sustenta no tanto en la titularidad del derecho cuya protección se demanda, cuanto en la posesión de un interés legítimo [...] y, por tanto, la legitimación se concede a toda persona cuyo círculo jurídico puede resultar afectado por la violación de un derecho fundamental aunque la violación no se haya producido directamente en su contra*», el Tribunal considera que la condena objeto de impugnación también se proyecta negativamente «*sobre quienes reúnen la doble condición de padres y herederos del originario demandante de amparo, amén de haber sido condenados por las resoluciones recurridas en concepto de responsables civiles subsidiarios*» y, por ello, se acuerda la continuación del proceso.

b) *Alegación de incongruencia omisiva sin promover el incidente de nulidad de actuaciones.*—Concurre, según el Tribunal, el óbice procesal de no haberse agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial previa al amparo, por no haberse promovido el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 240.3 LOPJ, cauce idóneo e ineludible para tramitar la pretendida incongruencia omisiva de las Sentencias por no haberse pronunciado sobre la posible vulneración del derecho constitucional de defensa.

c) *No invocación formal del derecho a la intimidad.*—A pesar de que el recurrente no alegó formalmente la vulneración de este derecho, la Sentencia de apelación interpretó que el apelante se refería al mismo y, en consecuencia, la jurisdicción ordinaria pudo pronunciarse sobre la pretendida vulneración.

2. Fondo del asunto.—Para dar respuesta a las alegaciones de los recurrentes, el Tribunal valora, en primer lugar, la pretendida vulneración del derecho a la intimidad *a),* para, en segundo lugar, examinar la posible infracción del derecho de presunción de inocencia desde su perspectiva de prohibición de valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales *b).*

a) Derecho a la intimidad.—La pretendida vulneración del derecho de intimidad puede separarse en dos vertientes. En la primera, la alegación se refiere a la intimidad como integridad física e intimidad corporal, considerando los recurrentes que la extracción de sangre inconsentida implicó una vulneración de éstas. No obstante, el Tribunal, en aplicación de su doctrina sobre la materia, desestima la pretensión, considerando que dicha extracción «*no se llevó a cabo como una medida policial o judicial*», sino que se produjo «*tras haber sufrido un grave accidente de tráfico, en un ámbito curativo que ni el demandante, ni quienes ahora le suceden procesalmente, cuestionaron entonces ni tampoco ahora*» y que, en cualquier caso, «*tenía una evidente finalidad terapéutica o instrumental desde la perspectiva médico-asistencial*». En la segunda vertiente, se aduce vulneración del derecho a la intimidad personal, en el sentido que la incorporación a la causa de la información contenida en la analítica y su valoración como prueba podrían configurar una intromisión ilegítima en este derecho. Para dilucidar tal extremo, el Tribunal recuerda su doctrina sobre el derecho a la intimidad y, en especial, sobre sus límites a favor de intereses constitucionalmente relevantes, pudiendo prevalecer éstos sobre aquél cuando exista una justificación objetiva y razonable, todo ello sobre la base de la doctrina del propio Tribunal sobre la proporcionalidad. Así las cosas, el Tribunal considera que: i) la obtención de la información revelada en la analítica estaba amparada por un interés público propio derivado de la investigación de un delito y del riesgo inherente en la actividad del imputado; ii) existía habilitación legislativa necesaria para la práctica de estas medidas *ex artículo 339 LECrim*; iii) la decisión judicial de requerir al centro hospitalario los datos litigiosos era *idónea* para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, es decir, la determinación de los hechos objeto del proceso penal; *necesaria*, al no existir otras medidas menos gravosas, y que no resultaba *desmedida*, en el sentido de que no imponía un sacrificio de mayor gravedad que los hechos existentes; iv) el Juez instructor no motivó debidamente la decisión litigiosa, sin ponderar la necesidad de la medida y de su proporcionalidad. En consecuencia, se produjo una vulneración del derecho a la intimidad, de manera que la prueba obtenida de la analítica no es prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia.

b) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.—De acuerdo con la doctrina del TC, la presunción de inocencia no puede quedar desvirtuada por pruebas que han sido conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos. De esta manera, procede examinar, finalmente, si la condena del recurrente se produjo sobre la única base de la prueba declarada inválida, lo que conllevaría una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y la estimación total del recurso de amparo. No es éste, no obstante, el razonamiento del Tribunal, para quien la condena en la instancia se sustentó en distintas pruebas válidas de cargo, sin ser determinante la prueba declarada inválida. En consecuencia, no se produjo vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La discrepancia formulada en el voto particular se limita a la consideración de la mayoría por la cual la actividad judicial objeto de litigio estaba amparada por la habilitación legal del artículo 339 LECrim. En cualquier caso, parece que el objeto de discrepancia es un *obiter dictum*, pues no fue determinante de la decisión final de la mayoría, que coincide con la de los Magistrados discrepantes.

STC 29/2005, de 14 de febrero.

RA: Estimación.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. Acción de reclamación de la paternidad matrimonial.

Ausencia de carácter absoluto de la prueba de paternidad.

Preceptos de referencia: Artículos 9.3, 14, 15, 18.1, 24, 39 CE.

El recurso de amparo cuestiona la sentencia del Tribunal Supremo que revoca las de las instancias anteriores (que rechazan el pedido de la demandante que se declare la paternidad extramatrimonial del demandado respecto a su hijo) y sostiene la existencia de vínculo paterno-filial no matrimonial entre los últimos, basándose en la valoración aislada de la negativa a someterse a la prueba biológica.

La demanda se fundamenta jurídicamente en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), de la seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y de la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

Remarca que el Tribunal Supremo violenta el artículo 24.1 CE, en cuanto incurre en un error patente al apreciar los datos fácticos que resultan de las pruebas practicadas y constan en las actuaciones. De este modo, la indebida apreciación de las circunstancias de hecho por la Sala, condiciona la decisión de desestimar la demanda, puesto que esta decisión se funda única y exclusivamente en la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica, sin poner en consonancia esta renuencia con el resto del material probatorio.

En cuanto a la seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) reprocha que el Tribunal Supremo no rebate la inexistencia de prueba de una posible relación entre la demandante y el demandado (como razonadamente habían apreciado los órganos de instancia y apelación) y que se abstraе de realizar una valoración conjunta de la prueba, centrándose en la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica para estimar la demanda. Con este cambio sustancial de criterio, respecto a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, causa indefensión al demandante en amparo.

El Tribunal Supremo demuestra en sus sentencias su sentido a favor de aumentar progresivamente el valor probatorio de la negativa del demandado, pero siempre valorándola en conjunción con el resto de las pruebas practicadas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional (especialmente en las SSTS 7/1994, de 17 de enero; 95/1999, de 31 de mayo, y 208/2001, de 22 de octubre) insiste en la importancia decisiva de la prueba biológica en los supuestos «dudosos» de filiación, es decir, en aquellos en que los medios de prueba son suficientes para demostrar que la demanda no es frívola ni abusiva

pero que no alcanzan a demostrar el vínculo filial; en cuyo caso, se ha de relacionar la negativa a someterse a la prueba pericial biológica con el resto de los elementos fácticos acreditados durante el procedimiento. Por el contrario, en este caso no existe un solo elemento fáctico que revele la existencia de un acercamiento, siquiera mínimo, entre la demandante y el demandado en la época de la concepción del menor, que haga que la prueba biológica sea necesaria o imprescindible.

Pese a no existir una sola prueba ni un solo indicio de relación entre las partes del proceso, la Sala, contradiciendo la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de filiación y la doctrina del Tribunal Constitucional, da primacía a los derechos de la parte demandante sobre los del ahora recurrente en amparo, transgrediendo el artículo 14 CE y el derecho a la igualdad en aplicación de la Ley.

El Tribunal Constitucional, tras rechazar la falta de agotamiento de los recursos judiciales interpuesta por la demandada en amparo, entiende se viola el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la aplicación de la Ley.

Siguiendo la alegación del Ministerio Fiscal, entiende que la sentencia recurrida no incurre en error patente con relevancia constitucional, pues tal error se relaciona primordialmente con aspectos de carácter fáctico («indebida apreciación de datos de la realidad condicionantes de la resolución adoptada»; «determinación de los hechos objeto del juicio o con la determinación y relación del material de hecho sobre el que se asienta una decisión»; «dato fáctico indebidamente declarado como cierto»), y no puede juzgarse como error fáctico la falta de valoración conjunta del material probatorio del proceso (en relación con el valor dado a la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad).

Sin embargo, ello no es óbice para que pueda y deba reconducirse la queja hacia la irrazonabilidad de la fundamentación de la sentencia, si se concluye en la existencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en virtud del «*criterio de flexibilidad en la tutela de los derechos fundamentales*».

Descarta también la fundamentación jurisprudencial realizada en el cuerpo del recurso por entender que las sentencias del Tribunal Constitucional (especialmente las mencionadas 7/1994 y 95/1999) no avalan la posibilidad de declarar la paternidad con base única y exclusivamente en la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad, prescindiendo del resto del material probatorio obrante en autos y sin analizarlo en conjunción con dicha negativa.

Esta decisión tampoco puede encontrar apoyo en las sentencias del Tribunal Supremo, de las que se desprende que la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es base para suponer una *ficta confessio*, aunque pueda representar un indicio valioso que, conjugado con las demás pruebas del proceso, permita declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que de por sí es de imposible prueba absoluta. En este caso, la declaración de paternidad no puede cohonestarse con las consideraciones que le anteceden en el cuerpo de la sentencia, produciéndose así una incoherencia interna que quiebra la lógica argumental del discurso judicial, y que, de acuerdo con la doctrina constitucional, es una de las hipótesis en las que una resolución judicial puede calificarse de vulneradora del derecho de tutela judicial efectiva.

Al analizar la violación del derecho de igualdad en la aplicación judicial de la ley, trae a colación la doctrina constitucional que lo considera vulnerado si concurren los siguientes requisitos: *a) acreditación de un tertium comparationis* (igualdad sustancial entre los supuestos de hecho enjuiciados); *b) existencia de alteridad en los supuestos contrastados* (de la «referencia a otro» exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluye la comparación consigo mismo); *c) identidad de órgano judicial* (identidad de Sala y de Sección), y *d) ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizados el cambio de criterio*; puesto que un mismo órgano jurisdiccional no puede cambiar caprichosa, irreflexiva o arbitrariamente el sentido de sus decisiones, sin una argumentación razonada.

En virtud de lo expuesto, descarta como términos válidos de comparación las Sentencias del Tribunal Constitucional citadas y se aceptan las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Pero la falta de justificación en la sentencia de un cambio de criterio jurisprudencial, conduce a concluir que aquella vulnera el derecho del recurrente en amparo a la igualdad en la aplicación de la ley.

STC 39/2005, de 24 de febrero.

RA: Desestimación.

Ponente: García-Calvo.

Conceptos: Derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos. Derecho a la participación en los asuntos públicos. Derecho al honor.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.a), 18.1 y 23.1 CE.

El caso tiene su origen en un Pleno del Ayuntamiento de la localidad de Fuente de Cantos en el que un concejal de IU, en el seno de un debate sobre la gestión de la residencia de ancianos de la localidad, se refirió al director de ésta con los calificativos de «*personajillo*», «*cacique*» y «*lameculos*». El concejal fue condenado en la instancia como autor penalmente responsable de una falta de injurias. El TC desestima el recurso de amparo presentado por el concejal y confirma las decisiones de la instancia.

1. Delimitación de los derechos en juego.—En la presente Sentencia, el Tribunal delimita en dos ocasiones los derechos en juego. En primer lugar, y ante la alegación por parte del concejal de una vulneración del derecho al ejercicio de funciones públicas del artículo 23.1 CE, el TC entiende que esta pretensión debe ser reconducida al derecho a la libertad de expresión, «*reforzada ésta, eso sí, al tratarse de expresiones proferidas por un cargo público en el desempeño del mismo*». En segundo lugar, y del mismo modo, el Tribunal considera que los hechos del caso deben ubicarse en el eventual ejercicio de la libertad de expresión y no en el de la de información, pues los calificativos empleados por el concejal y recurrente en amparo se limitan «*a la emisión de un juicio de valor sobre la conducta de otro*».

2. Doctrina constitucional sobre la relación entre la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y el derecho a libertad de expresión.—Según reiterada doctrina del TC, el enjuiciamiento de los delitos y faltas contra el honor de las personas obliga al Juez penal a valorar si la

afectación de aquél se ha producido en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues «*(e)s obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito [...], de manera que la ausencia de ese examen al que está obligado el Juez penal, o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, no es constitucionalmente admisible*». Además, tratándose de opiniones, el Juez penal deberá comprobar «*la ausencia de expresiones manifiestamente injuriosas e innecesarias para lo que se desea manifestar*», pues «*si la opinión no es formalmente injuriosa [...] no cabe la sanción penal, ya que la jurisdicción penal, que debe administrar el ius puniendo del Estado, debe hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada [...]*».

3. Doctrina constitucional sobre el ejercicio de la libertad de expresión sobre asuntos de interés público y sus límites.—Sobre la base de la jurisprudencia del TEDH, el TC repasa su doctrina en esta materia, recordando que la concurrencia de un asunto de interés público «*amplía los límites de la crítica permisible*», quedando amparadas en estos casos «*no sólo críticas inofensivas o indiferentes, sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar*». No obstante, esta libertad se encuentra igualmente limitada por el derecho al honor, pues la CE «*no reconoce en modo alguno [...] un pretendido derecho al insulto*», y «*de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1.a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate*».

4. Aplicación al caso.—El Tribunal considera que las expresiones empleadas por el concejal constituyeron un ejercicio desmesurado y exorbitante de la libertad de expresión y, por consiguiente, desestima el recurso de amparo. En concreto, el razonamiento del Tribunal se sustenta sobre la base de los siguientes argumentos:

a) Las expresiones litigiosas se produjeron en el curso de un Pleno municipal, es decir, un acto público que, además, versaba sobre un asunto de interés público y atañía a personas de relevancia pública, como son un concejal municipal y el director de la residencia de ancianos y representante sindical de los trabajadores.

b) No obstante, las manifestaciones del concejal constituyeron un ataque a la reputación del director de la citada residencia, «*y no tenían otro objeto que atacar a éste, en cuanto nada tenían que ver con el asunto que en el Pleno se estaba debatiendo, que era la toma de decisión sobre la encmienda o no a la Junta de Extremadura de la gestión de la residencia de ancianos, y no la evaluación del desempeño que su director venía realizando*». Del mismo modo, tampoco se expusieron «*como conclusiones críticas de un comportamiento previamente expuesto*» sino que «*(f)ueron simples frases despectivas desconectadas de cualquier razonamiento que las explicase o justificase*».

STC 48/2005, de 3 de marzo.

CI: Estimación parcial. Anulación del artículo 1.º de la Ley 2/1992 del Parlamento canario.

Ponente: Casas Bahamonde.

Conceptos: Expropiación mediante ley singular. Expropiación y Estado social. Garantías de la propiedad. Control judicial de la actividad administrativa y control constitucional de la actividad legislativa.

Preceptos de referencia: Artículo 33.3 CE. Artículo 24 CE. Ley Canaria 2/1992 de 26 de junio.

El Parlamento canario intentó adquirir mediante acuerdo algunos edificios adyacentes a su sede, para ampliar sus instalaciones. Ante la negativa de los propietarios, el propio Parlamento aprobó una ley declarando de utilidad pública la expropiación de los edificios en cuestión (Ley canaria 2/1992). La Ley constaba de dos artículos, que seguidamente se reproducen: 1) «*Con destino a la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias, se declara de utilidad pública la expropiación forzosa de los edificios número 5 de la calle Teobaldo Power, número 44 y número 46 de la calle del Castillo, en Santa Cruz de Tenerife, según el parcelario de la manzana que se incorpora como anexo»;* 2) «*Se habilita al Gobierno de Canarias para que, a instancia de la Mesa del Parlamento de Canarias, previa audiencia de la Junta de Portavoces, declare la utilidad pública de otros inmuebles colindantes al de la sede de la Cámara, a los efectos de su ampliación».* En desarrollo de la Ley, el Gobierno canario dictó el Decreto 142/1993 declarando urgente la ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación, que había sido ya iniciada por la Consejería competente. El Decreto fue impugnado ante la jurisdicción administrativa. En ese trámite, el órgano judicial elevó al TC cuestión de constitucionalidad (CI) contra la Ley canaria 2/1992, al entender que, si fuera declarada inconstitucional, procedería anular el Decreto. El TC sólo admite la relevancia del juicio de constitucionalidad en relación con el primero de los artículos transcritos, en el que el Parlamento canario procede a la declaración de la utilidad pública de tres edificios concretos.

1. Doctrina general sobre el instituto expropiatorio y su evolución histórica.

—En el Estado social la expropiación ha dejado de ser una medida excepcional, limitada a inmuebles, para convertirse en una herramienta normal, aplicable a todo tipo de bienes. El TC cree oportuno reiterar su doctrina en tal sentido, mediante cita literal de la STC 166/1986, en cuyo FJ 13 dijo que: «*La expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada y se reduce, inicialmente, a operar sobre los bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas. La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de*

derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales» (FJ 4).

2. Las leyes de expropiación singulares son conformes con la Constitución, aunque deben respetar las garantías que derivan del artículo 33 CE.—El hecho de que normalmente sea la Administración la que lleve a cabo las expropiaciones, aplicando la legislación correspondiente, no significa que no quepa una expropiación *ope legis*, mediante ley singular. La expresión «*las leyes*» del artículo 33.3 *in fine* CE («...de conformidad con lo dispuesto por las leyes») incluye también las leyes singulares. A ellas se recurrirá en aquellos supuestos excepcionales en los que «no resulta posible responder mediante el sistema expropiatorio contenido en las leyes generales» (FJ 5). «Como sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales exige, antes de nada y sobre todo, que una injerencia del poder público en el disfrute del derecho al respeto de los bienes sea legal, esto es, se lleve a cabo por Ley o en aplicación de una Ley» (FJ 6). Tales leyes singulares, no obstante, deben respetar las garantías previstas en el artículo 33.3 CE: «En otras palabras, el efecto traslativo dispuesto por la Ley expropiatoria no puede producirse válidamente, desde un punto de vista constitucional, sin que exista una causa expropriandi, sin la correspondiente indemnización a favor de los expropiados y sin seguir un procedimiento expropiatorio, que, sin embargo, puede contener las especialidades procedimentales con respecto al procedimiento general que sean necesarias para hacer frente a la situación excepcional en cuyo contexto fáctico se dicte la Ley expropiatoria singular» (FJ 5). Desde este punto de vista el TC nada objeta a la Ley del Parlamento canario.

3. La expropiación mediante ley singular no debe disminuir las posibilidades de defensa del expropiado, a tenor del artículo 24 CE.—El hecho de que la expropiación se lleve a cabo mediante ley singular afecta no sólo al derecho de propiedad sino también al derecho a la tutela judicial. Cuando se trata de una expropiación ordinaria, que lleva a cabo la Administración con sujeción a la ley, el afectado puede solicitar la tutela de los tribunales, que comprobarán la legalidad de la actuación administrativa. En el caso de la expropiación *ope legis*, en cambio, es obvio que no cabe ese control judicial, quedando sólo abierto el constitucional. La cuestión está en saber si ambos controles son equivalentes. Como dice el TC: «Un acto legislativo expropiatorio sólo será constitucionalmente admisible si el control jurisdiccional que admiten las normas con rango de Ley (recurso directo, cuestión y autocuestión de inconstitucionalidad; esta última previo amparo) es suficiente, en cada caso, para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un Juez de lo contencioso. Por tanto, la forma legislativa únicamente será admisible si todas las lesiones que eventualmente le sean imputables pueden corregirse con el normal ejercicio de la jurisdicción constitucional, sin desnaturalizarla o pervertirla para, forzando su naturaleza, extenderse también sobre extremos de la disposición que sólo están al alcance de la jurisdicción ordinaria» (FJ 6). A este propósito el TC, además de señalar que la expropiación del caso poco tiene de excepcional, considera que las posibilidades de defensa de los expropiados se ven considerablemente mermadas dadas las características de la ley: «Además de no venir justificada por circunstancias excepcionales, la Ley recurrida ofrece una estructura y contenido que no permiten que la defensa de los derechos e intereses de los particulares expropiados

*pueda satisfacerse en esta sede sin perjuicio de su contenido material ni menoscabo de la naturaleza propia de nuestra jurisdicción»(FJ 6). Ningún problema plantea la definición de la *causa expropriandi*, claramente establecida y susceptible por tanto de valoración por parte del TC: «*Es indudable que la declaración de utilidad pública de las obras de ampliación de la sede parlamentaria resulta plenamente constitucional y que tal juicio puede alcanzarse en este procedimiento sin merma alguna de los derechos afectados y sin desnaturalizar nuestra jurisdicción con el recurso a consideraciones fácticas que nos son impropias*» (FJ 6). No sucede lo mismo, en cambio, con la declaración de la necesidad de ocupación de los tres inmuebles mencionados en el artículo 1.^º de la Ley: «*Para emitir un juicio fundado sobre la posible arbitrariedad o desproporción de la declaración de necesidad de ocupación de los edificios número 5 de la calle Teobaldo Power y números 44 y 46 de la calle Castillo, en Santa Cruz de Tenerife, efectuada por el artículo primero de la Ley canaria 2/1992, son precisos elementos de evaluación que resultan impropios de la jurisdicción de este Tribunal Constitucional*» (FJ 6). De acuerdo con la información disponible, los edificios susceptibles de expropiación para ampliar la sede del Parlamento canario no eran sólo los mencionados en el artículo 1.^º de la Ley. Pero el legislador autonómico «*ha seleccionado exclusivamente algunos de ellos, excluyendo los otros, sin ofrecer ningún motivo que justifique de manera razonable tal decisión, ni pudiendo nosotros deducirlo a partir del contraste de unos y otros en punto a su idoneidad para el fin de la expropiación, pues para ello sería preciso un examen de la realidad fáctica que tiene mejor acomodo en el marco de la prueba practicable en un procedimiento judicial, debe concluirse que la declaración de la necesidad de ocupación de los edificios número 5 de la calle Teobaldo Power y números 44 y 46 de la calle Castillo, en Santa Cruz de Tenerife, efectuada por el artículo primero de la Ley canaria 2/1992, no puede satisfacer, en el marco de nuestra jurisdicción, el juicio de necesidad connatural al principio de proporcionalidad*» (FJ 6). Como consecuencia de ello, el TC estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad y anula el artículo 1.^º de la Ley canaria 2/1992.*

STC 57/2005, de 14 de marzo.**RA: Desestimación.****Ponente: Pérez Vera.****Conceptos: Igualdad en la ley. Alimentos a los hijos y base imponible en el IRPF.****Preceptos de referencia: Artículo 14 en relación con el artículo 31.1 CE.**

Si bien esta resolución no tiene un especial interés constitucional, plantea un tema en el que todos, en alguna ocasión, hemos pensado: ¿Pueden deducirse de la base imponible, a efectos del impuesto sobre la renta, las cantidades abonadas a los hijos en concepto de alimentos?

Este fue el motivo que dio lugar a la sentencia reseñada. En efecto, el actor, en la autoliquidación del impuesto sobre la renta de las personas físicas, realizó esta operación. Cuando la autoliquidación fue rectificada interpuso la correspondiente reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo, llegando a solicitar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad al entender vulnerado los artículos 14 y 31.1 CE por «*excluir las pensiones de alimentos satisfechas a los hijos de las que permiten reducir la base imponi-*

ble, discriminando así no sólo este tipo de pensiones respecto de las de alimentos satisfechas a otros familiares o de las compensatorias al cónyuge, sino entre cónyuges, al darse un trato dispar al cónyuge que presta sus alimentos en el seno del hogar familiar».

La cuestión clave que plantea la parte actora es la legitimidad constitucional del diferente tratamiento que tienen los sujetos que soportan el pago de las pensiones compensatorias y alimenticias en virtud de resolución judicial a la hora de reducir la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Cuando el beneficiario de la pensión es el cónyuge o cualquier pariente tal deducción opera plenamente y, sin embargo, cuando los beneficiarios son los hijos del contribuyente no se admite tal reducción. Así, mediando siempre resolución judicial, las pensiones alimenticias en favor del cónyuge, ascendientes, hermanos y descendientes distintos de los hijos –personas que pueden tener derecho a ellas en virtud de lo dispuesto en el art. 143 CC– son siempre reductoras de la base imponible de quien las satisface, integrándose en la renta del alimentista a efectos del impuesto, pues constituyen un índice de capacidad económica en el perceptor. Por el contrario, en el caso de pago de pensiones en favor de hijos, pese a que la renta de alimentos se integra en el hecho imponible del alimentista, su pago no reduce la base imponible del padre o madre pagador.

El TC considera que la queja alegada no puede prosperar y para justificarlo señala que: «*Conviene determinar cuál es la verdadera naturaleza y finalidad de las anualidades por alimentos a los hijos que la Ley 18/1991 (RCL 1991, 1452, 2388) no permite deducir en la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas. A este respecto, debemos recordar que, como señalamos en la STC 1/2001, de 15 de enero “por imperativo constitucional”, los padres tienen la obligación de “prestar asistencia de todo orden a los hijos” –asistencia que, naturalmente, incluye la contribución a los alimentos– con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio, o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tutivas (arts. 110 y 111, in fine, CC); “alimentos” que, conforme al artículo 142 CC, incluyen el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación de los hijos, y que deben satisfacerse en medida “proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe” (art. 146 CC)». Como concluímos en la citada Sentencia, siendo el de alimentar a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio un deber constitucional de todos los padres, «al excluir la posibilidad de que los padres que deben satisfacer pensiones de alimentos en favor de sus hijos por resolución judicial puedan deducir la cuantía de las mismas en la base imponible del IRPF, como señala el Abogado del Estado, el artículo 71.2 de la Ley 18/1991 no hace otra cosa que equiparar la situación de aquéllos a la de todos los padres que –por imperativo constitucional (art. 39.3 CE) y legal (arts. 110, 111 y 143 CC)–, han de sufragar los gastos que ocasiona la manutención y educación de sus hijos sin que exista una decisión judicial que se lo imponga» (F. 3).*

Admitir lo contrario, esto es, reconocer exclusivamente a los padres alimentantes que no conviven con sus hijos el derecho a reducir de la base imponible del tributo el coste de su manutención sería tanto como establecer un privilegio fiscal discriminatorio frente al genérico deber de contribuir del artículo 31.1 CE, sin una justificación que, desde el punto de vista constitucional, lo legitime.

STC 75/2005, de 4 de abril.

RA: Desestimación.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión.

Derecho a la prueba pertinente. Error patente. Acogimiento preadoptivo.

Preceptos de referencia: Artículos 24 y 120.3 CE y artículo 9.2 CDN.

Se recurren en amparo los autos dictados en primera y segunda instancia que acuerdan y confirman respectivamente, el acogimiento preadoptivo del propio hijo biológico en favor del matrimonio propuesto por la Comisión Regional de Protección al Menor, que tenía su tutela legal por desamparo. El Tribunal Constitucional rechaza el amparo fundado en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho a la prueba pertinente (24.2 CE).

A entender del recurrente, el derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión se había visto violentado por: *a)* la no conversión del procedimiento de jurisdicción voluntaria en contencioso, que le impide formular alegaciones y proponer prueba; hecho que achaca tanto al Juzgado de Primera Instancia (por no hacerlo a pesar de la oposición del padre biológico no privado de la patria potestad) como a la Audiencia Provincial (por aplicar erróneamente la LEC); *b)* la falta de motivación de las resoluciones recurridas; y *c)* concurrir un error patente: en ningún momento se intenta la reincorporación del menor en su familia de origen, lesionando el derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), el principio constitucional de protección de la familia (art. 39 CE) y el de inserción del menor en su familia biológica (art. 172.4 CC).

El Tribunal, en sentido contrario, se pronuncia por la no afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, con los argumentos que a continuación sintetizamos:

a) La exigencia constitucional de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE), considerada desde el punto de vista de la tutela judicial (art. 24.1 CE), se cumple si se apoyan en razones que permiten conocer cuál es su *ratio decidendi*.

b) La reflexión del Tribunal Constitucional no debe circunscribirse a comprobar la existencia de motivación, sino que debe además examinar si la existente es suficiente para considerar satisfecho el derecho constitucional. Esto significa constatar si las resoluciones impugnadas, vistas dentro del contexto global del proceso, demuestran que la decisión judicial es fruto de una interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico reconocible.

Conforme con ello, y examinado el contenido de las resoluciones impugnadas, puede comprobarse –tal como denuncia el recurrente y comparte el Fiscal– que el auto de primera instancia presenta una amplia exposición doctrinal sobre el acogimiento como institución jurídica, pero no expresa las razones concretas que justifican la adopción de tal medida en el caso enjuiciado. Limitarse a indicar que se acuerda el acogimiento en interés del menor, no permite conocer las bases sobre las que se asienta el proceso lógico que condujo al Juzgador a concluir que el mencionado interés prevalente pasa, en el caso enjuiciado, por ordenar el acogimiento.

c) A pesar de ello, como dicha circunstancia es denunciada por el recurrente en su escrito de apelación ante la Audiencia Provincial que, tras reconocer la insuficiente motivación, remedia la lesión y apoya su decisión confirmatoria sobre razones y hechos concretos relacionados con el caso enjuiciado, se da finalmente satisfacción al derecho fundamental invocado.

d) El recurrente, bajo el principio constitucional del error patente, lo que en realidad hace es discrepar con el criterio y la decisión mantenidos por las resoluciones judiciales sobre la valoración de los hechos y la interpretación de la norma aplicable, en un procedimiento en el que lo que se enjuicia es precisamente la quiebra del núcleo familiar y la necesidad de promover medidas para proteger el interés prevalente del menor. El artículo 24.1 CE no ampara el derecho a la estimación de la propia pretensión ni permite que el Tribunal Constitucional conozca de los hechos que dieron lugar al proceso del que trae causa el presente recurso de amparo.

La lesión del derecho a la prueba pertinente se produce, a entender del demandante en amparo, al no admitirse en segunda instancia la práctica de prueba, provocando su indefensión material.

En cambio, el Tribunal Constitucional, disintiendo, entiende que no se produce lesión material o efectiva de las garantías procesales de contradicción del recurrente, por los siguientes fundamentos:

a) Este tipo de procesos, en los que se juegan derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia en el orden personal y familiar (del menor, de sus padres biológicos y de los demás implicados), deben rodearse de las mayores garantías; siendo lógico ofrecer una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos, para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y que se excluya la preclusividad. Acorde con ello, se pronuncian la *Convención de los Derechos del Niño* (en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres «se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones», art. 9.2) y la doctrina misma del Tribunal Constitucional (en estos procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, el interés superior del menor).

b) De contrastar ello con las circunstancias del caso resulta que el recurrente dispone en todo momento, y sin merma de las garantías procesales, de la posibilidad de alegar lo pertinente a su defensa y aportar la documental necesaria para contradecir la alegada situación de desamparo del menor y las resoluciones de acogimiento. De hecho así lo hace al estimarlo oportuno (por ejemplo, con el recurso de apelación).

c) Para que pueda entrar a valorarse la invocación genérica de indefensión, se requiere que el medio probatorio pretendido pueda tener una influencia decisiva en la resolución del asunto. Esta valoración no corresponde al Tribunal de oficio, sino que es el recurrente quien debe razonar la relación entre los hechos que se quieran y no se puedan probar y las pruebas inadmitidas; y argumentar de modo convincente que, de aceptarse y practicarse, la sentencia podría serle favorable. Ello no se cumple en el presente caso, desde que el recurrente no menciona en la demanda los medios probatorios propuestos o de los que se ve privado, limitándose a hacer una invocación genérica de tal derecho en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

d) Por lo tanto, la lesión denunciada –tal como observa el Ministerio Fiscal– no se apoya en la privación de los medios de defensa, sino en un criterio discrepante sobre la adecuada tramitación del procedimiento que defiende que, al no haberse convertido el procedimiento de jurisdicción voluntaria en contencioso, se lesionan las posibilidades de defensa procesal del recurrente. Esta no es tarea del Tribunal Constitucional que no actúa como una nueva y superior instancia judicial.

STC 96/2005, 18 de abril.

RA: Estimación.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Separación matrimonial y divorcio. Pensión. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. Exigencia de una resolución fundada en derecho frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos.

Preceptos de referencia: Artículo 24 CE.

La demandante de amparo y su entonces esposo se separaron. La Sentencia estimó la pretensión de separación conyugal y aprobó el convenio regulador. En dicho convenio se estableció, entre otras determinaciones, una pensión compensatoria vitalicia y actualizable a pagar por el esposo por meses anticipados y en cuantía que podría variar según las vicisitudes laborales de la esposa. La Sentencia de separación devino firme al no ser recurrida por ninguno de los esposos.

La ahora demandante de amparo instó la ejecución de la Sentencia de separación –ante la existencia de varios impagos– y su cónyuge se opuso, alegando la improcedencia de ejecutar la Sentencia recaída en el proceso de separación, dado que a instancia suya se había seguido proceso de divorcio; de modo que, desde que recayó la Sentencia de divorcio, el título ejecutado había perdido eficacia. Hay que señalar que con anterioridad se había solicitado modificación de las medidas de separación y que la Sentencia se encontraba pendiente de recurso de apelación.

El Juzgado de 1.^a Instancia dictó Auto (confirmado en su integridad por la Audiencia) en el que declaró que no procedía la ejecución al considerar que la pensión compensatoria concedida en el proceso de separación «*no se prorroga automáticamente en el procedimiento de divorcio*», de modo que no habiéndose reclamado dicha pretensión en este procedimiento «*no es necesario un pronunciamiento extintivo del derecho*». Y añadía «*en el ulterior procedimiento de divorcio debieron ser acordadas, en su caso, las medidas inherentes al nuevo estado civil, condicionadas, en virtud del principio dispositivo, a las peticiones de las partes, salvo aquellas que, cual las afectantes a los hijos menores de edad, tienen el carácter de ius cogens... Y evidentemente tal condición no se extiende al derecho de pensión compensatoria, plenamente inmerso en el principio de rogación al que se sujetan todo procedimiento civil, por lo que el no ejercicio de la acción correspondiente por quien pudo hacerla valer implica su renuncia*».

Sobre la base de esa fundamentación, las resoluciones recurridas concluyen denegando la continuación de la ejecución inicialmente despachada a instancias de la recurrente en amparo, dado que ésta en el proceso de divorcio no había formulado pretensión alguna en orden al reconocimiento de la pensión compensatoria y, en consecuencia, las Sentencias de divorcio no contienen pronunciamiento alguno reconociéndole el derecho a percibir una pensión compensatoria, quedando sin efectividad el pronunciamiento contenido al respecto en la Sentencia de separación, pues las medidas tanto de índole personal como patrimonial acordadas en ésta quedan sustituidas por las fijadas en la Sentencia de divorcio.

El TC, después de poner de manifiesto que no le corresponde la interpretación de la normativa reguladora de los efectos añade, que: «*La falta de exteriorización de las previsiones normativas en la que se sustenta aquella concepción de uno y otro proceso, en definitiva, la decisión de no despachar*

la ejecución de la Sentencia de separación en el extremo interesado por la demandante de amparo; esto es, el referido a las cantidades que reclamaba por impago y actualización de la pensión compensatoria fijada a su favor en la Sentencia de separación, impide la consideración de los Autos recurridos como resoluciones judiciales fundadas en Derecho, por no ser fruto de una razonada aplicación de la legalidad», lo que ha de conducir en este caso, en atención a la fase procesal en la que aquéllos se han dictado, a estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. (FJ. 7)

STC 104/2005, de 9 de mayo.

RA: Estimación.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Derechos fundamentales a la igualdad y a la tutela judicial efectiva. Baremo contenido en el anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor añadido por la Ley 30/1995, en la actualidad derogada y sustituida por el RDL 8/2004, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA STC 181/2000, QUE RESOLVIÓ VARIAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD ACUMULADAS.

Preceptos de referencia: artículo 1902 CC, artículos 14, 24.1 y 164.1 CE, artículo 5.1 LOPJ, artículos 1 y 38 LOTC.

El Tribunal Constitucional estima el amparo porque entiende que se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (art. 24.1 CE), al haberse impedido la íntegra reparación del daño causado. Por ello, declara el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho por la que se incluya en la indemnización el coste de la contratación laboral que se vio obligada a efectuar la demandante durante su situación de incapacidad temporal como consecuencia de las lesiones sufridas en el accidente de circulación del que fue víctima, ocasionado por una conducta culposa ajena. En la STC 102/2002 se aborda una cuestión similar.

En relación a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE), se rechaza la queja porque, como ya se declaró en la STC 181/2000, FJ 11, el término de comparación propuesto (la desigualdad producida por el hecho de que unos mismos daños personales reciban un tratamiento jurídico distinto en función de la mera circunstancia de haberse o no producido como consecuencia de la circulación de los vehículos de motor) no constituye un término válido de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. Asimismo, se rechaza la vulneración de este derecho a la igualdad por el hecho de que el sistema de valoración de daños personales mediante baremo genere un tratamiento igual de supuestos diversos, pues es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el artículo 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato (STC 114/1995, 6 julio, FJ 4), ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe «ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual» (STC 16/1994, 20 enero, FJ 5), siendo ajena al ámbito de este precepto constitucional la llamada «discriminación por indiferenciación» (STC 308/1994, 21 noviembre, FJ 5 y STC 164/1995, 13 noviembre, FJ 7).

«5. En el caso enjuiciado, la Sentencia de instancia, confirmada en su integridad por la Sentencia de apelación, condenó solidariamente al conductor del autotaxi que atropelló a la recurrente y a la compañía aseguradora del vehículo a indemnizar a la demandante en la suma total de 256.411 pesetas, más el interés legalmente previsto a cargo de la compañía aseguradora desde la fecha del accidente, haciéndose constar en el fundamento jurídico 2 de la Sentencia de instancia que fue la negligencia del conductor del turismo demandado la causa del atropello de la demandante cuando cruzaba un paso de peatones, causándole las lesiones que la mantuvieron incapacitada para sus ocupaciones habituales durante cincuenta días, de conformidad con el informe emitido por el Médico forense, obrante en las actuaciones. A su vez, en el fundamento jurídico 1 de la Sentencia de apelación se señala que la demandante sufrió un atropello, cuando cruzaba correctamente por un paso de peatones regulado por semáforos, por el autotaxi conducido por el demandado y asegurado por la compañía FIATC.

De todo ello se desprende que los órganos judiciales han considerado que el accidente se produjo por culpa relevante y exclusiva del conductor del autotaxi. Constatado lo anterior, y atendiendo a que en las Sentencias impugnadas se aplica únicamente el factor de corrección previsto en el apartado B) de la tabla V del anexo, excluyendo expresamente por falta de previsión legal los perjuicios derivados de la contratación de un trabajador que sustituyera a la demandante en sus labores profesionales relacionadas con el rodaje de anuncios publicitarios a consecuencia de su incapacidad temporal derivada de las lesiones sufridas en el accidente de tráfico, a pesar de tener por acreditados los gastos efectuados, ha de concluirse que en relación con este extremo se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, al haberse impedido la íntegra reparación del daño causado».

STC 120/2005.

RA: Estimación.

Ponente: Sala Sánchez.

Conceptos: Fraude de ley. Simulación. Delito fiscal. Derecho a la legalidad penal y a la tutela judicial.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 y 25.1 CE. Artículo 6.4 CC.

La sentencia resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia que condenó al recurrente por delito fiscal. En dicha resolución la Sala procedió a revocar el pronunciamiento absolutorio alcanzado por el juzgador de instancia sobre la base de variar la calificación de los hechos atribuidos al actor, sustituyendo la de simulación de negocio por la de fraude de ley tributaria. De acuerdo con la tesis del recurso, finalmente admitida, se habría violado el derecho a la legalidad penal dada la ausencia de sanción de tal conducta en el ordenamiento tributario. Al margen de los aspectos penales, la sentencia tiene interés por las consideraciones del TC en torno a la noción y efectos del fraude de ley: «*El concepto de fraude de ley tributaria no difiere del concepto de fraude de ley ofrecido por el artículo 6.4 del Código Civil, a cuyo tenor “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*. Como ya dijimos en la

STC 37/1987, de 26 de marzo, F. 8, “el fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico”, y no exclusivamente en el ámbito civil. El concepto de fraude de ley es, pues, siempre el mismo, variando únicamente, en función de cuál sea la rama jurídica en la que se produce, las llamadas, respectivamente, “norma de cobertura” y “norma defraudada” o eludida, así como la naturaleza de la actuación por la que se provoca artificialmente la aplicación de la primera de dichas normas no obstante ser aplicable la segunda» (FJ 4). «En el fraude de ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal). Por lo que se refiere en concreto al fraude de ley tributaria, semejante “rodeo” o “contorneo” legal se traduce en la realización de un comportamiento que persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu. De manera que no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que, muy al contrario, la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal; y tampoco puede hablarse de una actuación que suponga una violación directa del ordenamiento jurídico que, por ello mismo, hubiera que calificar por se de infracción tributaria o de delito fiscal. Por ello mismo, la consecuencia que el artículo 6.4 del Código Civil contempla para el supuesto de actos realizados en fraude de ley es, simplemente, la aplicación a los mismos de la norma indebidamente relegada por medio de la creación artificiosa de una situación que encaja en la llamada “norma de cobertura”; o, dicho de otra manera, la vuelta a la normalidad jurídica, sin las ulteriores consecuencias sancionadoras que generalmente habrían de derivarse de una actuación ilegal» (FJ 4). «Importa, y mucho, la alteración operada por el órgano judicial ad quem al modificar la calificación de los hechos realizada por las acusaciones a título de “negocio simulado” por la de “fraude de ley tributaria”, toda vez que, mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista» (FJ 4).

STC 138/2005, de 26 de mayo.

CI: Estimación.

Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez. Votos particulares de Jiménez Sánchez (con adhesión de Delgado Barrio) y de Gay Montalvo.

Conceptos: Derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a la libre investigación de la paternidad. Derecho a la dignidad humana. Filiación. Acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Inconstitucionalidad del artículo 136.1 CC por excluir del ejercicio de la acción al marido que adquiere conocimiento de la ausencia de vínculo biológico con el hijo de su esposa luego de transcurrido el año desde el nacimiento. Principio de interpretación conforme a la CE de todo el ordenamiento.

Preceptos de referencia: Artículo 136.1 CC. Artículos 9.3, 10, 14, 24, 39 CE; artículo 2 Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor; CDN; Carta Europea de los Derechos del Niño; artículo 24 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; artículos 6 y 8 CEDH.

La inconstitucionalidad del artículo 136 CC pronunciado por el Tribunal Constitucional tiene causa en el planteo interpuesto por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid, en oportunidad de entender en un juicio de impugnación de la paternidad matrimonial en el que se alega, de un lado, la caducidad de la acción por el transcurso del plazo legal y, del otro, la inconstitucionalidad de dicha norma.

El Juzgado eleva dicho planteo basado en que el artículo 136.1 CC no se acomoda a los artículos 24.1 y 39.2 CE desde que, al concretar el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción con el de la fecha de la inscripción registral del nacimiento, excluye los supuestos en los que el marido no conoce la verdad biológica antes de caducar la acción. Entiende que lo decisivo, a fin de posibilitar la investigación de la paternidad y la tutela judicial efectiva, es conectar el plazo de caducidad con el momento en que, realmente, haya posibilidad de ejercicio de la acción (cuando el marido tenga dudas sobre la realidad de su paternidad), resaltando las cuestiones fácticas del caso de autos en el que no existe indicio alguno que permita reprochar al marido la más mínima demora ni, mucho menos, dejación de la decisión impugnatoria puesto que, tan pronto pudo entrever la verdad de su relación paterna, insta la investigación biológica.

También contradice –según su entender– el artículo 14 CE. El ataque al principio de igualdad viene dado por un trato desigual según cómo se determine la filiación (arts. 138 y 141 CC) en orden a un posible vicio del consentimiento; sin que ello responda a una justificación objetiva y razonable.

Trae a colación la STS 353/1993 de 30 de enero de 1993, suscribiéndola, en cuanto entiende que el artículo 136.1 CC, aisladamente considerado, contradice los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981 que tiende a hacer prevalecer la verdad real sobre la presunta que dimana del estado matrimonial y a admitir toda clase de prueba en los juicios sobre filiación.

En sentido opuesto, el Abogado del Estado pide se desestime la cuestión de inconstitucionalidad. Sostiene la conformidad del artículo 136 CC con la CE desde que la limitación temporal sólo pretende dar seguridad jurídica a las relaciones familiares (art. 9.3 CE) –procedimientos tan delicados como los de esta índole no pueden depender del criterio de oportunidad o conveniencia del padre legal– al impedir que la acción quede abierta de manera indefinida en perjuicio del hijo, en cumplimiento del mandato del artículo 39.2 CE a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación.

Defiende la no vulneración del artículo 14 CE, desde que no existe igualdad de los supuestos de hecho y el legislador tiene una amplia libertad de configuración en pos de resguardar la familia (art. 39.1 CE). Tampoco encuentra contradicción con el artículo 24.1 CE puesto que la limitación temporal para el ejercicio de los derechos, por sí sola, no irroga indefensión y la regulación de las acciones impugnatorias conjuga los intereses afectados en forma ponderada.

Finalmente defiende la posibilidad de interpretar de modo flexible el artículo 136.1 CC, lo cual abona su plena constitucionalidad. En tal dirección, dice que la ignorancia del nacimiento del hijo a los efectos del cómputo del

plazo puede significar no sólo desconocimiento del parto sino también de su no intervención en la generación. Por esta razón, en tal caso, el plazo comienza a computarse desde que el marido se percata de que no es el padre biológico.

Por su parte, el Fiscal General del Estado sostiene que el artículo 136 CC es contrario a la CE, en particular, a los artículos 14, 24.1 y 39.2 CE, reiterando, en gran parte, el razonamiento que hace el Juzgado. Por ello, pide se declare la inconstitucionalidad del artículo 136.1 CC, salvo que el Tribunal Constitucional dicte una Sentencia interpretativa en el sentido de declarar que el precepto cuestionado no es inconstitucional si se entiende que el plazo de un año para impugnar la paternidad no comienza a correr sino desde que el vicio de la voluntad desaparezca por conocer el marido que no es el padre biológico de quien figura registrado como hijo suyo.

Finalmente, el Tribunal Constitucional reconoce la inconstitucionalidad de esta norma por violación de los artículos 9.2, 10.1, 24.1 y 39.2 CE.

Según doctrina del Tribunal, el principio de igualdad (art. 14 CE) impone al legislador igual tratamiento a quienes estén en situaciones jurídicas iguales, prohibiendo toda desigualdad que carezca de justificación objetiva y razonable, o sea desproporcionada. Contrastando este caso con lo expuesto, la acción de impugnación del artículo 136 CC descansa sobre presupuestos diferentes que las acciones de impugnación de los artículos 138 y 141 CC: las distintas formas de determinación de la filiación. Ello justifica la fijación de diferente *dies a quo* por el legislador para el cómputo del plazo de caducidad, lo cual elimina toda arbitrariedad, discriminación o falta de fundamentación.

En referencia a la violación del artículo 39.2 CE, en relación al artículo 24.1 CE, parte de que el artículo 136 CC configura la dimensión temporal del ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial mediante 3 reglas: 1.^{a)} un plazo para su ejercicio de 1 año; 2.^{a)} que comienza a correr desde la fecha de inscripción de la filiación en el Registro Civil; y 3.^{a)} el conocimiento por el padre legal del nacimiento.

Entiende que ninguna objeción cabe a la constitucionalidad de estas 3 reglas: 1) la existencia del plazo favorece la seguridad jurídica, resguarda el interés del niño y no vulnera *per se* el derecho a la tutela judicial efectiva (si los plazos son suficientes y adecuados para hacer valer los derechos ante los Tribunales); 2) la fijación de la inscripción registral de la filiación como *dies a quo* persigue destruir el vínculo jurídico paterno-filial y sus efectos; y 3) la excepción del conocimiento del nacimiento del hijo también es coherente.

Aclara el Tribunal que el cuestionamiento se dirige a la falta de previsión legal del supuesto de la falta de conocimiento por el padre legal sobre la ausencia de vínculo biológico con quien ha inscrito como su hijo. Aquí yace la inconstitucionalidad puesto que esta exclusión *ex silentio* impide el ejercicio real de la acción de descubrir esa realidad ya transcurrido el año; lo cual, además, es contradictorio con el hecho que el conocimiento del nacimiento y de ser el progenitor biológico, son presupuestos ineludibles para la sustanciación de la pretensión impugnatoria, por la exigencia legal de la presentación de un principio de prueba (art. 767.1 LEC).

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal que permite al legislador imponer límites a su ejercicio; pero, como éstos sólo serán constitucionales si –respetando su contenido esencial– buscan preservar otros intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, puede sostenerse que el artículo 136 CC no es constitucional. Ello es así por no resultar proporcional a la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación

matrimonial, imponer al marido una paternidad que, sobre no responder a la realidad biológica, ni ha buscado (a diferencia de la adopción y de la inseminación artificial) ni ha consentido conscientemente. Esto resulta incompatible con el mandato de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 9.2 CE), con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción.

Analiza el Tribunal si es posible la interpretación *secundum constitutio-nem*, puesto que de serlo ello impide la apreciación de inconstitucionalidad.

Comienza con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, encontrando resoluciones a ella favorables (coexistentes con otras contrarias) fundadas en el espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas y en que una interpretación rigurosa del precepto, aisladamente considerado, se enfrenta con los artículos 6.4 (admitiría una acción fraudulenta), 24 (generaría indefensión) y 39 CE. Es doctrina del Tribunal que, en virtud del principio de conservación de la ley, la declaración de inconstitucionalidad sólo procede excepcionalmente y ello ocurre cuando la incompatibilidad con la CE es indubitable por resultar imposible una interpretación conforme a ella (por ignorar o desfigurar el sentido del artículo o por reconstruir una norma que no está explícita en el texto, para obligar su constitucionalidad).

En el presente caso, la letra del artículo 136 CC no permite entender que el cómputo del plazo no empiece a correr por causas distintas de la única que se explicita (ignorancia del nacimiento), sin forzar el sentido propio del enunciado. Siendo un hecho excepcional –frente a la regla general– impide una interpretación extensiva.

Por las razones expuestas, declara que procede la declaración de la inconstitucionalidad del artículo 136 CC, pero no su nulidad ya que ello resultaría contraproducente por generar un vacío normativo, dejando irrazonablemente sin acción a quienes la ostentan. Queda así en manos del legislador trazar en forma precisa el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de esta acción, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Se formulan dos votos particulares; uno del Magistrado Guillermo Jiménez Sánchez, al que se adhiere Javier Delgado Barrio; y otro de Eugeni Gay Montalvo. Ambos cuestionan el fallo –puesto que se pronuncian por la constitucionalidad de la norma– y también algunos fundamentos jurídicos –tal como la inexistencia de violación de los artículos 24.1, 39.2 y 10.1 CE.

Sobre la inconstitucionalidad del artículo 136.1 CC, ver también STC 156/2005, de 9 de junio, en la que se resuelve una segunda cuestión de inconstitucionalidad, en el mismo sentido y con idéntico ponente y votos particulares. Ver también STC 273/2005.

STC 140/2005, de 6 junio.

RA: Desestimación.

Ponente: Rodríguez-Zapata.

Conceptos: Pensión de viudedad. **Beneficiarios:** unión de hecho o convivencia *more uxorio*. Denegación de pensión al supérstite durante la convivencia.

Preceptos de referencia: Artículo 24 CE.

La demandante, doña María del Carmen Á. V., contrajo matrimonio el 28 de noviembre de 1984 con don José P. F., quien tenía reconocida la condición de pensionista. Dos años después falleció el pensionista y se le reconoció a la

viuda la correspondiente pensión. El 27 de noviembre de 1990, doña Enriqueta M. G. solicitó pensión de viudedad del referido don José P. F., con quien había contraído matrimonio el 9 de diciembre de 1936, separándose de mutuo acuerdo en el año 1948 y sin convivencia conyugal desde esa fecha.

Tras esta reclamación, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas dictó dos acuerdos. El primero de ellos a favor de la citada doña Enriqueta M. G., reconociéndole pensión de viudedad con efectos desde el 1 de diciembre de 1986, y el segundo, por el que se revisaba y sustituía el anterior de reconocimiento de pensión a la ahora recurrente en amparo, doña María del Carmen A. V., en el sentido de minorar la cantidad de su pensión con efectos del día primero del mes siguiente al mencionado acuerdo.

La recurrente (viuda) centraba su petición en que se computara todo el tiempo de convivencia *more uxorio* antes de haber contraído matrimonio, lapso de tiempo que por ausencia de convivencia tampoco le fue considerado a la primera esposa.

Con todo el problema radica en que entre la entrada en vigor de la Ley 30/1981 que introdujo el divorcio en el CC, hasta la fecha en la que se produjo el divorcio del primer matrimonio, transcurrieron más de tres años y que si bien la disposición adicional décima, núm.2 de la ley citada amplia los efectos a quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente en ese momento, no cabe, a juicio del TC una ampliación desmedida del texto ya que, en el caso en cuestión no consta ninguna imposibilidad ni dificultad temporal para haber iniciado con anterioridad su tramitación. En concreto, el FJ 4 señala que: «*la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no determina automáticamente la posibilidad de convertir la unión extramatrimonial en vínculo conyugal. Es, pues, la imposibilidad, por impedimento legal, de contraer nuevas nupcias la base de la protección dispensada por el legislador a través de la norma en cuestión (STC 184/1990, de 15 de noviembre, F. 1), lo que implica por exigencia del artículo 14 CE, como dijimos en la STC 39/1998, de 17 de febrero, F. 5, la ampliación de los supuestos regidos por la disposición adicional décima, número 2, de la Ley 30/1981».*

STC 156/2005, de 9 de junio.

CI: Admisión.

Ponente: García-Calvo. Votos particulares de Jiménez Sánchez y Delgado Barrio; y de Gay Montalvo.

Conceptos: Derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a la libre investigación de la paternidad. Derecho a la dignidad humana. Filiación. Acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Inconstitucionalidad del artículo 136.1 CC por excluir del ejercicio de la acción al marido que adquiere conocimiento de la ausencia de vínculo biológico con el hijo de su esposa luego de transcurrido el año desde el nacimiento. Principio de interpretación conforme a la CE de todo el ordenamiento.

Preceptos de referencia: Artículo 136.1 CC. Artículos 9.3, 10, 14, 24, 39 CE; artículo 2 Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor; CDN; Carta Europea de los Derechos del Niño; artículo 24 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; artículos 6 y 8 CEDH.

Véase *supra* STC 138/2005.

STC 173/2005 (Pleno), de 23 de junio**RI: Desestimación.****Ponente: Casas Bahamonde.**

Conceptos: Competencias sobre ordenación de los seguros y mutualidades; desarrollo reglamentario de bases estatales; autorizaciones válidas en el espacio económico europeo; triple punto de conexión para delimitar las competencias autonómicas. Voto particular.

Preceptos de referencia: Artículo 9.3, artículo 10.2, artículo 66.2, artículo 69.2; segundo párrafo del apartado 8 de la disposición adicional séptima y el primer apartado de la disposición final primera, de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

El presente recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Catalunya tiene por objeto la impugnación de varios preceptos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Cabe aclarar, en primer lugar, que la totalidad del articulado de la Ley 30/1995 ha sido derogado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Sin embargo, esta derogación no conlleva la extinción sobrevenida del objeto del proceso, ya que los preceptos impugnados de la Ley 30/1995 han sido reproducidos literalmente con la misma numeración e idéntico carácter básico, en el nuevo Texto Refundido.

La exposición de motivos por los que se solicita dicha declaración de inconstitucionalidad comienza con el artículo 9.3 y la remisión al mismo contenida en el artículo 10.2, ambos, de la Ley 30/1995.

Para el Abogado de la Generalitat de Catalunya, la habilitación a favor del Estado recogida en el artículo 9.3 y a la que se remite el artículo 10.2, para que desarrolle y complete, con carácter básico, las normas que ya figuran con idéntico alcance en la Ley, representa una clara extralimitación competencial, puesto que opera en detrimento de la competencia autonómica de desarrollo de la regulación estatal básica sobre las mutuas de seguros.

Ante dicha alegación el Tribunal Constitucional manifiesta que la remisión al reglamento no conlleva de suyo la atribución de carácter básico a los preceptos reglamentarios dictados en desarrollo de las previsiones del artículo 9.3 de la Ley 30/1995. Además, en el reglamento de desarrollo de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, el régimen jurídico de las mutuas de seguros se regula en artículos expresamente excepcionados de la identificación de lo básico. Por todo esto, el Tribunal concluye desestimando la pretensión de inconstitucionalidad de los artículo 9.3 y 10.2 de la Ley 30/1995.

A continuación, se impugna el artículo 66.2.a), inciso final, de la Ley, por la inclusión, entre los requisitos que deben cumplir las mutualidades de previsión social para obtener y mantener la autorización administrativa de ampliación de prestaciones, del relativo a «la titularidad de una autorización válida en todo el Espacio económico Europeo», puesto que, habida cuenta de que dicha autorización sólo puede concederla la Administración estatal, esta previsión conlleva un vaciamiento de las competencias autonómicas.

A este respecto, el Tribunal Constitucional afirma que la intervención estatal en el procedimiento de autorización de ampliación de prestaciones representa un control preventivo que garantiza que el desarrollo por las

mutualidades de previsión social de la actividad aseguradora por ramos, se ajuste a los riesgos máximos que la estabilidad del sistema financiero estatal pueda soportar. Control, que por sus características y significado, se ampara en las competencias del Estado sobre las bases de la ordenación del seguro (art. 149.1.11.^a CE). Por lo que el Tribunal estima que el artículo 66.2 de la Ley 30/1995 no puede reputarse contrario al orden de distribución de competencias.

En relación con el artículo 69.2 de la Ley, se impugna el establecimiento, en su primer párrafo, de un triple punto de conexión para delimitar el alcance de las competencias autonómicas en materia de ordenación y supervisión de los seguros, así como la atribución a la Administración estatal de la competencia para otorgar la autorización para el ejercicio de la actividad aseguradora (letra b). De esta misma letra, se discute la exclusión de toda intervención autonómica en algunas de las funciones ejecutivas reguladas en el capítulo IV del título III de la Ley.

Manifiesta el Tribunal que los puntos de conexión fijados por el legislador estatal no representan una reserva a favor del Estado del ejercicio centralizado de competencias ejecutivas, con el consiguiente vaciamiento de las competencias autonómicas, sino una delimitación del alcance territorial de las facultades autonómicas sobre las entidades aseguradoras ya que corresponde al Estado, en todo caso, el alto control económico-financiero de dichas entidades. Por lo que el Tribunal concluye desestimando la impugnación del artículo 69.2 de la ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados.

Por lo que respecta al reproche del Abogado de la Generalitat de Catalunya contra la reserva de funciones ejecutivas, a favor de la Administración del Estado, establecida en el artículo 69.2.b) de la Ley impugnada, declara el Tribunal que dicha reserva estatal únicamente alcanza a las entidades aseguradoras con mayor presencia en el sector, dejando por tanto a salvo las competencias exclusivas que la Generalitat de Catalunya ostenta sobre cooperativas y mutuas no integradas en la Seguridad Social.

Por último, se impugnan el apartado 8 de la disposición adicional séptima y la disposición final primera de la Ley. La primera es desestimada por el Tribunal al interpretar éste que la realización esporádica o eventual de las actividades mediadoras fuera del territorio autonómico no lleva aparejado la traslación de la competencia autonómica en la materia. Y la segunda disposición, impugnada en la medida en que atribuye carácter básico a los preceptos anteriormente examinados, es también desestimada por el Tribunal.

En atención a todo lo expuesto el Tribunal decide desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Catalunya contra diversos preceptos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Por su parte, la Presidenta, doña María Emilia Casas Bahamonde y el Magistrado don Pablo Pérez Tremps formulan un voto particular en el que discrepan del enjuiciamiento por la sentencia del artículo 69.2 de la Ley impugnada y al de la disposición adicional 7.^a, apartado 8, de dicha Ley.

Argumentan que el establecimiento del triple y doble, respectivamente, punto de conexión excluye las eventuales consecuencias suprateritoriales del ejercicio de las competencias autonómicas, produciendo en tales casos, el desplazamiento automático de la titularidad de las mismas al Estado y que al Estado le corresponde fijar los puntos de conexión, debiendo permitir éstos el ejercicio ordinario de las competencias autonómicas, de modo que el Estado recupere esas competencias sólo excepcionalmente, cuando ello sea impres-

cindible para evitar el fraccionamiento de la materia y no existan otros mecanismos correctores, lo que en este caso, en su opinión, no se justifica.

STC 184/2005, de 4 de julio.

RA: Inadmisión.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Propiedad horizontal. Responsabilidad de los propietarios por las deudas de la comunidad.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal.

El recurso de amparo lo interponen dos hermanas, propietarias de tres de los cuatro locales comerciales que integran un «Edificio Comercial». El cuarto local pertenece en propiedad a una sociedad de la que era administradora única una de las dos hermanas recurrentes.

La comunidad de propietarios del mencionado «Edificio Comercial» fue demandada en reclamación de cantidad y condenada a pagar a la actora la cantidad de 1.583 € de principal más 522,88 € de intereses y costas por Sentencia de 20 de marzo de 2001. La demandada, es decir, la comunidad no compareció en el proceso por lo que fue declarada en rebeldía. Por providencia 4 de octubre de 2002 y en ejecución de la anterior sentencia, cada uno de los propietarios de los locales que integran el «Edificio Comercial» fueron requeridos para el pago de la cantidad adeudada por la comunidad, en función de su cuota de participación. Las dos hermanas recurrentes promovieron recurso de amparo contra dicha providencia y promovieron otros incidentes procesales a fin de lograr la nulidad de las actuaciones judiciales. Finalmente recurren en amparo alegando su situación de indefensión lesiva del artículo 24.1 CE por dos motivos: la providencia impugnada les dirige un requerimiento de pago y apremio cuando ellas no fueron demandadas en el proceso en el que recayó la Sentencia y la providencia no expresa las razones y fundamentos del requerimiento, es decir, no se encuentra suficientemente motivada.

El TC responde que *«la indefensión que proscribe el art. 24.1 CE ha de ser consecuencia de una acción u omisión atribuible al órgano judicial»* (FJ 3). Advierte el TC que tras la Sentencia condenatoria de la comunidad del Edificio Comercial y a fin de iniciar el procedimiento para su ejecución, los propietarios integrantes de la misma fueron requeridos a manifestar en el Juzgado el nombre del presidente de la comunidad. Los requeridos declararon que no existía tal comunidad de propietarios por lo que el Juez, acordó dirigir la demanda de ejecución contra cada uno de los propietarios integrantes de la comunidad con base en el artículo 22.1 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, en la redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril. A juicio del TC el hecho de que las demandantes en amparo sólo declararan que la comunidad demandada no existía tras haber finalizado el proceso y que lo hicieran ahora en fase de ejecución demuestra que actuaron con una actitud pasiva durante el proceso con el fin de marginarse voluntariamente del mismo y beneficiarse de ello. Faltó por parte de las recurrentes el respeto a la buena fe procesal y *«no es admisible constitucionalmente una queja de indefensión de quien con su conducta voluntariamente propició, como acontece en este caso, la situación de indefensión que denuncia»* (FJ 5). El recurso es por ello desestimado.

STC 190/2005, de 7 de julio.

CI: Desestimación.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Indemnización. Hermanos de la víctima mayores de edad.

Supuesta inconstitucionalidad del artículo 1.2 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en la redacción dada por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, 8 noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, en relación con los puntos 1 y 4 del apdo. primero del anexo y su tabla I, por entender que tales preceptos vulneran los derechos a la igualdad y no discriminación del artículo 14 CE, a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, así como la reserva jurisdiccional. Posible vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de edad (art. 14 en relación con el artículo 9.3, ambos de la Constitución).

Preceptos de referencia: Artículo 1902 CC, artículos 9.1 y 3, 12, 14, 24, 39.3 y 4, 53.1, 117.1 y 3 CE, artículos 83 y 88.1 LOTC.

El Auto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad afirma: en primer lugar, que la normativa cuestionada introduce «una patente desigualdad de trato», cuando decide, quiénes son perjudicados y, por ende, pueden reclamar indemnización por daño moral (únicamente los hermanos menores de la víctima que convivieran con ella). Esto significa que los hermanos mayores de edad, aunque convivan con la víctima y tengan fuertes vínculos afectivos, se verán excluidos de la indemnización, lo que carece de causa o motivo razonable. El Magistrado califica el criterio diferenciador de la edad como una «sinrazón» al considerar que son muchos otros factores los que identifican al perjudicado tratándose del daño moral, como la convivencia, la intensidad de la relación personal, el nivel de afecto, etc... En segundo lugar, también considera el Auto que la regulación cuestionada puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), pues así lo propicia una actuación legislativa que margina con criterios de irracional desigualdad, a titulares de derechos e intereses legítimos, privándoles de la posibilidad de imponer ante los tribunales la satisfacción de su derecho, como permite el artículo 1902 CC. En último lugar, en directa relación con lo anterior, aduce también el Auto la invasión de la reserva jurisdiccional que establece el artículo 117.1 CE.

El Pleno del Tribunal Constitucional considera, como ya hizo en la STC 181/2000, FJ 13, que no cabe aceptar que la opción del legislador a favor de un sistema legal de valoración tasada de los daños sea arbitrario, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 9.3 CE. Existen razones para justificar objetivamente un régimen jurídico específico y diferenciado en relación con los daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor. Así, la alta siniestralidad, la naturaleza de los daños ocasionados y su relativa homogeneidad, el aseguramiento obligatorio del riesgo, la creación de fondos de garantía supervisados por la Administración (Consorcio de Compensación de Seguros) y la tendencia a la unidad normativa de los Ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea.

El Pleno entiende, que el legislador no niega el carácter de perjudicados morales a los hermanos mayores de edad de la víctima fallecida en el siniestro circulatorio, sino, antes bien, que caso de que pervivan a la misma sus ascendientes, opta por concentrar las cantidades resarcitorias en éstos y en

los hermanos menores de edad. Dicho de otro modo, la ausencia de los hermanos mayores de edad en las previsiones del grupo IV no se debe a ningún propósito de excluirlos de la condición de perjudicados-beneficiarios, sino a la concreta circunstancia que se describe en la rúbrica de dicho grupo, esto es, a la existencia de ascendientes y eventualmente de hermanos menores de la víctima del accidente de tráfico cuando ésta carece de cónyuge e hijos atendiendo a la *ratio limitadora* de las compensaciones económicas que preside el sistema.

Por otra parte, afirma que no existe un concepto constitucional de perjudicado ni de beneficiario de la indemnización en la materia regulada por los preceptos cuestionados, es decir, ninguna exigencia constitucional impone que toda persona que sufra un daño moral por la muerte de alguien en accidente de circulación haya de ser indemnizada. Sobre esta base, concluye que lo que la tabla I podrá impedir a las personas que no figuran en ella es la obtención de una Sentencia estimatoria, pero esto no es obviamente un contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual «*no garantiza en ningún caso la estimación de las pretensiones deducidas*» (STC 9/2005, 17 enero, FJ 3).

Finalmente, se remite a la STC 181/2000 (FJ 19): «*Del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que pretende regular una determinada materia*».

«*Es indudable que perfectamente podría haber optado el legislador por añadir a los familiares previstos en el grupo IV a los hermanos mayores de edad de la víctima fallecida, ya incluyéndolos también como otros perjudicados-beneficiarios más con sus propias cantidades a percibir, ya prorranteando una cantidad global en función de los ascendientes y del resto de hermanos, ya con cualquier otra fórmula. No lo ha hecho así, prefiriendo concentrar en los ascendientes y en los hermanos menores de edad, las cantidades resarcitorias y, a la vista de tal solución, parece difícil que pueda tildarse de caprichoso o arbitrario el criterio utilizado para anudar a esas desiguales situaciones el efecto limitativo de cuya constitucionalidad se duda*» (STC 100/1990, 4 junio, FJ 5), cuando tal criterio resulta consistir en un dato tan objetivo como la mayoría de edad, que obviamente comporta para quienes no llegan a ella una situación socio-jurídica sensiblemente distinta de quienes la rebasan, convirtiendo a unos y otros, en principio, en términos que no admiten adecuada comparación.

A lo expuesto es imprescindible añadir otras consideraciones relativas al sentido de la minoría de edad. —Dado que para el examen de la constitucionalidad de una ley la interpretación de ésta es un prius lógico insoslayable— (STC 83/2005, 7 abril, FJ 3) es necesario llamar la atención sobre una finalidad de los preceptos cuestionados no destacada por la interpretación de los mismos que realiza el Auto de planteamiento de la cuestión. Según éste, el único dato considerado relevante por aquéllos para atribuir al hermano de la víctima la consideración de perjudicado-beneficiario sería la intensidad de la relación afectiva que derivaría de los elementos típicos de esa relación de parentesco y de la convivencia. Verdaderamente, según esta interpretación, no sería fácil justificar la razonabilidad del trato diferenciado entre el hermano mayor y el hermano menor de edad, porque no es ni mucho menos

evidente cómo debe el legislador valorar la edad en relación con el daño afectivo derivado de la muerte de un hermano.

Se desprende fácilmente de la regulación cuestionada, sin embargo, que a la finalidad de la misma de reparar predominantemente un daño afectivo se añade otra que es la de prestar la protección derivada del derecho a recibir indemnización a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 CE)».

Véase también SSTC 231/2005, 257/2005 y 273/2005.

STC 191/2005, de 18 de julio.

RA: Desestimación.

Ponente: Rodríguez Arribas.

Conceptos: Posible vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La demanda de amparo debe fijar el objeto del proceso. Contraste entre la falta de reconocimiento de la condición de perjudicado/beneficiario del cónyuge divorciado (que percibe pensión compensatoria) en el anexo de la Ley 30/1995 que establece el «sistema de baremo» de compensación de los daños sufridos como consecuencia del fallecimiento del ex-cónyuge en accidente de circulación (tabla I), y el reconocimiento expreso de beneficiario que, por el contrario, dispensa al cónyuge divorciado el artículo 174.2 LGSS como preceptor de la pensión de viudedad por fallecimiento del causante.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 24.1 CE, artículos 1902, 1098 y concordantes del Código civil, en relación con los artículos 97 y 101 del mismo texto legal, artículo 174.2 del texto refundido de la Ley general Seguridad Social, artículos 11.2, 50, 51, 52.1 y 56 LOTC.

Considera la recurrente en amparo que las resoluciones judiciales impugnadas lesionan sus derechos a la igualdad establecido en el artículo 14 CE y a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión proclamado en el artículo 24.1 CE, al apreciar aquéllas la excepción de falta de legitimación activa de la demandante como consecuencia de negarle la consideración de perjudicada para poder reclamar indemnización de daños por la muerte de su ex-marido en accidente de tráfico, pese a las consecuencias lesivas que para ella se derivan del referido hecho luctuoso como perceptora de la pensión compensatoria acordada por la sentencia de divorcio que declaró la disolución del matrimonio.

Por su parte, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia en el caso de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley (por todas STC 172/2002, 30 septiembre, FJ 3). En el caso que nos ocupa, la estimación de la excepción se basa en el carácter imperativo y vinculante que para el órgano judicial tienen los criterios que sienta la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados de 1995 en el llamado «sistema de baremo», tanto en lo que se refiere a la fijación de las cantidades indemnizatorias a reconocer a los perjudicados como en relación con la determinación de las personas que han de considerarse perjudicados a efectos del cobro de las indemnizaciones. En cuanto al derecho a la igualdad,

insiste en que las diferencias de trato que se producen por aplicación de regímenes jurídicos distintos encuentran justificación en el distinto ámbito objetivo y subjetivo que cada uno de ellos regulan y, por tanto, también, en principio, la pertenencia a órdenes normativos distintos constituye, por sí misma, causa justificativa de la diferencia de trato; en resumen, no es posible comparar tratamientos jurídicos de situaciones diferentes.

«Respecto del contenido material de la queja ahora examinada cabe oponer la falta de idoneidad del término de comparación empleado en la formulación del juicio de igualdad propuesto entre el tratamiento legal dispensado al cónyuge divorciado en el sistema público de Seguridad Social como beneficiario de la pensión de viudedad en cuantía proporcional al tiempo convivido con el causante de la prestación (art. 174.2 LGSS), y el otorgado por el sistema legal cuestionado, relativo al régimen de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, pues, sin desdeñar el valor distintivo que en sí mismo posee la diferente naturaleza jurídica pública y privada de dichos sistemas de protección, ha de subrayarse que no son equiparables, en ambos casos, ni las técnicas empleadas para la cobertura del riesgo, ni los fundamentos sobre los que descansa el reconocimiento de las prestaciones originadas en ambos sistemas (particularmente el carácter contributivo de la prestación social pública), ni, tampoco, los requisitos que condicionan el nacimiento del derecho a la prestación en cada caso. Se trata, en definitiva, de la articulación legal de diferentes sistemas de protección, caracterizados por sus específicas exigencias técnicas y sus propios principios configuradores, que justifican y determinan su diverso alcance protector, también en cuanto a la determinación legal de los sujetos a los que se extiende la cobertura del sistema, que se inscriben dentro del amplio margen de configuración legal de que goza el legislador, sin que por tal motivo pueda advertirse incompatibilidad con el derecho a la igualdad proclamado por el artículo 14 CE (en una línea doctrinal coincidente, en relación con el juicio de igualdad referido a la existencia de diferentes regímenes de Seguridad Social, las STC 39/1992, 30 marzo, FJ 8; 375/1993, 20 diciembre, FJ 3; 38/1995, 13 febrero, FJ 2; 53/2004, 15 abril, FFJJ 4 y 6; y especialmente la reciente STC 88/2005, 18 abril, FJ 5, que recuerda doctrina contenida en la STC 39/1992)».

STC 219/2005, de 12 de septiembre.

RA: Admisión.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Igualdad en la aplicación de la ley.

Legitimación procesal de las asociaciones de consumidores y usuarios. Concepto de consumidor.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE, artículo 14 CE. Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.

El recurso de amparo lo interpone la Asociación Valenciana de Consumidores y Usuarios (AVACU) contra la Sentencia de 5 de julio de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. La AVACU había interpuesto recurso contencioso-administrativo en defensa de dos afiliados que habían visto denegadas sus solicitudes de ayuda pública a la vivienda dentro de un plan de ayudas pro-

movido por el Servicio Territorial de Arquitectura y Vivienda de la Conselleria de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de la Generalitat Valenciana. La AVACU interpuso el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones denegatorias de la Conselleria a las solicitudes de sus afiliados pero éste fue inadmitido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo por falta de legitimación activa de la AVACU en el procedimiento. Frente a dicha resolución judicial la AVACU interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que inadmitió el recurso alegando el mismo fundamento jurídico.

La AVACU aduce en su demanda de amparo la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, y a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE). Señala que el artículo 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios reconoce legitimación a la asociación no sólo para actuar en defensa de sus propios intereses y los generales de los consumidores y usuarios sino también en representación y defensa de sus asociados. Añade que los intereses que se defendían en el procedimiento judicial no eran estrictamente individuales puesto que las subvenciones afectan a los intereses generales de los asociados.

Destaca el TC que «*al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen al atribuir la legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, resultando censurables aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable*» (FJ 2).

En este supuesto, la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, tras reconocer que la asociación recurrente podía actuar en defensa de los intereses particulares de sus asociados afirma que la convocatoria de ayudas en la adquisición de viviendas promovida por la Generalitat de Valencia, al enmarcarse en una actividad de fomento no era una actividad o servicio que se pusiera en el mercado, ni que permitiera considerar como consumidor al ciudadano que solicita tales ayudas.

Señala el TC que si bien el ciudadano que solicita una ayuda pública no puede definirse siempre y en principio como un consumidor es relevante la finalidad de la ayuda pública en este supuesto, a saber, la adquisición de viviendas. En la STC 73/2004, de 22 de abril, se estableció en relación con el tratamiento fiscal de la adquisición de viviendas su repercusión e incidencia directa en los intereses de consumidores y usuarios ya que «*la regulación que en esta materia efectúe la Administración condiciona de manera relevante los comportamientos de los ciudadanos como consumidores en la adquisición y financiación de la vivienda*» (FJ 3). La misma interpretación aplica el TC a este supuesto y considera que la resolución impugnada ha resultado excesivamente estricta al negar que la concesión de las ayudas financieras pueda estar vinculada con los intereses de los solicitantes en su condición de consumidores y usuarios. Por todo lo expuesto, declara que la sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho de acceso a la jurisdicción y considera innecesario abordar la queja relativa al derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley.

STC 230/2005, de 12 de septiembre.

RA: Inadmisión.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Igualdad en la aplicación de la ley. Integridad física y moral.

Tutela judicial efectiva. Daños. Retroactividad y aplicación de las leyes.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE, art. 15 CE, artículo 24.1 CE.

Ley 30/1995, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

La recurrente solicita que se le reconozca su carácter de perjudicada por la severas secuelas que sufre su marido provenientes de un accidente de circulación y que a ella le afectan moral y físicamente. El esposo de la recurrente sufrió en 1993 un accidente de tráfico del que se siguió un juicio de faltas en el que se dictó sentencia condenando a la conductora responsable a una pena de multa de 50.000 pesetas y a indemnizar al accidentado y a su esposa en la suma de 7.000.000 millones de pesetas. Frente a esta resolución interpuso recurso de apelación la compañía aseguradora, por considerar la indemnización excesiva. También lo hicieron el accidentado y su esposa por considerarla insuficiente. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de los cónyuges y estimó parcialmente el de la compañía aseguradora al excluir de la indemnización a la esposa por negar su carácter de perjudicada en aplicación de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en la redacción introducida por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, que considera perjudicado únicamente a la víctima de un accidente, en caso de que sobreviva al mismo.

La esposa solicita el amparo por vulneración del artículo 14 CE al excluirle dicha sentencia el carácter de perjudicada. También entiende vulnerado el artículo 15 CE porque a pesar de que no se discute que ella haya resultado afectada moral y física por las secuelas sufridas por su marido, le es negada su condición de perjudicada por aplicación del sistema de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, en la redacción introducida por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, por lo que se vulnera su derecho a la integridad física y moral. Por último considera que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por indebida aplicación retroactiva de la Ley 30/1995.

En relación con la vulneración del art. 14.1 CE considera el TC que «*no cabe reputar como lesivo del derecho a la igualdad ante la Ley que el sistema de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor establezca que en caso de supervivencia de la víctima del accidente de tráfico sólo ésta tiene la condición de perjudicado*» y alude a numerosas resoluciones emitidas al respecto por este tribunal (STC 181/2000, STC 9/2002, STC 112/2003, STC 42/2003, STC 112/2003, etc.). También descarta la vulneración del derecho a la integridad física y moral –art. 15 CE– y hace referencia a la STC 181/2000 según la cual «*el mandato constitucional de protección suficiente de la vida y de la integridad de la persona no significa que el principio de total reparación del dañado encuentre asiento en el art. 15 de la Constitución*». Esta misma Sentencia estableció que del art. 15 CE no se deriva «*un pretendido mandato al legislador de la responsabilidad civil para que, en los supuestos de supervivencia de la víctima del*

accidente de circulación, contemple como perjudicado con derecho a indemnización no sólo a la propia víctima –lo que resulta incuestionable– sino también a su cónyuge».

Tampoco admite el TC que la aplicación con carácter retroactivo de la Ley 30/1995 a un accidente acaecido en 1993 suponga una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto señala el TC que el principio de interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE) no es susceptible de ser reparado a través del recurso de amparo «*por cuanto tal principio no tiene la naturaleza de derecho fundamental, salvo en materia de Derecho penal o Derecho administrativo sancionador; por su conexión con el derecho fundamental garantizado en el artículo 25.1 CE, lo que no ocurre, como hemos señalado expresamente en anteriores ocasiones, en los supuestos de resarcimientos de carácter privado, como los que pueden adoptarse con referencia a la relación jurídico privada cual es la que obliga a los aseguradores a cubrir los daños causados por sus asegurados*

Además indica el TC que en este supuesto más que una cuestión de irretroactividad de lo que se trata es de una mera sucesión de normas. El juez *a quo* decidió no atender a la nueva normativa, y el Tribunal *ad quem* decidió aplicarla porque la sentencia de primera instancia se dictó en 1996, es decir, en fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1995 y porque fue entonces cuando surgió el derecho de crédito del perjudicado, existiendo con anterioridad y desde la fecha del siniestro un mera expectativa. Entiende el TC que estos criterios de la Sentencia impugnada están suficientemente razonados por lo que no resulta posible entender violado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva.

STC 231/2005, de 26 de septiembre.

RA: Desestimación.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad (art. 14 CE), a la vida e integridad física (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por aplicación imperativa del baremo introducido por la Ley 30/1995. Invocación del derecho fundamental vulnerado tan pronto como hubiere lugar para ello. Contraposición interpretativa en relación a si los perjuicios económicos objeto de debate (lucro cesante y daño emergente) han de entenderse incluidos o no en el baremo.

Preceptos de referencia: artículos 9.3, 14, 15, 24.1, 53.2 y 117 CE, artículo 44.1 LOTC.

El fundamento de las vulneraciones alegadas por uno de los recurrentes en su propio nombre y en el de sus hijas menores de edad radica, en cuanto al derecho a la igualdad ante la ley, en que los órganos judiciales se han limitado a aplicar de forma automática el baremo contenido en el anexo introducido por la Ley 30/1995, lo cual le ha privado de obtener un resarcimiento íntegro del daño emergente y lucro cesante familiar producidos por el fallecimiento de su esposa y madre de sus hijas, pese a haber acreditado en el proceso la existencia de daños y perjuicios derivados de la pérdida de los ingresos aportados por el trabajo de su esposa y de la necesidad de contratar a una persona que cuidara de las niñas, por importe superior al previsto en el bare-

mo. La vulneración del derecho a la vida e integridad física se fundamenta en que el baremo impone una valoración uniforme de los daños personales, tanto morales como físicos, independientemente de los que se puedan acreditar en el caso concreto. Finalmente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se produce porque la aplicación obligatoria del baremo a los daños causados a las personas en los accidentes de circulación (salvo que sean consecuencia de delito doloso), impide que los Jueces y Tribunales puedan entrar a valorar otros daños que los previstos en el mismo, impidiendo la *restitutio in integrum* de los perjudicados.

La otra recurrente alega la lesión del artículo 24.1 CE, en relación con el artículo 9.3 CE, porque el baremo legal aplicado no le reconoce su condición de perjudicada por el fallecimiento de su hermana, impidiendo que pueda ser resarcida por el daño moral y asimismo por el daño emergente acreditado en autos, como consecuencia de que, debido a su minusvalía física, su hermana la ayudaba en las tareas domésticas, por lo que tras su fallecimiento ha tenido que contratar a una persona.

Según el Tribunal Constitucional, por lo que se refiere a la pretendida quiebra de la igualdad ante la ley, ha de rechazarse la queja como ya se declaró en la STC 181/2000, FJ 11, puesto que el término de comparación propuesto (la desigualdad producida por el hecho de que unos mismos daños personales reciban un tratamiento jurídico distinto en función de la mera circunstancia de haberse o no producido como consecuencia de la circulación de los vehículos de motor) no constituye un término válido de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. Respecto a la posible vulneración de los artículos 15 y 24.1 CE se remite a las SSTC 42/2003 y 190/2005.

«*Ha de señalarse, a este respecto, que los órganos judiciales han entendido, en uso de su potestad de interpretación de la normativa aplicable al caso (potestad inherente a su función reconocida por el artículo 117.3 CE, justamente derivada del principio de independencia judicial que garantiza el artículo 117.1 CE), que debe concebirse el ordinal 1.7 del anexo LRC como incluyente del daño emergente y del lucro cesante. En consecuencia, consideran que los perjuicios económicos reclamados en concepto de daño emergente y lucro cesante, sobre los que insiste la demanda de amparo, están incluidos en el marco correspondiente a la previsión ex lege del resarcimiento y han sido tenidos en cuenta para fijar el quantum indemnizatorio.*

Ciertamente en la STC 181/2000, FJ 21, hemos señalado que las previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del anexo (factores de corrección por perjuicios económicos aplicables a la indemnización por incapacidad temporal) resultan contrarias al artículo 24.1 CE en los supuestos en que el daño tenga causa exclusiva en una culpa relevante, y en su caso judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo, de suerte que en este supuesto la cuantificación del lucro cesante podrá ser determinada de manera independiente y con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso.

Pero esta conclusión no puede ser aplicada al presente recurso de amparo, pues la tabla II del anexo (factores de corrección por perjuicios económicos aplicables a las indemnizaciones básicas por muerte), que es la aplicada en el caso que nos ocupa (junto a la tabla I, que contempla las indemnizaciones básicas por muerte), no resulta afectada por la declaración de inconstitucionalidad de la citada STC 181/2000, ni el demandante de amparo fundamenta su queja en la distinción entre resarcimiento de daños económicos ocasionados sin culpa, es decir, con base en responsabilidad civil objetiva o por riesgo,

y daños ocasionados exclusivamente por culpa relevante, y en su caso judicialmente declarada, sino que se limita a sostener, como ya ha quedado señalado, que los perjuicios económicos derivados del lucro cesante y del daño emergente han de abonarse en todo caso sin limitación a las previsiones del baremo legal, por lo que no procede que, de oficio, este Tribunal entre a examinar una cuestión que no se plantea en la demanda de amparo (por todas, SSTC 1/1996, 15 enero, FJ 3; 7/1998, 13 enero, FJ 2; 52/1999, 12 abril, FJ 5; 155/1999, 14 septiembre, FJ 1; y 189/2002, 14 octubre, FJ 3)».

STC 232/2005, de 26 de septiembre.

RA: Estimación.

PONENTE: Delgado Barrio.

Conceptos: Derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.a) y 24 CE.

Recurso de amparo contra sendos Acuerdos de un JPI y de la Sala de Gobierno del TSJ de Madrid por los cuales se impuso a un abogado una multa en concepto de corrección disciplinaria por falta de respeto al juzgador. Esta sanción tenía su origen en unos escritos redactados por el abogado y recurrente en amparo, en fase de ejecución de una sentencia que declaraba la validez de un contrato de compraventa de solar, en los cuales sostenía que «*el juzgado ha decidido sin juicio*», «*ha dictado sentencia sin juicio*», «*la juzgadora se ha inventado en ejecución otra sentencia*» y ha decidido «*expropiar al mandante inaudita parte*». El Tribunal estima el recurso de amparo.

1. Una cuestión procesal previa.—Las quejas del recurrente sobre vulneración del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y al Juez imparcial no son objeto de enjuiciamiento por parte del Tribunal, ya que no fueron previamente encauzadas mediante el incidente de nulidad de actuaciones, como exige el artículo 44.1.a) LOTC.

2. Doctrina constitucional sobre el derecho a libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada.—La consolidada doctrina del TC sobre esta materia se asienta sobre la consideración de este derecho como «*una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con [...] el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE) y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales [...]*». Del mismo modo, forman parte de esta doctrina los criterios que deben guiar la ponderación entre este derecho y las sanciones de los artículos 552 ss. de la vigente LOPJ, como son el de atender «*a si las expresiones utilizadas resultaban justificadas por las exigencias del ejercicio del derecho de defensa*» o el de tener en cuenta «*las circunstancias concurrentes pues éstas pueden justificar la mayor beligerancia en los argumentos sin más límite que el insulto y la descalificación innecesaria*».

3. Aplicación al caso.—Para valorar la constitucionalidad de la corrección disciplinaria impuesta al abogado, el TC analiza, en primer lugar, si las expresiones litigiosas se produjeron en el ejercicio de la función de defensa a) y, en segundo lugar, estudia una por una las expresiones, con el fin de encontrar una justificación en el ejercicio del derecho de defensa b).

a) *Las expresiones litigiosas se formularon en el ejercicio del derecho de defensa.*—No hay duda para el TC que las expresiones objeto de controver-

sia se produjeron en este ámbito, pues se insertaron en «*escritos forenses formulados en el curso del procedimiento seguido para la ejecución de una sentencia*».

b) *Análisis concreto de las expresiones.*—En primer lugar, se llega a la conclusión de que las expresiones «*decidir sin juicio*» o «*dictar sentencia sin juicio*» aluden simplemente al hecho de que, de seguirse la ejecución de la Sentencia, se estaría decidiendo «*sin seguirse los trámites propios de un proceso*». Se trata de expresiones «*que no pueden considerarse descalificadoras o insultantes, ni tampoco que resulten gratuitas o inadecuadas*» para el ejercicio del derecho de defensa. En segundo lugar, y en cuanto a la expresión «*la Juzgadora se inventa en ejecución otra Sentencia*», el TC considera que, si bien no es la más adecuada para describir la situación denunciada, la misma «*se inserta en el ámbito propio del derecho de defensa*», pues «*se emplea con el fin de argumentar jurídicamente*» la oposición a la ejecución de la sentencia, al considerarse que tal ejecución implicaría la ejecución de un pronunciamiento inexistente con anterioridad. Finalmente, y en cuanto la mención «*expropiar al mandante inaudita parte*», el TC entiende que no excede de los límites propios de la libertad de expresión y que, en todo caso, la utilización del término «*expropiar*», si bien no adecuado técnicamente, no implica «*una intención descalificadora*». Por todo ello, el Tribunal considera que las expresiones empleadas por el abogado están amparadas por su derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa y, en consecuencia, declara la nulidad de los Acuerdos impugnados.

STC 255/2005, de 11 de octubre.

CI: Desestimación.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Cuestión de constitucionalidad en relación con el párr. 2 del artículo 1 y los apdos. 1 y 7 del punto primero del anexo del Decreto 632/1968, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRC), en la redacción dada por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, 8 noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 15, 24.1 y 117.3 CE, artículo 1.2 LRC y los apartados 1 y 7 de su anexo, artículo 1902, en relación con el 1101, 1103, 1105 y concordantes del CC, 88.1 LOTC.

El Auto que plantea la cuestión considera vulnerado, en primer lugar, el artículo 14 CE al entender que, «*partiendo de la base de que en todos los hechos civilmente culposos el régimen jurídico es el mismo* (arts. 1902 y concordantes del CC) resulta inadmisible desde el punto de vista del principio de igualdad que se establezcan diferencias en cuanto al modo de determinar y cuantificar los daños causados». Del mismo modo, se dice, la instauración del baremo hará que los ilícitos penales que derivan de la circulación de vehículos a motor comporten con toda probabilidad una indemnización distinta menor para los perjudicados a la que en cualquier otro caso les hubiera sido reconocida por el Tribunal aplicando las reglas contenidas en los artículos 109 ss. del Código penal, resultando también arbitraria la discriminación que la ley introduce entre las víctimas de delitos culposos y dolosos, puesto que estos últimos quedan excluidos de su ámbito de aplicación. En segundo lugar, denuncia la

posible vulneración del artículo 15 CE que, al consagrar el derecho a la vida y a la integridad física y moral, debe conducir a la reparación de los perjuicios sufridos bajo el principio de la *restitutio in integrum*, algo que no puede lograrse con el baremo debido tanto a su obligatoriedad como a las carencias y defectos de que adolece. Por último el Auto achaca a las normas impugnadas la vulneración de los artículos 24 y 117.3 CE

El Pleno del Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada y básicamente se remite a la STC 181/2000. «*El artículo 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: En primer lugar, en el sentido de exigirle que [...] establezca unas pautas indemnizatorias suficientes, en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad —según la expresión literal del artículo 15 CE— de todo su ser; sin disponer exclusiones injustificadas*» (FJ 9). «*Del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador; por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que pretende regular una determinada materia, siendo así que las previsiones normativas en cuestión en modo alguno interfieren en el adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional, pues permiten al Juez o Tribunal emitir los oportunos pronunciamientos resolviendo, conforme a la ley, la controversia existente entre las partes*».

Véase la siguiente STC 256/2005.

STC 256/2005, de 11 de octubre.

CI: Desestimación.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el párrafo 2 del artículo 1 y los apartados 1 y 7 del punto primero del anexo del Decreto 632/1968, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRC), en la redacción dada por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, 8 noviembre. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad, a la vida e integridad y a la tutela judicial efectiva: STC 254/2005.

Preceptos de referencia: Artículos 10.1, 14, 15, 24.1 y 117.3 CE, artículo 1.2 LRC y los apartados 1 y 7 de su anexo.

El Auto que plantea la cuestión considera vulnerado el derecho a la igualdad, al entender que, «*partiendo de que en todos los hechos civilmente culposos el régimen jurídico es el mismo* (arts. 1902 y concordantes Código civil) *resulta inadmisible que se establezcan diferencias en cuanto al modo de determinar y cuantificar los daños causados*». Se dice que la instauración del baremo hará que los ilícitos penales que derivan de la circulación de vehículos a motor comporten una indemnización distinta para los perjudicados a la que en cualquier otro caso les hubiera sido reconocida aplicando las reglas contenidas en los artículos 109 y ss CP, resultando también arbitraria la discriminación que la ley introduce entre las víctimas de delitos culposos y dolosos, puesto que estos últimos quedan excluidos de su ámbito de aplicación. Asimismo, denuncia la posible vulneración del artículo 15 CE que, al

consagrar el derecho a la vida y a la integridad física y moral, debe conducir a la reparación de los daños y perjuicios sufridos bajo el principio de la *restitutio in integrum*, algo que no puede lograrse con el baremo dado tanto su obligatoriedad como las carencias y defectos de que adolece. Finalmente, atribuye a las normas impugnadas la vulneración de los artículos 24 y 117.3 CE en los que se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y se reserva a los Jueces y Tribunales la potestad de juzgar. El órgano cuestionante considera que ambos preceptos resultan lesionados por el baremo, pues los perjudicados o víctimas por los ilícitos culposos «civiles o penales» provenientes de hechos ocurridos con motivo de la circulación de vehículos de motor no pueden encontrar el debido amparo judicial para ser tratados de igual modo que las víctimas de otros ilícitos culposos, toda vez que el sistema instaurado pretende que el Juez renuncie a su facultad de valorar la prueba.

El Pleno del Tribunal Constitucional respecto a las discriminaciones denunciadas en el ámbito del Derecho civil, se remite a lo dicho en la STC 181/2000, «*de la Constitución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento normativo uniforme e indiferenciado ni, como es obvio, la Norma fundamental contiene una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos, adaptándolos a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales*» (FJ 11). Afirmación que resulta igualmente aplicable a las vulneraciones que el Auto imputa al sistema en contraste con el régimen de la responsabilidad civil derivada del delito. Finalmente, tampoco aprecia la vulneración de los artículos 24 y 117.3 CE.

«*El mandato constitucional de protección suficiente de la vida y de la integridad personal no significa que el principio de total reparación del dañado encuentre asiento en el artículo 15 CE*» (STC 181/2000, FJ 8). «*El artículo 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: En primer lugar, en el sentido de exigirle que establezca unas pautas indemnizatorias suficientes, en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad, sin disponer exclusiones injustificadas*» (FJ 9).»

«*Del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que pretende regular una determinada materia, siendo así que las previsiones normativas en cuestión en modo alguno interfieren en el adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional, pues permiten al Juez o Tribunal emitir los oportunos pronunciamientos resolviendo, conforme a la ley, la controversia existente entre las partes.*»

Véase la anterior STC 255/2005.

STC 257/2005, de 24 de octubre.

RA: Desestimación.

Ponente: García-Calvo.

Conceptos: Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva: derecho a indemnización del cónyuge de la víctima según baremo legal (SSTC 181/2000 y 190/2005). El Ministerio Fiscal considera que el recurrente no ha cumplido debidamente

el requisito de invocar formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiera lugar para ello.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 24.1 CE, artículo 44.1.c) LOTC.

El demandante considera que la Sentencia impugnada en amparo vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley y a la tutela judicial efectiva, como consecuencia de la aplicación imperativa del «*sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*», que, a su juicio, limita injustificadamente el concepto de perjudicado e impide a los órganos judiciales atender a las singularidades del caso concreto y satisfacer las pretensiones resarcitorias derivadas del daño moral acreditado y no contemplado en el baremo.

El Ministerio Fiscal entiende que el recurso de amparo resulta inadmisible, sin que sea obstáculo que el óbice procesal no se haya apreciado en la fase de inadmisión a trámite, como tiene declarado reiteradamente la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, STC 155/2000, FJ 3). El Tribunal Constitucional por un lado, rechaza la causa de inadmisibilidad que se alega y, por otro lado, desestima el amparo.

«*Este Tribunal ha interpretado con flexibilidad y de manera finalista este presupuesto procesal, no exigiendo, en lo que a la forma de la invocación se refiere, la cita concreta y numérica del precepto constitucional presuntamente lesionado, ni siquiera la mención de su nomen iuris, siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la vulneración que se entiende producida al análisis de los órganos judiciales, dándoles la ocasión de pronunciarse y, en su caso, reparar la lesión de los derechos fundamentales en los que posteriormente se basa el recurso de amparo (entre otras muchas, SSTC 62/1999, 26 abril, FJ 3; 199/2000, 24 julio, FJ 2; 15/2002, 28 enero, FJ 2; 133/2002, 3 junio, FJ 3, y 29/2004, 4 marzo, FJ 3).*»

«*Por lo que se refiere a la pretendida quiebra de la igualdad ante la ley (art. 14 CE), ha de rechazarse la queja del recurrente porque, como ya se declaró en la citada STC 181/2000, FJ 11, el término de comparación propuesto (la desigualdad producida por el hecho de que unos mismos daños personales reciban un tratamiento jurídico distinto en función de la mera circunstancia de haberse o no producido como consecuencia de la circulación de los vehículos de motor) no constituye un término válido de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad.*»

«*También ha de descartarse la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), aplicando la doctrina fijada en la STC 190/2005, 7 julio, FJ 5, en la que, partiendo de la premisa de que –ninguna exigencia constitucional impone que toda persona que sufra un daño moral por la muerte de alguien en accidente de circulación haya de ser indemnizada–, se concluye descartando que la referida previsión legal sea contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que –del artículo 24.1 CE no se deduce que nadie deba recibir la consideración de perjudicado o de beneficiario de la indemnización, sino que lo que impone el derecho a la tutela judicial efectiva es que quien ostente dicha condición por atribución constitucional o legal sea tutelado en esa condición por los jueces ... Lo que la tabla I podrá impedir a las personas que no figuran en ella es la obtención de una sentencia estimatoria, pero esto no es obviamente un contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, que, como ya hemos subrayado, –no garantiza en ningún*

caso la estimación de las pretensiones deducidas– (STC 9/2005, 17 enero, FJ 4)–y en igual sentido STC 230/2005, 26 septiembre.

Por lo demás, no resulta ocioso añadir que en el presente asunto (como también acontecía, por cierto, en el caso de autos de la STC 190/2005, según se advierte en su FJ 5), el recurrente ha intervenido en el proceso de instancia y en el recurso de apelación ejercitando su pretensión indemnizatoria y en ninguna de las dos instancias se ha dudado de su legítima participación en el proceso, habiéndose desestimado su pretensión, al apreciarse que el recurrente no acreditó que concurriesen en su persona las circunstancias legalmente exigibles para tener la condición de perjudicado-beneficiario de la indemnización. Por consiguiente, no puede afirmarse en modo alguno que los órganos judiciales hayan hecho expresa dejación de su función jurisdiccional (STC 244/2000, 16 octubre, FJ 4).»

STC 258/205, de 24 de octubre.

RA: Desestimación.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: cuantía de la indemnización, en aplicación de los baremos legales. Fiadores de préstamos personales de los fallecidos en accidente de tráfico (STC 181/2000).

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE, artículo 55.2 LOTC.

Recurren en amparo los progenitores de los cónyuges fallecidos e imputan la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la aplicación que hace el órgano judicial de la Ley 30/1995, 8 noviembre, sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, al no incluir en las indemnizaciones su daño moral por la pérdida del respectivo hijo político, ni tampoco determinados préstamos bancarios que los fallecidos tenían y de los que sus respectivos progenitores eran fiadores solidarios, habiéndolos satisfecho a raíz de la muerte de los citados cónyuges. El Tribunal Constitucional, respecto a la queja por la denegación resarcitoria por daño moral señala que no procede entrar en la misma, por no haber sido objeto de debate ni de pronunciamiento en la vía judicial previa. Asimismo, respecto a los préstamos, considera que no se ha vulnerado el artículo 24.1 CE porque los recurrentes obtuvieron de la Audiencia Provincial que dictó la Sentencia respuesta fundada en Derecho. Por último, expresa la imposibilidad de acceder a plantearse la inconstitucionalidad de la tabla II del anexo de la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor tal y como interesan los recurrentes, puesto que según el artículo 55.2 LOTC, resulta requisito sine qua non para ello la concesión del amparo, que no procede en este caso.

«Conforme a una reiterada doctrina sentada en esta sede, no cabe acudir directamente a este Tribunal sin que previamente los órganos jurisdiccionales hayan tenido la oportunidad de reparar la lesión del derecho que se afirma –por los cauces que el ordenamiento jurídico ofrece ya que en otro caso se producirían dos consecuencias no conformes con la Constitución: en primer lugar, la desnaturalización del recurso de amparo al perder su carácter subsidiario y pasar a la primera línea de defensa de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en el proceso (SSTC 185/1990, 204/1990, 82/1991, 162/1991, 71/1992 y 211/1992 entre otras muchas) y, en segundo lugar, y en correspondencia con lo anterior, una injustificada alteración de las funciones que respec-

tivamente corresponden a los Tribunales ordinarios y a este Tribunal en materia de defensa de los derechos y libertades fundamentales con merma de la encomendada por la Constitución a los primeros–, lo que –supondría tanto como advertir a los ciudadanos que –no pueden esperar que los Jueces y Tribunales ordinarios protejan sus derechos fundamentales y que sólo en este Tribunal pueden confiar a este respecto– lo que no es compatible con el dictado constitucional (STC 196/1995, 19 diciembre, FJ 1)– (STC 105/2002).»

«La Sentencia impugnada responde a esta reclamación, según se ha transcrto en los antecedentes, que no puede aceptarse la argumentación de la inclusión del abono de dos préstamos personales de los desgraciadamente fallecidos, por no estar contemplada en el anexo. Se infiere con toda evidencia que tal respuesta es una interpretación de la regulación indemnizatoria que realiza el órgano ad quem respecto de tal concreto concepto dinerario (préstamos bancarios de los fallecidos en accidente de circulación), órgano que –como antes se ha señalado– previamente ha dispuesto un incremento del diez por ciento de las indemnizaciones a los demandantes en aplicación del factor de corrección de perjuicios económicos, de lo que por fuerza se deduce que según la Audiencia no es perjuicio económico de los integrables en el factor de corrección de la tabla II del anexo de la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor el abono de préstamos bancarios que pudieren tener los fallecidos en el accidente de circulación. Dicha interpretación es cuestionada por los recurrentes con el exclusivo argumento de la doctrina fijada en la STC 181/2000, 29 junio, en relación con la tabla V.B del anexo LRC, esto es, en relación con los factores de corrección de las indemnizaciones previstas para las indemnizaciones básicas por incapacidad temporal en la tabla V.A. Sin embargo, ninguna duda cabe de que no resulta posible extrapolar sin más, pretenden los recurrentes, ni los argumentos ni la decisión referidas en la citada STC 181/2000 a la tabla V.B del anexo a los que, conformando la tabla II, constituyen factores de corrección de la tabla I, esto es, no de una invalidez derivada de accidente de tráfico, sino de las indemnizaciones básicas por muerte consecuencia de tal tipo de accidente. Como señala el Fiscal, la diferencia entre las tablas II y V.B son evidentes: el evento generador de la responsabilidad civil (en un caso la muerte de una persona, en otra la lesión corporal con efectos de incapacidad temporal), el sujeto acreedor al pago (en un caso, los perjudicados por el accidente que se especifican en la tabla I, cuyo derecho proviene de su relación con una persona fallecida; en el otro, el propio accidentado), o las previsiones específicas de circunstancias familiares especiales que son contempladas en la tabla II y no en la tabla V. En consecuencia, no cabe trasladar, como pretende la demanda, los argumentos empleados en la STC 181/2000 respecto a la tabla V.B a la tabla II.»

STC 266/2005, de 24 de octubre.

RA: Desestimación.

Ponente: Rodríguez Arribas.

Conceptos: Derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos. Derecho a comunicar libremente información veraz. Derecho al honor.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.a) y d) y 18.1 CE.

El caso tiene su origen en la publicación de un artículo en el boletín de la Agrupación Local de Vélez Rubio del PSOE en el que se criticaba la

actuación del alcalde de esta localidad. También se acusaba al funcionario municipal encargado de las funciones belenísticas de «*haberse llevado de la caja municipal 80.000 pesetas [...] en posible clara dejación de otras funciones que sí son de su competencia*». Un funcionario del Ayuntamiento de la citada localidad, sintiéndose aludido por la mención al «*funcionario encargado*» presentó una denuncia contra los miembros de la ejecutiva local del PSOE de Vélez Rubio, que se resolvió con una condena de éstos como autores responsables de una falta de injurias a la pena de quince días de multa con una cuota diaria de 6 euros. En la apelación, se confirmó la condena. El TC desestima el recurso de amparo y confirma las decisiones de la instancia.

1. Doctrina constitucional sobre la relación entre la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades y el derecho a libertad de expresión.—Antes de entrar a valorar las expresiones litigiosas, el TC recuerda que su doctrina sobre la materia se asienta sobre las siguientes premisas:

a) El enjuiciamiento constitucional de estos casos no consiste en un juicio sobre la aplicación del tipo penal de injurias a los hechos tenidos por probados por la jurisdicción penal, sino que se trata de establecer «*si la interpretación de la norma penal hecha por los órganos judiciales es compatible con el contenido constitucional de las libertades de expresión e información [...] y, por tanto, si la condena penal impugnada constituye o no una decisión constitucionalmente legítima [...]*

b) El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión e información obliga al Juez penal a examinar, como cuestión a previa a la aplicación del tipo penal de injuria o calumnia, si las expresiones litigiosas pueden considerarse un ejercicio legítimo de aquéllas.

c) «*Si la opinión no es formalmente injuriosa e innecesaria o la información es veraz no cabe la sanción penal, ya que [...] la aplicación del tipo penal no debe resultar, ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada [...].*

d) Es de «*decisiva importancia*» en estos casos la distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y la comunicación informativa de hechos, de otro, «*pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional [...]*

2. Aplicación al caso.—En un único Fundamento Jurídico, da respuesta el TC, de conformidad a la doctrina reseñada, a la concreta alegación de los recurrentes amparo, según la cual la citada publicación constituía un ejercicio de «*una crítica pública en términos no insultantes*», amparada por el artículo 20 CE. El Tribunal responde sobre la base de los siguientes razonamientos:

a) La publicación contenía la imputación de la comisión de dos hechos por parte del funcionario en cuestión (llevarse dinero e incurir en dejación de funciones), de manera que no se trata de una expresión de opiniones, sino del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información. En conse-

cuencia, el canon de constitucionalidad será el de si la información ofrecida cumplía el requisito de veracidad.

b) Si bien la crítica al Alcalde y a su equipo de gobierno – de contenido similar a la del funcionario – se considera legítima, los recurrentes en amparo la extendieron «de forma injustificada, innecesaria y equívoca» a un funcionario, «imputándole la comisión de unos hechos que resultaron no ser ciertos, información cuya veracidad habría sido fácilmente comprobable, por estar integrados los autores de dicha información en la citada corporación local [...]». Por ello, la condena penal de los concejales no vulneró el derecho fundamental a la libertad de emitir información veraz.

STC 273/2005, de 27 de octubre.

CI: Estimación.

Ponente: Pérez Vera. Votos particulares de: Jiménez Sánchez, Delgado Barrio y García-Calvo; de Pérez Vera y Gay Montalvo; y de Rodríguez Arribas.

Conceptos: Derecho a la igualdad ante la ley. Derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a la libre investigación de la paternidad. Derecho a la dignidad humana. Filiación. Acción de reclamación de la filiación extramatrimonial. Inconstitucionalidad del artículo 133.1 CC por restringir la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial cuando no existe posesión de estado al hijo. Exclusión del progenitor.

Preceptos de referencia: Artículo 133.1 CC. Artículos 10, 14, 24, 39 CE.; Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; CDN; Carta Europea de los Derechos del Niño; artículo 23 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La cuestión sobre el artículo 133.1 CC la plantea la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real. Tras Auto en tal sentido, se plantea si el artículo 133.1 CC, en cuanto sólo atribuye legitimación para reclamar la filiación no matrimonial al hijo cuando falta posesión de estado y, *contrario sensu*, excluye a los progenitores, puede transgredir los artículos 14, 24 y 39, ap. 1 y 2 CE.

Considera que la claridad de esta norma no admite una interpretación correctora que entienda habilitado al presunto progenitor para ejercitar la acción de reclamación, aunque no medie posesión de estado porque: 1) no se trata de jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 del CC (ni los *obiter dicta* ni una sola sentencia la constituyen); 2) las sentencias invocadas parten de la existencia de una antinomia entre los artículos 133 CC y 134 CC inexistente; 3) no es admisible una interpretación derogatoria del precepto; 4) tal línea jurisprudencial reconoce excepciones; 5) no son posibles diversos entendimientos de la norma, de modo tal que hubiera de seguirse aquél más conforme con la CE.

Estas razones obligan a evacuar la duda de la constitucionalidad del artículo 133.1 CC. En primer lugar, entiende se ataca el principio de igualdad (art. 14 CE) en una doble dimensión: por el origen matrimonial o no de la filiación; y entre los mismos progenitores de una filiación no matrimonial, primando el que la establece primero por el reconocimiento. En segundo término, sostiene que se le impide incoar el proceso, pese a ser portador de un interés legítimo, transgrediendo así la exigencia del artículo 24 CE de brindar una tutela judicial efectiva, en su aspecto de acceso a la justicia. Por

último, al no permitirse establecer quiénes forman la relación paterno-filial, se imposibilita la función protectora de la patria potestad e impide la investigación de la paternidad, afectándose los principios de protección de la familia y de libre investigación de la paternidad (art. 39.1 y 2 CE).

El Abogado del Estado pide la desestimación de la cuestión desde que opina que el artículo 133 CC no es inconstitucional, ni desde una *interpretación literal* ni desde una *sistemática*.

Conforme a *la primera*, no existe trasgresión de los principios alegados con los siguientes fundamentos. No se vulnera el artículo 14 CE puesto que la norma del CC no anuda un régimen sustantivo diferenciador de la filiación matrimonial y la extramatrimonial (que sí estaría prohibido), sino que regula una diferente acción para la reclamación de la filiación y, por tanto, no incurre en discriminación. Sin embargo, cree satisfecha la tutela judicial efectiva exigida por el artículo 24 CE por dos razones: porque el requisito de la posesión de estado refuerza la exigencia genérica del artículo 127, buscando un equilibrio entre el derecho a la averiguación y establecimiento de la verdad biológica y la paz familiar; y porque la determinación de la filiación no matrimonial no sólo se logra por la reclamación, sino que existen también los mecanismos del artículo 120 CC y, en todos estos casos, la cuestión se somete en última instancia a la aprobación judicial. Por último, la ausencia de posesión de estado justifica la opción del legislador y de ello no puede deducirse un incumplimiento de los mandatos constitucionales del artículo 39.1 y 2 CE.

La *interpretación sistemática* es la que, de modo consolidado, viene defendiendo el Tribunal Supremo para ampliar la legitimación activa al progenitor. Considerando el contenido del artículo 134 CC, otras normas y los preceptos constitucionales, entiende a la posesión de estado como uno de los elementos que contribuyen a que prospere la acción de reclamación (y no de acceso a la jurisdicción).

Como argumento subsidiario, rememora la constante doctrina del Tribunal Constitucional defensora del principio de validez de la ley, si no impide una interpretación conforme a la Constitución.

Desde otro extremo, el Fiscal General del Estado impulsa la declaración de inconstitucionalidad (arts. 24.1 y 39.1 y 2 CE) y la derogación del artículo 133 CC. Entiende que la laguna legal que con ello se creará puede cubrirse, en espera de una nueva regulación, con: *a)* las normas sobre filiación, interpretadas sistemáticamente; *b)* la aplicación directa de la CE; y *c)* la doctrina que dimane de esta sentencia. Defiende que el «interés legítimo» existe independientemente del estado civil de los progenitores. Desde la óptica del artículo 24.1 CE, no es posible imponer un límite absoluto e impedir el acceso al proceso por la falta de posesión de estado o por un hecho ajeno a la voluntad del reclamante (matrimonio), lesionando el derecho fundamental a la declaración de paternidad, a la igualdad ante la ley y al deber de los padres de protección integral de los hijos.

A la postre, el Tribunal Constitucional resuelve que la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial por falta de posesión de estado no es compatible con el artículo 39.2 CE ni con el artículo 24.1 CE, aunque no contradiga los artículos 14 CE y 39.1 CE.

La acción para reclamar la filiación no matrimonial al no haber posesión de estado descansa en presupuestos diferentes a la misma acción cuando existe posesión de estado, por lo que –sin arbitrariedad ni discriminación– queda justificado el distinto trato otorgado por el legislador. El artícu-

lo 133 CC no prevé un régimen con diferente trato para la filiación no matrimonial y la matrimonial, proscrito por la Constitución; lo que hace es fijar un sistema, para la determinación, prueba, reclamación e impugnación de la filiación, articulado en función de dicho carácter, traducido en un diferente régimen para la reclamación de la filiación cuando falte la posesión de estado, respetuoso del artículo 14 CE.

En cambio, el artículo 24.1 CE desde la vertiente del acceso a la justicia, queda vulnerada en la medida en que impide acceder al proceso al presunto progenitor a pesar de ostentar un interés legítimo.

La protección de la familia permite que el legislador, en uso de su libertad reguladora, decida que la reclamación de la filiación por quien tenga un interés legítimo, quede supeditada a que exista un sustrato fáctico: la posesión de estado. La limitación de la legitimación al hijo, de forma razonable y proporcionada, no afecta a la familia. De este modo, al no lesionar el principio de protección de la familia (art. 39.1 CE), y en relación al punto anterior, tampoco cabe advertir vulneración del artículo 24.1 CE.

Conectando el artículo 24.1 CE con el artículo 39.2 CE, puede determinarse la existencia de vulneración, la cual parte de la íntima conexión de este artículo con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

Desde la perspectiva del *derecho del hijo a conocer su identidad* (derecho de protección integral –art. 39.2 CE– hermanado con la seguridad jurídica en el estado civil de las personas –art. 9.3 CE–) como desde la configuración de la paternidad como una *proyección de la persona* (aunque no exista propiamente un derecho de los progenitores sobre los hijos, correlativo a sus deberes, no puede negarse su interés en la verdad), vislumbra que el legislador ignora por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de su paternidad no matrimonial, cercenándole el acceso a la jurisdicción cuando falta la posesión de estado e impidiéndole instar la investigación de la paternidad.

Entiende que el sacrificio impuesto no está constitucionalmente justificado desde el momento en que, aparte de poder sustituirse por otras limitaciones, la regulación legal impide se planteen y sustancien acciones absolutamente infundadas (principio de prueba del artículo 767.1 LEC).

Finalmente, descarta la aplicación de la interpretación *secundum constitutionem* del precepto. A diferencia de los artículos 131 CC (legitimación para reclamar la filiación manifestada por la constante posesión de estado) y 132 CC (legitimación para reclamar la filiación matrimonial cuando falte la posesión de estado), el artículo 133.1 CC no permite entender incluido al progenitor, sin forzar su propio sentido. Esa no ha sido la voluntad del legislador y ello impide una interpretación extensiva.

Al fijar el alcance del fallo, al igual que en la STC 138/2005, declara la inconstitucionalidad del precepto sin pronunciar su nulidad, pues de hacerlo –además de no reparar con ello tal vicio– perjudicaría al hijo sin razón.

Los votos particulares de Guillermo Jiménez Sánchez, Javier Delgado Barrio y Roberto García-Calvo y Montiel, muestran su disconformidad con la sentencia, remitiendo en general a sus votos en el fallo de la STC 138/2005. Por su parte, el voto de Elisa Pérez Vera y Eugeni Gay Montalvo –al que adhiere Ramón Rodríguez Arribas– comparte los argumentos empleados para rebatir el ataque al artículo 14 CE y al artículo 39.1 CE (en cuanto no vulnera el artículo 24.1 CE), disintiendo con la mayoría al entender que el artículo 133.1 CC no infringe el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el artículo 24.1 CE, en relación con el artículo 39.2 CE.

Fundamentan su postura en que el progenitor, primero, tiene a su alcance el mecanismo del reconocimiento (que vela esencialmente por sus intereses, más que los del hijo); y, segundo, puede determinar legalmente su paternidad por la vía judicial. Por ello, la privación de legitimación activa para instar una reclamación judicial, cuando falte la posesión de estado, no resulta desproporcionada ni vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, habida cuenta los bienes constitucionales que se trata de proteger a través de esta medida.

STC 274/2005, de 7 de noviembre.

RA: Desestimación.

Ponente: Casas Bahamonde.

Conceptos: Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva: derecho a indemnización de los hermanos mayores de edad de una persona fallecida en accidente de tráfico según los baremos legales (STC 190/2005).

Preceptos de referencia: Artículos 9.3, 14 y 24.1 CE.

Los demandantes consideran que la tabla I (grupo IV) del anexo de la Ley 30/1995 y su aplicación a su caso concreto por los órganos judiciales ha vulnerado su derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de edad (art. 14 CE), así como su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El Tribunal Constitucional se remite a la Sentencia del Pleno 190/2005, 7 julio, que desestimó una cuestión de inconstitucionalidad en la que se planteaba un problema que guardaba una completa identidad con el que es objeto de este recurso de amparo.

«Deshacida la vulneración del artículo 14 CE, procede examinar seguidamente la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que los recurrentes en amparo consideran producida por el hecho de que, al negárseles la condición de perjudicados, se les niega legitimación activa para reclamar y obtener la indemnización. Ya en nuestra STC 190/2005 tuvimos ocasión de señalar que el contenido de esta queja se dirige a denunciar que con tal regulación se impide que pueda examinarse la eventual condición de perjudicados alegada por personas no incluidas en la tabla I, porque el tenor literal del apartado primero, punto 4 del anexo LRC ya predetermina ex ante quién lo es y, con ello, excluye que otros puedan demostrar tal condición–(FJ 5); queja que rechazamos en los términos que recoge el FJ 5 de la citada decisión: El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, evidentemente, se impone al legislador –art. 53.1 CE–. Tal derecho va referido objetivamente a los derechos e intereses legítimos que operan, así, como presupuesto del citado derecho: allí donde existan esos derechos e intereses legítimos necesariamente el legislador deberá abrir el cauce de la tutela judicial efectiva con los contenidos que desde nuestra primera formulación hemos venido atribuyendo a este derecho fundamental, es decir, acceso a la jurisdicción para, con las garantías del artículo 24 CE, obtener una resolución razonada y fundada en Derecho, con exigibilidad de su ejecución (SSTC 26/1983, de 13 de abril, FJ 2; 10/2000, de 17 de enero, FJ 2; 83/2001, de 26 de enero, FJ 4, y 3/2004, de 14 de enero, FJ 3), siendo de destacar que este derecho no garantiza en ningún caso la estimación de las pretensiones deducidas (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 3).»

«El ordenamiento jurídico –continúa la STC 190/2005 (FJ 5)– atribuye derechos subjetivos y de él derivan intereses legítimos. Una vez que éstos están reconocidos, si el legislador les negase el acceso a la tutela judicial efectiva se vulneraría el artículo 24 CE, pero ello es así sólo una vez que los ha reconocido el Ordenamiento jurídico. Si el legislador no los recoge, si les niega la condición de derechos e intereses legítimos podrán vulnerarse otros preceptos constitucionales, pero no, desde luego, el artículo 24.1 CE. Naturalmente, la ley no tiene una ilimitada libertad para el reconocimiento de los mencionados derechos o intereses sustantivos, pero, en el contexto que se está tratando, no es del artículo 24.1 CE de donde proceden los límites aquí relevantes, sino de otros preceptos de la Constitución. En concreto, no existe un concepto constitucional de perjudicado ni de beneficiario de la indemnización en la materia regulada por los preceptos cuestionados, es decir, ninguna exigencia constitucional impone que toda persona que sufra un daño moral por la muerte de alguien en accidente de circulación haya de ser indemnizada. Los preceptos legales que regulan esta materia han de respetar las exigencias de diversas normas constitucionales, entre ellas, como se ha visto, las del principio de igualdad (art. 14 CE), para atribuir a un sujeto esa condición. Pero del artículo 24.1 CE no se deduce que nadie deba recibir la consideración de perjudicado o de beneficiario de la indemnización, sino que lo que impone el derecho a la tutela judicial efectiva es que quien ostente dicha condición por atribución constitucional o legal sea tutelado en esa condición por los jueces ... Sobre esta base, hemos de concluir que lo que la tabla I podrá impedir a las personas que no figuran en ella es la obtención de una Sentencia estimatoria, pero esto no es obviamente un contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, que, como ya hemos subrayado, no garantiza en ningún caso la estimación de las pretensiones deducidas (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 3).»

STC 278/2005, de 7 de noviembre.**RA: Desestimación.****Ponente: García-Calvo.****Conceptos: Derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos. Derecho a comunicar libremente información veraz. Derecho al honor.****Preceptos de referencia: Artículos 20.1.a) y d) y 18.1 CE.**

El caso tiene su origen en las declaraciones efectuadas por el alcalde de un municipio de la provincia de Lugo en las que sostenía que el comandante jefe de puesto de la guardia civil en el municipio, que había dirigido el destacamento que vigiló las diversas manifestaciones por parte de los habitantes del municipio en protesta por el trazado de la autovía Noroeste, tenía intereses en ésta, que su actuación era «*prepotente*» y que «*la información que tal agente transmitía a sus superiores acerca de las movilizaciones vecinales no era correcta*». Tras la denuncia presentada por el citado guardia civil, el alcalde fue condenado como responsable criminal de una falta contra el orden público. El Tribunal desestima el recurso de amparo presentado por el alcalde.

1. Doctrina constitucional sobre la distinción entre derecho a la libertad de expresión y derecho a comunicar información.–En primer lugar, el TC

recuerda su consolidada doctrina sobre esta distinción de «*decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de veracidad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional [...]*

2. Doctrina constitucional sobre la relación entre la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades y el derecho a libertad de expresión.–En segundo lugar, el Tribunal reitera su doctrina sobre las exigencias constitucionales en la apreciación de estos tipos penales, recordando que «*la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del animus iniuriandi tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos*», de manera que el Juez penal debe valorar, en primer lugar, «*si en la conducta enjuiciada concurren aquellos elementos que la Constitución exige en su artículo 20.1 a) y d) para tenerla por un ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que le impone comprobar, si de opiniones se trata, la ausencia de expresiones manifiestamente injuriosas e innecesarias para lo que se desea manifestar y, de tratarse de información, que ésta sea veraz*». Así, «*(c)uando el Juez penal incumple con esta obligación y elude ese examen preliminar para comprobar si la pretendida antijuricididad de la conducta ha de quedar excluida al poder ampararse el comportamiento enjuiciado en lo dispuesto por el citado precepto constitucional, no sólo está desconociendo, al aplicar el ius puniendi del Estado, las libertades de expresión e información del acusado, sino que las está, simplemente, vulnerando*». Del mismo modo, también forma parte de la misma doctrina la consolidación de unos límites al ejercicio de la libertad de expresión, pues la CE «*no reconoce en modo alguno [...] un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate*».

3. Aplicación al caso.–Para valorar la conformidad a la CE de las decisiones impugnadas que condenan al alcalde por sus declaraciones, el Tribunal dilucida si éstas constituyían ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad de información (a), si los órganos jurisdiccionales de la instancia ponderaron la aplicación de las normas penales con el derecho fundamental del artículo 20.1.a), (b) y, en fin, si la restricción a esta libertad está constitucionalmente justificada.

a) Se trata de opiniones.–Según el TC, las declaraciones del alcalde encuentran cabida en el (eventual) ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pero no en el de la libertad de información, pues aquéllas no englobaban «*afán informativo, y sí que constituyó la expresión de un juicio u opinión del demandante de amparo sobre el sujeto pasivo o receptor de tales palabras*».

b) Ponderación del derecho fundamental en juego.–Si bien los órganos jurisdiccionales no hicieron expresa referencia al eventual ejercicio por parte

del demandante de su libertad de expresarse, hubo «una ponderación de los derechos e intereses en juego, coincidiendo ambas Sentencias en que la expresión indicada, vertida por el solicitante de amparo, resultó netamente ofensiva para el denunciante».

c) Justificación constitucional de la restricción a la libertad de expresión.—Para el Tribunal, la decisión de los órganos jurisdiccionales de la instancia está plenamente justificada desde el punto de vista de la CE, pues las «manifestaciones realizadas por el demandante en amparo constituyeron indudablemente, un ataque a la reputación del Sargento comandante de puesto de la Guardia civil. Además, respecto de él no implicaba crítica política alguna [...] ni tampoco se expusieron como conclusiones críticas de un comportamiento previamente expuesto. Fueron simples frases despectivas desconectadas de cualquier razonamiento que la explicase o justificase». Por ello, constituyeron un ejercicio desmesurado y exorbitante de la libertad de expresión y procede la desestimación del amparo.

STC 341/2005, de 21 de diciembre.

RI: Estimación parcial. Anulación parcial del artículo 17.2 y total del artículo 24.3 de la Ley 1/1998 de la Asamblea de Madrid, de Fundaciones. Interpretación constitucional del artículo 27.2 de la misma ley.

PONENTE: Pérez Vera. Voto particular de Casas Bahamonde.

Conceptos: Fundaciones. Derecho de fundación. Competencias estatal y autonómica. Reproducción de preceptos de leyes estatales.

Preceptos de referencia: Artículo 34 CE. Artículos 148.1 y 149.1 CE. Artículos 27.2, 11.1 y 2, 17.2 inciso final, 24.3 y 28.1 de la Ley 1/98 de la Asamblea de Madrid. Ley estatal 30/1994, de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación en actividades de interés general.

La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 1/1998, de fundaciones, de la Asamblea de Madrid. De acuerdo con los recurrentes, el artículo 27.2 de dicha ley invadía competencias estatales y vulneraba la garantía institucional recogida en el artículo 34 CE (derecho de fundación). Otros artículos de esa misma ley (11.1 y 2; 17.2 inciso final; 24.3; y 28.1 inciso final) incurrierían asimismo en vicio de inconstitucionalidad por vulneración de la distribución competencial, al haber reproducido literalmente diversos preceptos de la Ley estatal 30/1994, de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación en actividades de interés general.

1. Panorámica de la distribución competencial en materia de fundaciones.—El TC empieza con una síntesis de su doctrina al respecto, destacando, en primer lugar, que las fundaciones no son una materia competencial con sustantividad propia y, en segundo, que tampoco el artículo 34 CE es una norma atributiva de competencias.

a) Las fundaciones están ausentes de los listados de los artículos 148.1 y 149.1 CE. Las Comunidades Autónomas han asumido competencias sobre ellas en sus Estatutos de autonomía. Las primeras lo hicieron, con carácter exclusivo, «sobre fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en cada una de ellas» (FJ 2). Más tarde, el resto de Comunidades asumieron también competencias exclusivas sobre «fundacio-

nes que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma» (FJ 2). De ello no deriva, sin embargo, que el Estado carezca de títulos para legislar en esta materia. Por una parte, está el desarrollo legislativo del artículo 34 CE, del que el Estado no puede quedar al margen. Además, debe garantizar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en cuanto a los derechos y deberes constitucionales (art. 149.1.1.^a CE). Asimismo ostenta competencias en materia civil (art. 149.1.68.^a CE) y procesal (art. 149.1.6.^a CE), entre otras. En ejercicio de tales competencias, el Estado aprobó la Ley 49/2002 (de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación en actividades de interés general), posteriormente sustituida por dos, que desglosan su contenido: de un lado, la Ley 49/2002 (régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo) y, de otro, la Ley 50/2002 (de Fundaciones). Esta última contiene tanto normas de ámbito general (aplicables a todas las fundaciones) como específicas (para las fundaciones de competencia estatal).

b) El artículo 34 CE reconoce el derecho y el concepto constitucional de fundación. A este propósito el TC se remite, con cita literal, a su anterior doctrina (STC 49/1988 y ATC 224/2003), para recordar que el artículo 34 CE: «*Se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las Leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman [...] Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados»* (FJ 4). Para la configuración legal de ese derecho son llamados tanto el legislador autonómico (que ha asumido la competencia) como el estatal (que, como queda dicho, no carece de títulos para ello): «*El artículo 34.1 CE emplaza al legislador para que complete la configuración del “derecho de fundación para fines de interés general”. Pues bien, un análisis armónico del bloque de constitucionalidad anteriormente descrito pone de manifiesto que tal llamamiento se dirige tanto al legislador estatal como a los legisladores autonómicos. Así, será el legislador autonómico el habilitado para ejercer la amplia libertad de configuración que el texto constitucional le confiere cuando se trate de fundaciones que realicen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma, mientras que lo será el estatal en los supuestos no cubiertos por las aludidas previsiones estatutarias. En todo caso, al establecer el régimen jurídico de esos entes fundacionales es evidente que la regulación autonómica habrá de respetar las competencias del Estado en las materias de legislación civil y procesal (art. 149.1.8 y 6 CE, respectivamente), sin olvidar que el*

artículo 149.1.1 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer “las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos ... constitucionales”, competencia que habilita al Estado para dictar normas que permitan disfrutar en condiciones de igualdad del derecho de fundación.» (FJ 4).

2. Sobre la constitucionalidad del artículo 27.2 de la Ley madrileña 1/1998, de Fundaciones.—La impugnación se refiere a la previsión según la cual «*A los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una Fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador.*»

a) Los recurrentes entendían que las normas que regulan la liquidación de las fundaciones privadas son Derecho civil, materia ésta sobre la que la Comunidad de Madrid carece de competencias. El TC rechaza este enfoque. En primer lugar, destaca que ni el artículo 31 de la Ley 30/1994 ni el 33 de la vigente 50/2002, ambas estatales, han modificado el artículo 39 del Código civil, viniendo sólo a complementarlo en lo que atañe a la actividad administrativa. Y lo propio haría, dentro de las competencias de la Comunidad, entre las que: «*Encuentra perfecto acomodo el establecimiento de normas relativas a las actuaciones administrativas procedentes en caso de disolución de los entes regulados. Y es que declarar, como hace el precepto legal impugnado, que el destino de los bienes de la fundación en caso de extinción será, en primer término, el decidido por el fundador, no supone regulación de la posible cesión o transferencia de bienes patrimoniales ni de ningún instituto civil, sino el reconocimiento de la eficacia de tal decisión, desde la perspectiva de la liquidación que debe llevar a cabo el Patronato, bajo el control del Protectorado, según prescribe el artículo 27.1 de la Ley autonómica*» (FJ 5).

b) Al margen de lo anterior, los recurrentes también imputaban al artículo 27.2 de la ley madrileña haber infringido el artículo 149.1.1.^a CE en relación con la garantía institucional del derecho de fundación reconocida en el artículo 34 CE: «*En relación con este extremo consideran los actores que el cuestionado precepto autonómico, en contraste con la normativa estatal, permite al fundador hacer uso de las denominadas cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales, lo que supondría el derecho de retrocesión de los bienes y derechos de las fundaciones extinguidas hacia su propio patrimonio o el de terceros, con la consiguiente desafectación del patrimonio fundacional al servicio del interés general. Pues bien, se mantiene por los recurrentes, admitir la cláusula de reversión o desafectación del patrimonio fundacional es contrario al artículo 34 CE porque ignora la garantía del instituto de la fundación. Dicha garantía remite a la noción de “recognoscibilidad” de la institución, que sólo puede existir si concurren la ya mencionada ausencia de ánimo de lucro y la vinculación tanto de la fundación como de su patrimonio al servicio del interés general. Según su parecer, si se permite la reversión de los patrimonios fundacionales, se está contaminando la imagen social de las fundaciones, con lo que se privaría de efectos al artículo 34 CE*» (FJ 6). El TC, sin embargo, rechaza esta tesis: «*De la doctrina constitucional elaborada en esta materia no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el artículo 34 CE la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales. El interés jurídico protegido por el artículo 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al “interés general” en tanto subsista el ente fundacional, pero no prescribe la perma-*

nente afectación tras la extinción de la fundación. De suerte que el mencionado precepto constitucional no cierra las opciones del legislador puesto que no limita su libertad de configuración de las fundaciones imponiéndole, como contenido esencial del derecho preservado, cuál haya de ser; una vez extinguida, el destino de los bienes y derechos con los que se dote a la fundación» (FJ 7). De la falta de una prohibición expresa de las cláusulas de reversión no resulta una violación del artículo 34 CE, sin perjuicio de que: «Si en casos concretos llegara a manifestarse una desviación patológica en la aplicación de la Ley, de suerte que la liquidación produjera un lucro para el fundador (o para las personas físicas o jurídicas designadas por él), incompatible con el interés general que debe presidir el instituto de la fundación, el Estado de Derecho cuenta con instrumentos suficientes para arbitrar los controles oportunos que cada supuesto requiera, a la vista de la legislación civil y de la normativa concreta en materia de fundaciones. En tal sentido deberá tenerse en cuenta que la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquéllos con los que el propio fundador dotó a la fundación» (FJ 7). Interpretado en estos términos, el artículo 27.2 impugnado resulta perfectamente conforme a la Constitución. Es este el punto al que se refiere el voto particular, para el cual el repetido artículo 27.2 ya se ajustaba a la Constitución, sin necesidad de imponer una interpretación que, de hecho, restringe indebidamente opciones que aquélla deja abiertas.

3. Sobre la constitucionalidad de los artículos 11.2, 17.2 inciso final, 24.3 y 28.1 inciso final de la Ley madrileña 1/1998, de Fundaciones.—Los preceptos citados reproducen literalmente normas de la Ley estatal 30/1994, dictadas, según los recurrentes, al amparo de títulos exclusivos del Estado (legislación civil y procesal).

a) Ante todo, cuando se reproducen normas estatales en normas autonómicas, hay que distinguir dos supuestos: «*El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto»* (FJ 9).

b) El artículo 11.1 de la Ley de fundaciones madrileña dispone que: «*En toda Fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma*». Este precepto coincide con el artículo 12.1 de la Ley estatal 30/1994, que le atribuyó el carácter condición básica del derecho de fundación ex artículo 149.1.1 CE (apartado primero de la disposición final primera de la misma Ley 30/1994). Se trataría así de «*una reproducción encuadrable en el primer supuesto de nuestro canon*». Por ello, «*la reiteración de la norma estatal [...] no puede considerarse incursa en un vicio de validez del precepto*

impugnado, toda vez que esa condición básica es indisponible para los legisladores autonómicos y que su reproducción viene a dotar de inteligibilidad al texto normativo» [FJ 10, a]).

c) Según el artículo 11.2 de la ley madrileña: «*Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación, manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos*». La norma reproduce el artículo 12.2 de la Ley estatal 30/1994, pero no es inconstitucional por las razones aplicadas al artículo 11.1 [FJ 10, b)].

d) De acuerdo con el artículo 17.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid, «*no se podrán repudiar herencias ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado o, en defecto de ésta, sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público*». De este precepto, que reproduce lo dispuesto en el artículo 20.3 de la Ley 30/1994, se recurre únicamente su inciso final, cuya inconstitucionalidad aprecia el TC: «*La correcta previsión de una intervención judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal, por mucho que responda a intereses jurídico-públicos, supone la articulación de un cauce procesal cuyo establecimiento es competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.6 CE*» [FJ 10, c)].

e) El artículo 24.3 se impugna por reproducir lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley 30/1994, de acuerdo con el cual «*el Patronato podrá acordar la modificación de los Estatutos de la fundación siempre que resulte conveniente en interés de la misma y no lo haya prohibido el fundador, en cuyo caso requerirá la autorización previa del Protectorado*». A este precepto se le atribuye la condición de «legislación civil» en la disposición final primera, apartado 2.b), de la propia Ley 30/1994. «*Interesa señalar –dice el TC– que el artículo 29.1 de la Ley 50/2002, que reproduce el precepto trascrito, ha suprimido su inciso final [el artículo 29.1 ha sido calificado también como legislación civil en la disposición final primera, 2.b) de dicha Ley]*» [FJ 10, d)]. Con esta supresión, prosigue, «*el legislador estatal ha erigido a la voluntad del fundador, manifestada en el negocio jurídico fundacional, en límite infranqueable de eventuales modificaciones estatutarias, excluyendo la intervención sustitutiva del Protectorado*» (ibidem). En todo caso, concluye, «*estamos ante una norma que incide en el núcleo mismo de la institución fundacional, en cuanto persona jurídico-privada, que ha de reconducirse al ámbito propio de la legislación civil en el cual el Estado tiene, en principio, competencia exclusiva ex artículo 149.1.8 CE que únicamente reconoce competencia normativa a las Comunidades Autónomas para conservar, modificar o desarrollar los derechos civiles, forales o especiales “allí donde existan”*». Dado que Madrid no tiene competencias en esta materia: «*la reproducción del precepto estatal incurre en el segundo supuesto de nuestro canon sobre las leges repetitae, debiendo considerarse inconstitucional por tal motivo*» (ibidem).

f) El artículo 28.1 dispone que «*el Protectorado es el órgano administrativo de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones, que facilitará y promoverá el recto ejercicio del derecho de fundación y “asegurará la legalidad de su constitución y funcionamiento”*». De él se impugna el inciso final, coincidente con lo dispuesto en el artículo 32.1 *in fine* de la Ley 30/1994, dictado en ejercicio de la competencia estatal sobre «legislación civil» [DF 1.^a, apartado 2, b) de la ley estatal]. El TC declara su constitucionalidad por las razones aplicadas al artículo 11.1, recordando –una vez más– que no es su función enjuiciar la calidad técnica de las leyes [FJ 10, e)].

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Representación indirecta. Artículo 1717 II CC: «cosas propias del mandante». Ámbito objetivo de aplicación y ¿responsabilidad del representante? (a propósito de las SSTS de 3 de enero de 2006 y 22 de abril de 2005)

BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI

Profesora Contratada del Programa Juan de la Cierva
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *Justificación del comentario*.—II. *Hechos y fundamentación jurídica*:

- A) STS de 3 de enero de 2006: 1. Hechos; 2. Fundamentación jurídica.
 - B) STS de 22 de abril de 2005: 1. Hechos; 2. Fundamentación jurídica.—
- III. *La representación indirecta: cuestiones*: A) Delimitación del supuesto de hecho. B) Efectos jurídico obligacionales: 1. Cosas propias del mandante: ámbito objetivo de aplicación: a) Asuntos del mandante; b) Cosas de propiedad del mandante; c) Apariencia de poder. 2. Cosas propias del mandante: ¿responsabilidad del representante?—IV. *Una propuesta de resolución*.

I. JUSTIFICACIÓN DEL COMENTARIO

[1] A pesar de que la representación indirecta es una figura jurídica de gran importancia en la práctica, resulta difícil encontrar pronunciamientos del TS sobre la materia. La escasez de sentencias del Alto Tribunal se acentúa si seleccionamos aquellas que tratan los efectos jurídicos obligacionales que se producen cuando el representante contrata con el tercero por cuenta del representado pero en su propio nombre¹.

¹ Son más numerosas aquellas que estudian la representación indirecta desde una perspectiva distinta, por ejemplo la de los efectos jurídico reales. *Vid.* las citadas en FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, *La representación indirecta*, 2006, p. 33, nota 13.

A la pregunta ¿admite la jurisprudencia de manera generalizada que el representado (indirecto) interponga la acción directamente frente al tercero o viceversa?, podemos contestar, en una primera aproximación a las sentencias que se ocupan de ella, en sentido negativo, pues si algo deja claro el CC en el artículo 1717.I CC es que «cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas contra el mandante». Pero esta primera impresión cambia cuando las cuestiones que formulamos son: ¿admite el Alto Tribunal alguna excepción a esta regla? ¿cuáles? ¿con qué alcance? ¿en qué situación queda el representante indirecto en estos casos? ¿desaparece de la escena jurídica? La conocida excepción «cosas propias del mandante» (art. 1717 II CC) ha dado lugar a variadas interpretaciones, algunas de las cuales llegan incluso a romper la regla general tan claramente establecida por el legislador en el artículo 1717 I CC. Por ello, puede afirmarse que para extraer las directrices marcadas por la jurisprudencia sobre los efectos jurídico obligacionales de la representación indirecta, se requiere el análisis de las interpretaciones avanzadas por el Alto Tribunal sobre el párrafo II del citado precepto. Pero, como venimos insistiendo desde el comienzo, son muy escasas las sentencias que lo han examinado abiertamente².

[2] Por ello, llama la atención que en el arco de ocho meses el TS se haya pronunciado en dos ocasiones sobre los efectos jurídico obligacionales en la representación indirecta. Merece la pena detenerse en estos dos pronunciamientos si, además, tenemos en cuenta que ambas sentencias resuelven los mismos problemas y que no llegan a conclusiones totalmente idénticas.

Tras exponer los hechos de cada una de ellas y su fundamentación jurídica, nos centraremos en los aspectos de la representación indirecta que examina el Alto Tribunal para, finalmente, ofrecer una resolución de los casos, conforme a la tesis que defendemos, y que no necesariamente nos llevará a resultados distintos de los alcanzados por el TS.

II. HECHOS Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

A) STS DE 3 DE ENERO DE 2006³

1. Hechos

[3] *La Esponja del Teide S. A. (dominus)* es una empresa familiar dedicada a la actividad portuaria; dicha entidad resulta adjudicataria de los servicios portuarios de Las Palmas tras haber sacado la Administración a concurso la prestación de dichos servicios.

El Sr. Darío (representante), apoderado de la citada empresa, celebra un contrato de compraventa con don Javier (tercero, vendedor), que había sido el adjudicatario de los mencionados servicios hasta ese momento. El objeto

² Todavía hoy son las SSTS de 8 de junio de 1966 (RJ 19666/1209) y 17 de diciembre de 1959 (1969/1209) la referencia en esta materia. Prueba de ello es que una de las sentencias objeto del presente comentario se apoya en ellas para la resolución del caso.

³ RJ 2006/130. Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.

del contrato está constituido por una serie de bienes muebles, relacionados con la actividad portuaria y pertenecientes a don Javier.

Una parte del precio (un millón de pesetas) se paga a través de *La Esponja del Teide, S. A. (dominus)* y algunos de los bienes vendidos son remitidos a la mencionada entidad.

El Sr. Javier (tercero) interpone demanda frente al Sr. Darío (representante) y *La Esponja del Teide, S. L. (dominus)* postulando la condena de ambos demandados al pago de veinte millones de pesetas, más intereses desde la reclamación judicial, y costas.

La sociedad demandada se opone, alegando que no ha sido parte, pues el contrato ha sido suscrito por el Sr. Darío a título personal.

En Primera Instancia se condena al *dominus*, absolviendo al representante.

Apelada la sentencia por ambos demandados, la Audiencia confirma el pronunciamiento del Juzgado.

En el recurso de casación interpuesto por el *dominus* uno de los motivos alegados es la infracción, por inaplicación, de los párrafos primero y segundo del artículo 1717 CC.

El TS desestima el recurso.

2. Fundamentación jurídica

[4] En el recurso de casación mencionado, se afirma que en el contrato el Sr. Darío actuó en su propio nombre y que, por tanto, el tercero no tiene acción contra el *dominus*.

El TS desestima el recurso aduciendo que el motivo de casación:

[...] se basa en una **lectura rigurosamente** literal de los documentos de 19 de abril y 3 de mayo de 2005, que se tratan de tomar en consideración **descontextualizados de las actuaciones llevadas a efecto**, y de las apreciaciones fácticas de las sentencias de instancia, lo que conduciría a la desestimación [...]. Pero, además, **el propio artículo 1717 CC contiene la excepción** que se aplica en la instancia, definida en el texto como tratarse «de cosas propias del mandante», lo que **se ha de entender como asuntos o negocios, más allá de una acepción ceñida a la expresión «cosas» como bienes tangibles**, de modo que se genera lo que la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala han señalado como *contemplatio domini tacita, generándose un poder ex facti circumstantiis sive ex re* (Sentencias de 1 de diciembre de 1982 [RJ 1982, 7454], de 8 de junio de 1966 [RJ 1966, 3023], de 26 de noviembre de 1973 [RJ 1973, 4340]), lo que en el caso tiene apoyo en el propio documento, cuyas líneas esenciales se han transcrita en el Primero de los Antecedentes. Y allí es de ver como una interpretación en base a lo que se ha denominado «canon de la globalidad» (artículo 1285 CC) desvelaría la íntima conexión entre lo convenido y el desarrollo de la actividad portuaria por parte de la entidad recurrente, y no por el socio y apoderado que interviene a título personal. [...]. *[La negrita es nuestra.]*

Así pues, el Alto Tribunal absuelve al representante condenando únicamente al *dominus*.

B) STS DE 22 DE ABRIL DE 2005⁴

1. Hechos

[5] Don Constantino y otros interponen demanda contra *Promociones Aixa, S. A., y Gestión 17, S. A.*, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula séptima de los respectivos contratos de compraventa de vivienda y la devolución de las cantidades indebidamente abonadas.

Gestión 17 S. A., representante de *Promociones Aixa S. A.*, firma en los citados contratos de compraventa en el apartado correspondiente al vendedor, así como en los recibos de entregas de dinero en concepto de intereses, sin hacer advertencia alguna o constancia de la actuación representativa. Los demandantes (terceros) ignoran, además, tal relación. Las viviendas objeto de los contratos pertenecen a *Promociones Aixa, S. A. (dominus)*.

En Primera Instancia se estima la demanda, declarando la nulidad de pleno derecho de la cláusula séptima contenida en los contratos suscritos por los actores y condenando a los demandados a pagar las cantidades y los intereses legales.

Ambos demandados, *dominus* y representante, interponen recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

Contra dicha Sentencia se interpone recurso de casación por el representante.

2. Fundamentación jurídica

[6] El recurso de casación se articula en cinco motivos; en uno de ellos, se alega la interpretación errónea de los artículos 1717 y 1725 CC; en concreto, el representante aduce que cuando el caso recae dentro del ámbito objetivo de aplicación del párrafo II del artículo 1717 CC (cosas propias del mandante) la responsabilidad del mandatario, que obró en nombre propio, desaparece. Frente a dicho motivo, el TS afirma lo siguiente:

«[...] en el caso de actuación por el **mandatario en nombre propio sobre cosas propias del mandante**, el conocimiento de esta situación por los que contratan con el mandatario determina una *contemplatio in re* que hace desaparecer la *denegatio actionis* (típica del mandato puro –no representativo–) entre el mandante y aquellos contratantes. Es decir se produce, en tal perspectiva, los **mismos efectos de la representación directa (mandato representativo)**. No obstante, el precepto –«exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante»– (por cierto sin precedente legislativo, a salvo el artículo 287 del Código de Comercio [LEG 1885, 21], ni siquiera prelegislativo pues fue añadido al CC a última hora) no aclara cual es la situación en que queda el mandatario respecto de las personas con quien contrató, pudiéndose llegar a diversas conclusiones, según que se le ponga en relación con el inciso que le precede, o con el conjunto del precepto (art. 1.717). El

⁴ RJ 2005/3751. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

criterio que parece más seguro es el de entender que el mandatario no queda desvinculado respecto de quienes celebraron el contrato. Se fundamenta en la manera de producirse exteriormente, la intervención del mandatario en ejercicio de su propia personalidad –autonomía– jurídica y la perspectiva de los que con él contrataron, lógicamente interesados en su solvencia o responsabilidad [...]. [La negrita es nuestra]

El TS condena tanto al representante como al *dominus*.

III. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA: CUESTIONES

[7] Al margen de la propia calificación de la representación indirecta como representación⁵, podemos afirmar que son tres las grandes cuestiones que presenta esta figura: 1) en primer lugar, la delimitación del supuesto de hecho que cabe calificar como de representación indirecta; 2) en segundo lugar, los efectos jurídico reales; y 3) en tercer lugar, los efectos jurídico obligacionales.

[8] Las sentencias que acabamos de resumir en líneas anteriores, se ocupan claramente de la tercera de las cuestiones apuntadas ofreciendo dos interpretaciones opuestas, ya que, aunque en ambos casos consideran que el artículo 1717 II CC es aplicable al supuesto de hecho:

1. en relación con la expresión «cosas propias del mandante»:
 - a) para la sentencia más reciente (2006) debe interpretarse en el sentido de «asuntos notoriamente del mandante»; mientras que
 - b) para la pronunciada en el año 2005 la interpretación más adecuada es «cosas de propiedad del mandante»
2. en relación con la responsabilidad del representante:
 - a) para la sentencia de 2006 el representante no responde frente al tercero; mientras que
 - b) para la sentencia de 2005 tanto el *dominus* como el representante responden frente al tercero.

[9] Con el fin de facilitar al lector el seguimiento de los comentarios que nos suscitan las dos sentencias (y especialmente la del año 2006), nos parece conveniente comenzar dando unas pinceladas que nos delimiten adecuadamente el supuesto de hecho que debe recibir la calificación de representación indirecta. En efecto, tal y como se tendrá ocasión de comprobar a lo largo del presente trabajo, el razonamiento jurídico que conduce al Alto Tribunal en la sentencia del año 2006 a condenar al *dominus* y a absolver al representante, no puede analizarse con profundidad si no se examina previamente el concepto de representación indirecta que maneja el TS.

⁵ En nuestra opinión y, siguiendo en este punto a LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho civil*, t. I, 1984, p. 340), esta cuestión no cambia la realidad del supuesto: un sujeto que obra por cuenta de otro, representado o *dominus*, pero en su propio nombre.

A) SUPUESTO DE HECHO: EL SIGNIFICADO DE «ACTUAR EN NOMBRE PROPIO»

[10] La representación indirecta se define habitualmente como aquella en la que el representante, si bien obra por cuenta del *dominus* lo hace en su propio nombre. Determinar el significado exacto de la expresión «actuar en nombre propio» constituye la clave para comprender, no sólo el supuesto de hecho calificable como de representación indirecta, sino también su propio régimen jurídico.

[11] Para responder a la cuestión planteada debemos primero detenernos en el significado de la expresión «actuar en nombre ajeno» o, lo que es lo mismo, de la *contemplatio domini*, característica esencial de la figura jurídica que se contrapone a la representación indirecta: la representación directa.

Son varias las interpretaciones que los autores han avanzado⁶. Uniéndonos a un importante sector doctrinal⁷, consideramos que para apreciar *contemplatio domini* es necesario un acuerdo de voluntades del tercero y del representante, plasmado en el negocio que ambos celebran, de que los efectos se produzcan inmediatamente en la esfera jurídica del representado. Es lo que Luis DÍEZ-PICAZO llama «acuerdo de heteroeficacia»⁸.

Se trata, de este modo, de advertir que los efectos no se van a producir en la esfera jurídica de uno de los autores materiales del negocio: el representante exhibe su poder ante el tercero presentándose como apoderado, de tal modo que es patente su intención de que los efectos jurídicos se producirán en el patrimonio del *dominus*. El representante actuaría en nombre ajeno al

⁶ Doy cuenta de ellas en FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, *op. cit.*, pp. 89 a 95.

⁷ CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho Civil*, 1996, p. 324, MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», en *Contratos de gestión*, 1995, p. 52.

Rafael NÚÑEZ LAGOS («Mandatario sin poder», en *RDP*, 1946, p. 614, nota 6 y «La ratificación», en *RDN*, 1956, p. 30) afirma que hay *contemplatio domini* cuando el tercero y el apoderado tengan conciencia de que el negocio es ajeno, pertenece a un determinado *dominus* y que los efectos del acto representativo afectarán exclusivamente a las esferas del *dominus* y del tercero excluyendo a la del apoderado. Manuel ALBALADEJO (*Compendio de Derecho Civil*, t. I, V. II, 1976, p. 264) se refiere a la actuación en nombre ajeno como aquella en la que el representante manifiesta que obra para otro y el tercero celebra el negocio con el representante considerándolo como representante. En su *Curso de Derecho civil español*, I (4.^a ed., 1987) afirma que la *contemplatio domini* supone que en el negocio el representante manifiesta que obra o recibe por otro, pero también que la otra parte que recibe con él el contrato obra o reciba a su vez considerándolo como representante; en síntesis, el autor lo considera una declaración, de los que lo celebran, de eficacia para el representado. También para Antonio GORDILLO [*La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, 1978, pp. 45 a 47] adquieren una gran importancia, tanto la voluntad del representante como la del tercero: el conocimiento de éste es trascendental en tanto en cuanto implica que es consciente que los efectos del negocio no van a recaer sobre el autor material del negocio, y en cuanto al representante, traslucen su voluntad representativa.

En la doctrina extranjera, cabe destacar a Francesco FERRARA (*Della simulazione nei negozi giuridici*, 1922, p. 217), quien toma en cuenta también la concorde voluntad de representante y tercero en que los efectos del contrato recaigan directamente en el patrimonio del representado.

⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis, «Notas sobre la actuación representativa», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Joaquín Garrigues*, II, 1971, p. 185, *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 40.

indicar al tercero que, a pesar de ser el autor material del acto, sus efectos han de producirse en la esfera jurídica de otra persona. Pero esta advertencia debe adquirir *virtualidad jurídica* con el fin de poder ser tenida en cuenta por el Ordenamiento. Para ello, es necesario, no sólo la voluntad del representante, sino también la del tercero y que dicho acuerdo de voluntades se plasme en el negocio.

[12] ¿Qué significa, pues, «obrar en nombre propio»? La respuesta se extrae a través de un razonamiento *a sensu contrario*: si obrar en nombre ajeno significa que el representante y el tercero acuerdan la heteroeficacia de los efectos del contrato, obrar en nombre propio implicará la ausencia de dicho acuerdo y, por tanto, que el sujeto obligado frente al tercero es el representante. Los autores observan que esto puede suceder también cuando el tercero conoce la función representativa del representante e incluso la identidad de la persona cuyo interés se gestiona, pero acuerda con el representante que los efectos se produzcan sólo entre ellos^{9, 10}.

[13] Aunque existe una tendencia a identificar la representación directa con la abierta y la indirecta con la oculta¹¹, lo que las diferencia no es el

⁹ Muy autorizada doctrina lo ha observado: DÍEZ-PICAZO, Luis, «Notas sobre la actuación representativa», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Joaquín Garrigues*, II, 1971, p. 186, *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 282; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil Parte General I*, V. III.^º, 1984, p. 339, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Mandatario que adquiere en nombre propio», en *Estudios jurídicos en homenaje a De Castro*, I., 1976, p. 780, GASPAR ALFARO, Javier, «La representación indirecta» en *Estudios de Derecho Privado*, t. I, dirigidos por MARTÍNEZ RÁDIO, 1962, pp. 307 y 323, RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, *Derecho Civil del negocio jurídico*, 1980, p. 465, nota 92.

¹⁰ A este propósito, afirma Juan Manuel BADENAS CARPIO (*Apoderamiento y representación voluntaria*, 1998, p. 270) que «en la representación indirecta [...] aunque el representante intervenga en el tráfico jurídico en nombre propio, a nadie se le esconde que su actuación es por cuenta de otra persona».

En esta misma línea, Antonio GULLÓN BALLESTEROS («Mandatario que adquiere en nombre propio», en *Estudios jurídicos en homenaje a Federico De Castro*, I, 1976, p. 780) observa que «el tercer contratante puede saber perfectamente quién está detrás del mandatario que obra en su propio nombre, pero no quiere ligarse más que con éste por diversos motivos: solvencia, personalidad, moral, etc. Imponerle siempre como contratante al mandante sería injusto y contrario a su voluntad».

Para José LEÓN ALONSO («Art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XXI, vol. 2.^º, p. 186) afirmar lo contrario significaría presumir la existencia de un «concierto estipulado entre las tres partes». Cabe destacar que dicho autor califica estos supuestos como fronterizos con los casos de simulación o interposición de persona (*op. cit.* p. 185).

José Luis LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil Parte General I*, V. III, 1974, p. 117. También en LACRUZ BERDEJO, José Luis/LUNA SERRANO, Agustín y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Elementos de Derecho Civil*, I. Parte General, V. III, 1984, p. 339, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General, V. III, nueva edición, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, 1999, 313 y 2.^a ed. 2000, p. 313) ha afirmado que cuando el mandatario obre en nombre propio contrata bajo su propia responsabilidad «[...] y ello aunque [los] terceros sepan que es un mandatario que cumple un encargo, e incluso el nombre de su cliente (mandante): en cualquier caso el que contrata y se vincula con ellos es el mandatario».

Ricardo RUIZ SERRAMALERA (*Derecho Civil del negocio jurídico*, 1980, p. 465, nota 92) observa que «el tercero puede haber contratado con el representante a la vista de su propio crédito; el representado puede resultar insolvente, etc.».

¹¹ Importando así la *doctrine of undisclosed agency* a nuestro Ordenamiento *vid. FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, op. cit.*, pp. 138 a 200.

conocimiento o desconocimiento por el tercero de la existencia del *dominus*, sino el acuerdo de heteroeficacia de los efectos del contrato, propio, únicamente, de la representación directa.

B) EFECTOS JURÍDICO OBLIGACIONALES

[14] Es sabido, y el propio TS lo apunta en las sentencias examinadas, que el único precepto con el que contamos en nuestro ordenamiento sobre los efectos de la representación indirecta es el artículo 1717 CC¹² que, además de no tener un antecedente claro en nuestro ordenamiento¹³ ha sido calificado de «parco» y «lacónico»¹⁴ y deja sin resolver múltiples cuestiones.

Parece claro que en el precepto se contempla una regla general y una excepción: la primera es la *denegatio actionis* entre *dominus* y tercero. De ella se exceptúa el caso de «cosas propias del mandante».

Como ya se ha apuntado en líneas anteriores, las sentencias analizadas examinan esta excepción, deteniéndose en dos puntos: 1) su ámbito objetivo de aplicación y 2) la situación del representante en estos casos y, en concreto, su responsabilidad frente al tercero.

1. «Cosas propias del mandante»: ámbito objetivo de aplicación

[15] La STS de 3 de enero de 2006 ofrece, en este punto, una interpretación bastante más amplia que la manejada por la de 22 de abril de 2005. En efecto, así como para esta última el artículo 1717 II CC se ciñe a casos de *contemplatio in re*, esto es, a cosas de propiedad del mandante, para aquélla la expresión del precepto «se ha de entender como asuntos o negocios», más allá de una acepción ceñida a la expresión «cosas» como «bienes tangibles».

Las sentencias analizadas constituyen, así, un ejemplo más de dos de las líneas jurisprudenciales marcadas por el Alto Tribunal en esta materia.

a) Asuntos del mandante

[16] Las SSTS de 17 de diciembre de 1959¹⁵ y 8 de junio de 1966¹⁶ son las principales exponentes de la corriente jurisprudencial en la que se integra la STS de 3 de enero de 2006¹⁷. A diferencia de lo que sucede en esta última, en aquellas el caso no se entendió incluido en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717 II CC.

¹² Al margen, naturalmente, de los artículos 246 y 287 CCO relativos al comisionista y al factor respectivamente. Sobre ellos, *vid. FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, op. cit.*, pp. 30, 31 y 291 a 294 y 303.

¹³ El origen se sitúa en el CC italiano de 1865 que, sin embargo, no contemplaba la excepción.

¹⁴ Luis DÍEZ-PICAZO lo ha calificado de «breve, lacónico [...] sumamente equívoco»: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978, p. 492.

¹⁵ RJ 1960, 1209.

¹⁶ RJ 1966, 4393.

¹⁷ También parte de la doctrina ha defendido esta interpretación (*vid. FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, op. cit.*, p. 274, nota 99).

En la STS de 8 de junio de 1966, el *dominus* reclamaba al tercero el importe del préstamo que, a través de diversos pagos, le había realizado. Los tribunales de instancia desestimaron la demanda. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el *dominus* al entender que el caso no cabía incluirlo en el supuesto de cosas propias del mandante. La razón estribaba en la inexistencia de notoriedad del carácter ajeno del asunto gestionado.

En la STS de 17 de diciembre de 1959, el representante, apoderado por sus hermanos, había contratado con el tercero el total avituallamiento de unos barcos propiedad de aquellos, sin manifestar el poder. El tercero, ignorante de la condición de apoderado de la otra parte, reclamó el importe del precio al representante, quien opuso falta de legitimación pasiva, debido a su condición de apoderado. El TS rechazó la excepción basándose en la ausencia de elementos suficientes para entender que existía notoriedad de las cosas del mandante. Nótese que el tercero demandó únicamente al representante, por lo que la apreciación de *contemplatio domini* tácita habría conducido a la insatisfacción de la pretensión del tercero. Cabe preguntarse si la solución habría sido la misma en caso de haber demandado el tercero también al representado, tal y como ha sucedido en la de 3 de enero de 2006 que, como se ha podido comprobar, absuelve al representante y condena al representado.

[17] Esta interpretación nos parece criticable por varias razones.

Nótese, ante todo, que extiende el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717 II CC de manera que convierte en regla lo que, según la ley, es sólo excepción. Ahora bien, si se observa el razonamiento jurídico seguido por las sentencias a las que nos acabamos de referir, podrá apreciarse fácilmente que esta amplia interpretación se modula con el dato del conocimiento por el tercero: en efecto, en ambos casos el Alto Tribunal exige que para el tercero resulte notorio el carácter ajeno del asunto gestionado por el representante de manera que pueda hablarse de *contemplatio domini* tácita.

Esta matización, que restringe el alcance de la interpretación sostenida por la dirección jurisprudencial ahora analizada, no parece conducir a resultados satisfactorios, ya que puede dar lugar a una idea, en nuestra opinión, equivocada sobre el supuesto de hecho de la representación indirecta.

En primer lugar por la propia idea de *contemplatio domini* de la que parte. Como ya hemos apuntado en líneas anteriores, ésta no se identifica con el mero conocimiento por el tercero del carácter ajeno del asunto gestionado, sino con la existencia de un acuerdo de heteroeficacia de los efectos. De modo que el mero hecho de que para el tercero sea notorio que se está gestionando un asunto ajeno, no implica automáticamente que haya *contemplatio domini* tácita.

Y, en segundo lugar, por incluir en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717 CC un caso que, por definición, este precepto no regula. En efecto, si consideramos que existe *contemplatio domini* tácita, entonces no cabe hablar de representación indirecta, por lo que no parece adecuado basar la resolución del litigio en el párrafo II del artículo 1717 CC, precepto referido única y exclusivamente a casos en los que el representante obra en nombre propio, sin *contemplatio domini*, ni expresa, ni tácita.

b) *Cosas de propiedad del mandante*

[18] En una primera aproximación, podría pensarse que la STS de 22 de abril de 2005 participa de aquella dirección jurisprudencial que ha venido entendiendo la excepción en el sentido de «cosas de propiedad del mandan-

te». Pero creemos poder afirmar que se trata sólo de una falsa primera impresión. Si analizamos las sentencias en las que el Alto Tribunal ha sostenido esta interpretación, nos daremos cuenta que se refieren a casos en los que el único legitimado para cumplir la obligación asumida por el representante frente al tercero es el *dominus*, casos, por tanto, en los que el representante ejecuta un acto de disposición por cuenta del *dominus* y en los que, de no otorgar acción, el negocio jurídico quedaría sin eficacia alguna pues el representante, al no poder disponer de lo que no tiene, no es el sujeto indicado para satisfacer la pretensión del tercero.

A título de ejemplo, en la STS de 10 de julio de 1946, el tercero, comprador, demandó a los *domini negotii* solicitando la elevación a escritura pública del contrato privado de compraventa celebrado con el representante, quien había actuado en nombre propio a pesar de estar apoderado. El objeto de la compraventa estaba constituido por un bien perteneciente a los *domini*. Tanto en primera instancia como en apelación se acoge la demanda. Los *domini* recurren en casación siendo desestimado el recurso. En su considerando 5 el Alto Tribunal expuso lo siguiente:

«[...] la excepción [...] implica una derogación de los efectos normales de aquel [mandato simple o representación indirecta] impuesta por la propia relación jurídica porque, en otro caso, al no quedar obligado el mandatario por lo mismo que nadie puede disponer de lo que no tiene, al no aceptarse la vinculación del mandante no tendría el negocio jurídico eficiencia alguna».

La justificación de la ruptura de la regla, se sitúa en que, en este tipo de casos, sólo con la colaboración del *dominus* podrá el representante cumplir con su obligación frente al tercero. Se trata de permitir el desbloqueo del contrato, provocado por el incumplimiento del *dominus* frente al representante. El titular del poder de disposición (el *dominus*), es el único que puede cumplir el contrato. Por esta razón, el tercero puede dirigir su acción directamente frente a él.

En nuestra opinión, esta interpretación, que limita el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717 II CC al mandato para enajenar y, en general, a actos de disposición, es la más acorde con el propio sentido de la representación indirecta.

En esta línea de pensamiento, se ha sostenido que la finalidad de la norma consiste en resolver cuestiones referentes a la falta de poder de disposición. De lo que se trata es de «[...] proteger el interés de los terceros que contratan con un mandatario que, aun obrando en nombre propio, actúa respecto de cosas de la propiedad del mandante puestas en el tráfico por aquel mas por encargo de éste»¹⁸.

¹⁸ HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, «Comentario del artículo 1717 CC», en *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II, 2.^a ed., 1993, p. 1544. LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, «La gestión típica derivada del mandato», en *RDP*, 1996, p. 557.

De protección del tercero también hablaba José M.^a MANRESA Y NAVARRO («Comentario del artículo 1717 CC», en *Comentarios al Código civil*, t. XI, 1905, p. 473, 5.^a ed., revisada por Francisco Téllez y Míguel, 1950, p. 495, 6.^a ed., revisada por José M.^a Bloch, 1972, p. 670) para quien la excepción establecida en el artículo 1717 II CC es «[...] digna de alabanza, porque de lo contrario quedarían completamente burlados los derechos del tercero, dándose lugar a grandes fraudes y abusos».

Además de la sentencia señalada, en esta línea se añaden las sentencias de 21 de abril de 1970¹⁹ y 28 de noviembre de 1973²⁰, que extienden la acción también a los casos en los que es el dominus quien interpone la acción frente al tercero²¹.

[19] La pregunta que inevitablemente se plantea es la siguiente: ¿responde el caso que resuelve la STS de 22 de abril de 2005 al fundamento de la excepción según la línea jurisprudencial en la que, aparentemente, parece incardinarse?

Para responder a esta cuestión debemos recordar brevemente cuál era el *petitum* de la demanda interpuesta por los compradores (terceros): se solicitaba la declaración de nulidad de una de las cláusulas de los contratos de compraventa en aplicación de la LGDCU y la consiguiente devolución de las cantidades. En nuestra opinión, no es éste un caso que quepa incluir en la excepción: la declaración de nulidad hubiera procedido aunque el representando no hubiera sido demandado. Y la devolución de las cantidades no es un acto que no pueda realizar el representante por sí solo.

[20] No queremos dejar de señalar que la línea jurisprudencial de la que participa la STS de 3 de enero de 2006 (asuntos propios) no excluye la otra interpretación (cosas de propiedad del mandante). En efecto, según las citadas SSTS de 17 de diciembre de 1959 y 8 de junio de 1966, en las que el Alto Tribunal defendió también la interpretación del precepto en el sentido de «notoriedad de las cosas propias del mandante», la aplicación a actos de disposición procedería cuando no haya sido notorio el carácter ajeno del asunto gestionado.

c) Apariencia de poder

[21] Finalmente, y con objeto de completar este panorama jurisprudencial, debe indicarse que existe una tercera corriente jurisprudencial según la cual el artículo 1717 II CC se refiere a casos de apariencia de poder.

Ahora bien, la apariencia de poder sólo puede apreciarse cuando ha habido actuación en nombre ajeno (sin poder) ya que la actuación en nombre propio excluye de por sí la existencia de circunstancias que puedan inducir al tercero a la convicción razonable de que el *dominus* ha apoderado efectivamente a la persona que actúa en su propio nombre.

[22] Pero quizás lo más conveniente para que pueda apreciarse nuestra crítica, sea dar muestra de una de las sentencias en las que el Alto Tribunal maneja esta interpretación, pues resulta de gran importancia tener en cuenta los antecedentes de hecho a los que se aplica, reiteramos erróneamente en nuestra opinión, el artículo 1717 II CC.

La primera de las sentencias en las que puede encontrarse esta interpretación es la STS de 1 de mayo de 1900²².

¹⁹ RJ 1970, 2026.

²⁰ RJ 1973, 4240.

²¹ Aunque en nuestra opinión, esta ampliación debería limitarse al caso en el que, interpuesta la acción por el tercero, el *dominus* reconviene. *Vid.* FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, *op. cit.*, p. 304.

²² Núm. 110/1900. Ponente: Excmo. Sr. D. José de Garnica.

El *dominus* había depositado en el Banco Hipotecario (tercero) unas cédulas hipotecarias de su propiedad, mediante su administrador, quien estaba apoderado para ello. Posteriormente, el apoderado retiró las cédulas hipotecarias, presentando al Banco el resguardo, en el que había suplantado la firma del *dominus*. Éste, inició causa criminal contra su administrador, que fue condenado por un delito de estafa.

El *dominus* demandó en un segundo proceso, del que trae origen la presente sentencia, al Banco Hipotecario. En la demanda solicitaba la devolución del capital representado por las cédulas hipotecarias, así como una indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia y en apelación el demandado fue condenado. El Banco Hipotecario recurrió en casación. El TS estimó el recurso.

Entre las razones que conducen al TS a desestimar la acción interpuesta por el *dominus* frente al tercero, interesa destacar la invocación del artículo 1717 CC afirmando que dicho precepto «define que, cuando se trata de cosas propias del mandante, el mandatario le obliga, aunque no ostente el carácter de tal mandatario y aparezca obrando en nombre propio» (Cdo. 2.^º).

Como ya hemos adelantado, la invocación del artículo 1717 CC no nos parece acertada. En el caso concreto, el representante no obró en nombre propio, sino en nombre ajeno. Se trata de un problema de apariencia de poder. El tercero (Banco Hipotecario) confió en que el representante (el administrador del *dominus*) estaba apoderado para retirar las cédulas hipotecarias. Como tal apoderado le conocía el Banco. Por eso, cuando el representante se presentó con los resguardos, aparentemente firmados por el propietario de los mismos, el Banco no dudó en entregarle las cédulas hipotecarias. Nótese que hubo una actuación en nombre ajeno sin poder. La confianza suscitada en el Banco por la anterior actuación del administrador como apoderado legítimo del *dominus*, es una confianza digna de protección.

El propio Tribunal afirma que el artículo 1717 CC se refiere a casos en los que el «mandatario no ostenta la cualidad de tal». Parece claro que en el caso concreto el administrador hizo, precisamente lo contrario: aparentar ser un mandatario con poder²³.

Además de la razón expuesta, hay otras que impiden hacer una valoración positiva de esta corriente jurisprudencial y que pueden apreciarse al hilo del análisis del resto de sentencias que defienden la interpretación que aquí criticamos²⁴.

2. «Cosas propias del mandante»: responsabilidad del mandatario

[23] En los dos litigios de los que traen origen las dos sentencias comentadas, el/los actor/es (tercero/s) demanda/n tanto al representado como al

²³ Esta sentencia sirvió a Ricardo OYUELOS (*Digesto*, 1932, p. 189) para afirmar que cuando se trata de cosas propias del mandante (art. 1717 II CC) aparece *ipso facto* el mandato, porque el mandatario no puede disponer o actuar con relación a ellas sino con tal calidad y tanto el mandante como el tercero no pueden menos de darse cuenta de que se trata de un acto de mandato.

²⁴ SSTS de 21 de marzo de 1995 ED 1995/994. Ponente: Excmo. José Almagro Nosete y 23 de octubre de 1990 RJA 1990/8040. Ponente: Excmo. Ramón López Vilas, *vid.* para ello FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, *op. cit.* pp. 275-283.

representante. En ambos casos, tal y como hemos visto, el Alto Tribunal considera que el supuesto se encuentra incluido en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717 II. Sin embargo, en la sentencia de 3 de enero de 2006 se absuelve al representante, mientras que en la de 22 de abril de 2005 se condena al representante (junto al *dominus*).

[24] Tal y como afirma el Alto Tribunal en ambas sentencias, el artículo 1717 II CC nada dice acerca de la responsabilidad del representante, dejando la puerta abierta, en principio, a las dos posibles interpretaciones. Pero ¿era necesario que el precepto se pronunciara sobre este extremo? La respuesta depende, probablemente, de la interpretación que se defienda.

Si se mantiene, tal y como hace la STS de 3 de enero de 2006, que en los supuestos incluidos en el artículo 1717 II CC se aplican las reglas de la representación directa, entonces parece claro que el representante desaparece de la escena jurídica.

Pero si se defiende la opinión contraria, esto es, la no aplicación de las reglas de la representación directa, la responsabilidad del representante no debería desaparecer en estos casos.

Nuestra inclinación por la segunda de las opciones apuntadas se fundamenta en la propia configuración del supuesto de hecho de la representación indirecta: en la representación directa, el representante no responde frente al tercero, como consecuencia de la *contemplatio domini*, pero en la indirecta, el representante se vincula contractualmente con el tercero, precisamente por la ausencia de un acuerdo de heteroeficacia. La vinculación entre el *dominus* y el tercero en determinados supuestos (los incluidos en el art. 1717 II CC) no influye en la configuración inicial de la situación jurídica: el haber obrado el representante en nombre propio, le confiere la condición de parte contractual respecto al tercero, comprometiendo su patrimonio²⁵.

Recordemos, a este propósito, las palabras del TS en la STS de 22 de abril de 2005:

«El criterio que parece más seguro es el de entender que el mandatario no queda desvinculado respecto de quienes celebraron el contrato. Se fundamenta en la manera de producirse exteriormente, la intervención del mandatario en ejercicio de su propia personalidad –autonomía– jurídica y la perspectiva de los que con él contrataron, lógicamente interesados en su solvencia o responsabilidad [...].»

²⁵ Las palabras de Alfonso HERNÁNDEZ MORENO («Comentario del art. 1717 CC», en *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II, 2.^a ed., 1993, pp. 1543 y 1544) son muy elocuentes, por lo que las reproducimos a continuación: «Como mínimo, por tanto, ha de partirse, sean cuales fueren la interpretación y las consecuencias consideradas por el precepto, de una cabal vinculación del mandatario frente al tercero con quien contrató». Y más adelante vuelve a insistir: «La verdad es, así pues, que en ningún caso cabe excluir la responsabilidad del mandatario que contrata en su propio nombre, tomando sobre sí la llevanza y las consecuencias de su actividad frente a los terceros, y comprometiendo su propio patrimonio».

Luis DÍEZ-PICAZO («Los efectos jurídicos de la actuación representativa», en *ADC*, 1978, p. 494) se pregunta «la existencia de obligación del mandante, ¿es por sí sola inexistencia de obligación del mandatario? Parece que por sí sola no».

IV) UNA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE LOS CASOS

[25] ¿Cómo se habrían resuelto estos dos litigios de haber aplicado las ideas que aquí se defienden?

[26] Comencemos por la STS de 3 de enero de 2006. Lo primero que debe apuntarse es nuestro acuerdo con el fallo. Es el razonamiento jurídico el que no compartimos.

Recordemos que el Alto Tribunal absuelve al representante apoyándose en que el «propio artículo 1717 CC contiene la excepción [...] que se ha de entender como asuntos o negocios, más allá de una acepción ceñida a la expresión “cosas” como bienes tangibles, de modo que se genera lo que la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala han señalado como *contemplatio domini* tácita, generándose un poder *ex facti circumstantiis sive ex re*».

El razonamiento del Alto Tribunal es, por tanto, el siguiente: 1) que es un caso de representación indirecta, pues el Sr. Darío (representante) obró en nombre propio; 2) que se encuentra incluido en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717 II CC, pues hubo *contemplatio domini* tácita; y 3) que, por tanto, se aplican las reglas de la representación directa, desapareciendo el representante de la escena jurídica.

La primera y la segunda afirmación son contradictorias entre sí ya que, como hemos señalado, si hay *contemplatio domini* no hay representación indirecta y, por tanto, no nos encontramos en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717 CC.

La pregunta que se plantea inevitablemente es la siguiente: ¿Hubo *contemplatio domini* tácita en el caso concreto? Nótese la importancia de la cuestión formulada: si la respuesta es negativa, entonces estamos ante un caso de representación indirecta que, además, no cabe incluir en la excepción a la *denegatio actionis* (conforme a la interpretación que nos parece más adecuada, ceñida a actos de disposición) ya que, lo que el tercero reclama es el pago del precio. Por tanto, el *dominus* debía haber sido absuelto y condenado el representante.

Sin embargo, en nuestra opinión, la respuesta a la cuestión planteada es afirmativa ya que en el caso concreto puede apreciarse *contemplatio domini* tácita. Y en seguida se verá por qué.

La determinación en la práctica de la existencia del acuerdo de heteroeficacia no es tarea fácil. En los documentos públicos y solemnes, donde las cosas son terminantes y donde la claridad constituye una de sus principales características, normalmente no hay lugar a dudas acerca de si ha existido o no actuación en nombre ajeno²⁶. Pero en el tráfico jurídico, es frecuente que el representante y el tercero no acuerden de manera expresa la heteroeficacia de los efectos del contrato. Para determinar si en este tipo de supuestos ha existido actuación en nombre ajeno, el Ordenamiento jurídico ofrece dos vías.

Por un lado, en algunos casos la ley típicamente ha establecido que existe *contemplatio domini*. El ejemplo más claro es el del factor notorio²⁷. En vir-

²⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 186.

²⁷ A él se refería ya Juan de HEVIA BOLAÑOS (*Curia Philipica. Laberinto del Comercio Terrestre y Naval*, 1790, Libro I, Cap. IV, núm. 1, p. 280). También lo destaca Aurelio MENÉNDEZ, «Auxiliares del empresario», en *RDM*, 1959, núm. 72, p. 289) a propósito del nombramiento del factor: «se puede nombrar por el señor expresamente por

tud del artículo 286 CCO, aunque el factor, que notoriamente pertenece a una empresa o sociedad conocidas, nada haya expresado al celebrar un contrato, se entenderá que lo ha hecho en nombre de su principal, siempre que el contrato recaiga «sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos»²⁸.

Por otro lado, donde falta la tipificación legal, es el Juez quien, a través de una labor interpretativa, puede establecer si, a partir de las circunstancias en que se celebró el contrato, se infiere una voluntad de obrar en nombre ajeno. Se trata de supuestos en los que la *contemplatio domini* es tácita, porque resulta de los hechos (*facta concludentia*), no de los dichos²⁹.

Pues bien, en la STS de 3 de enero de 2006 encontramos una labor interpretativa de la que se extrae la existencia de *contemplatio domini* tácita. De hecho, el TS pone de manifiesto dos datos fundamentales: 1) que en la parte expositiva del contrato se menciona al *dominus* poniendo de manifiesto que la Administración ha sacado a concurso la prestación de los servicios portuarios y se han adjudicado a *La Esponja del Teide, S. L.*; 2) que en la ejecución del contrato intervino el *dominus*, pues una parte del precio (un millón de pesetas) se paga a través de *La Esponja del Teide S. A.*, y algunos de los bienes vendidos son remitidos a la mencionada entidad.

Este razonamiento del TS sigue las pautas marcadas por la jurisprudencia para determinar si el carácter manifiestamente ajeno del interés refleja una actuación en nombre ajeno, un acuerdo de heteroeficacia. En efecto, conforme a la jurisprudencia, lo relevante no es el simple conocimiento del carácter ajeno del interés gestionado, sino que, en el momento de la celebración del

palabras, o ratificando por ellas lo que hiciere y tácitamente administrándolo con ciencia y paciencia del señor sin él contradecir [...]. Y esta ciencia y paciencia se prueba por la notoriedad, o fama pública, que en ella hay en el pueblo, sin poderse pretender ignorancia de ella [...].

²⁸ Literalmente, el artículo 286 CCO no habla de «actuación en nombre ajeno», ya que establece que los actos, a los que nos hemos referido, «se entenderán hechos *por cuenta* del propietario de dicha empresa o sociedad». Sin embargo, Aurelio MENÉNDEZ («Auxiliares del empresario», en *RDM*, 1959, núm. 72, p. 293, nota 29), seguido por la mayoría de la doctrina (Rojo, Ángel, «La representación en el Derecho Mercantil», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, 1999, p. 217, BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, V. I, 2002, edición a cargo de MARTÍNEZ SANZ, F., p. 114, BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, «Factor», en *Encyclopedie Jurídica Básica*, V. II, 1995, p. 3045) considera que cuando el factor es notorio y reúne las condiciones previstas en el artículo 286 CCO la responsabilidad siempre recae sobre el empresario, porque se trata de un supuesto de representación directa en la que la *contemplatio domini* en vez de ser expresa es *ex facti circumstantiis*. De este modo, la presunción del artículo 286 CCO no se limitaría a la actuación por cuenta del principal, sino también en su nombre. En este sentido, afirma Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ («Factor», en *Encyclopedie Jurídica Básica*, V. II, 1995, p. 3045.): «Literalmente, la presunción parece limitarse a la actuación por cuenta del principal (y no también en su nombre), de modo que resultaría aplicable la regla de la representación indirecta, con la consecuencia de que la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor y contra el principal (art. 287 CCO). Sin embargo, el sentido del precepto es el de descargar (únicamente) sobre el principal los efectos de los contratos celebrados por el factor notorio, porque se trata, en realidad, de un supuesto de representación directa: la *contemplatio domini* no existe sólo cuando expresamente se indique que se actúa en nombre del representado, sino también en el caso en el que el representante, aun sin expresarlo, actúa notoriamente como tal (*contemplatio domini presunta*)».

²⁹ CASTRO, Federico de, *El negocio jurídico*, 1971, p. 67.

contrato, el tercero pueda razonablemente creer (y con esa creencia contrate) que la voluntad del representante, aunque no la manifieste expresamente, es dirigir los efectos inmediatamente al *dominus* y no vincularse personalmente. El *nacimiento de esta creencia* es lo que marca la *línea divisoria* entre los *casos en los que el carácter manifiestamente ajeno del asunto refleja una actuación en nombre ajeno de aquellos en los que, a pesar de ser conocida la actuación por cuenta ajena, el representante obra en nombre propio.*

Y precisamente las circunstancias que indican la existencia de *contemplatio domini tácita* son la interpretación de los términos del contrato, que conduzca a entender vinculado al *dominus*, y la participación del *dominus* en su ejecución.

En síntesis, al igual que el TS, consideramos que en este caso concreto sólo el *dominus* responde, pero la razón estriba en que es un caso de representación directa en el que la *contemplatio domini* es tácita: la aplicación de sus reglas conducen a la desaparición del representante de la escena jurídica. Por el contrario, el Alto Tribunal, al calificar el caso de representación indirecta, se ha visto obligado a justificar la absolución del representante en una interpretación errónea del artículo 1717 II CC.

[27] Por lo que se refiere a la STS de 22 de abril de 2005, debe destacarse que rompe la regla de la *denegatio actionis* entre tercero y *dominus* en un caso en el que no entra en juego la excepción que, aun referida en nuestra opinión a cosas de propiedad del mandante, no debe ser de inmediata aplicación por el mero hecho de que el objeto del contrato esté constituido por pisos de propiedad del *dominus*. Hay que remitirse al fundamento de la excepción (protección del tercero, quien, de no poder interponer la acción frente al *dominus* no podría ver su pretensión satisfecha en ningún caso) y si éste no cabe apreciarlo en el caso concreto, la excepción no operará.

Dado el *petitum* de la demanda (declaración de nulidad y consecuente devolución de cantidades) consideramos que el único que debía haber sido condenado es el representante, en aplicación del artículo 1717 I CC.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carlos LÉRIDA NAVARRO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, África VICIANA GARCÍA

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. Doctrina que prohíbe ir contra los propios actos. Procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 de la LH.–El actor realiza un acto propio (disposición de fondos con anterioridad a la inscripción registral) del que se olvida, le es permitido por el acreedor hipotecario, y luego aquél reprocha a éste lo que hizo a su orden, vulnerando la doctrina que prohíbe ir contra los propios actos. (**STS de 21 de marzo de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.–La cuestión central que originó el pleito fue la solicitud de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria del

(antiguo) artículo 131 LH, instado por una entidad bancaria, al considerar el titular de los bienes objeto de ejecución lo siguiente: 1.º) que el ejecutante no presentó documento oficial que permitiese la determinación del tipo de interés aplicable; 2.º) que la deuda reclamada no era líquida; y 3.º) que el banco dispuso de fondos integrantes de la obligación garantizada a favor del deudor antes de la inscripción de la escritura de hipoteca, cuando del contrato de crédito formalizado se deducía que el prestatario acreditado sólo podría disponer de los fondos objeto del mismo desde la inscripción de la mencionada escritura.

Quedó demostrado que la Ley Hipotecaria no exigía ningún documento oficial, que el saldo estaba acreditado mediante certificación de la entidad acreedora intervenido por fedatario público y que el actor dispuso de fondos con anterioridad a la inscripción registral.

La petición de nulidad no prospera ni en primera, ni en segunda instancia. —Tampoco el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

2. La potestad de organización de las asociaciones se extiende a la regulación de las causas y procedimiento de expulsión de los socios: límites del control jurisdiccional relativo a la expulsión de un socio.—En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 22.1.º CE sobre el derecho de asociación en relación con el artículo 4.6, puntos 22 y 3, de la Ley 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones del País Vasco.

Se señala que ya la Ley preconstitucional de Asociaciones, de 24 de diciembre de 1964, establecía que el régimen de dichas entidades se determinaría por sus propios estatutos y por los acuerdos válidamente adoptados por sus órganos directivos. A su vez, la Ley de Asociaciones del País Vasco previene que las mismas, en cuanto a su régimen interno, se regirán por dicha norma y por sus respectivos estatutos, en cuanto no estén en contradicción de la ley, así como por los acuerdos válidamente adoptados por sus órganos de gobierno, siempre que no sean contrarios a la ley o a sus estatutos.

Se añade que en el caso que nos ocupa, los órganos de la recurrente han acordado democráticamente la expulsión del actor, habiéndose ajustado a las normas de procedimiento, según se reconoce en la sentencia impugnada, pese a lo cual, la Audiencia Provincial ha desatendido la doctrina del Tribunal Constitucional respecto al alcance de la potestad de organización que comprende el derecho de asociación, pues ha entrado a valorar la conducta del socio, prescindiendo del juicio que sobre la misma han realizado los órganos sociales competentes.

Para decidir acerca del acogimiento de la tesis de la recurrente ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional, en sus SS de 22 de noviembre de 1988 y de 21 de marzo de 1994, ha declarado que la mencionada potestad de organización de las personas jurídicas de tipo asociativo no capitalista se extiende a regular las causas y procedimiento de expulsión de los socios, pudiendo establecer en sus estatutos —que quienes ingresan en una asociación conocen y aceptan en bloque— como causa de expulsión una conducta que la propia entidad considera que lesiona los intereses sociales.

Añade el Alto Tribunal que cuanto antecede no significa que la actividad de las asociaciones se halle exenta de control jurisdiccional, pero que éste no

alcanza a valorar la conducta del socio cuya expulsión se ha decretado, debiendo limitarse a la comprobación de la existencia de una base razonable para la adopción de dicha decisión.

Aplicada al supuesto que nos ocupa, dicha doctrina (que ha sido recordada recientemente por la S de esta Sala de 5 de julio de 2004), nos encontramos con que el Tribunal de apelación, tras manifestar que no eran procedentes las objeciones formales del demandante y declarar probada la certeza de los tres cargos al mismo imputados, emitió un juicio de valor acerca del adecuado encuadre de los mismos en el elenco de faltas sociales que contiene el artículo 16 de los estatutos, que le llevó a rechazar la calificación de la Asamblea General de que los hechos constituyan faltas muy graves, con olvido de que, como se señala por la recurrente, en dichos estatutos se considera igualmente falta muy grave la acumulación de dos o más faltas graves en un período no superior a doce meses.

En consecuencia, ha de entenderse que en la sentencia recurrida se ha rebasado el alcance del control jurisdiccional sobre la potestad de organización de la asociación demandada, lo que comporta el acogimiento del motivo estudiado y hace innecesario entrar en la consideración de los dos restantes. (**STS de 31 marzo de 2005; ha lugar.**)

HECHOS.—Don Alejandro L. de L. formuló dos demandas de impugnación de acuerdos sociales contra la *Asociación Universitaria Altube*. La primera tenía como objeto el de la Junta Rectora de la Asociación que le imponía la sanción de expulsión; la segunda, el de la Asamblea General de la entidad ratificando el acuerdo de la Junta Rectora. Acumulados ambos procesos, el Juzgado de instancia desestimó la pretensión del actor. La Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación que éste interpuso y, con estimación de la demanda, declaró la nulidad del acuerdo de la Junta Rectora. La *Asociación Universitaria Altube* interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar. (*R. G. S.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

3. Diferencias entre tanteo y retracto. Juego del tanteo y retracto convencionales.—En los motivos tercero del recurso de doña M.^a del C. C. C., cuarto del *Balneario Prats Hidroterapia, S. A.* y cuarto y quinto del *Balneario Prats, S. A.* y don R. Q. T., se plantea la cuestión que constituyó el núcleo del conflicto en las instancias.

En dichos motivos denuncian los respectivos recurrentes la infracción de la jurisprudencia contraria a admitir que el tanteo convencional se convierta en retracto si el vendedor vende a tercero sin notificar al titular de la preferencia de su propósito de hacerlo, así como la del artículo 1257 CC, que sanciona la eficacia relativa de los contratos.

Como se indicó al principio, la sentencia recurrida calificó el derecho de adquisición preferente de que era titular derivativa *Malavella, S. A.* como tanteo convencional, pero admitió que lo ejerciera como retracto, después de la venta a tercero de *Balneario Prats*. La razón de tal decisión es doble, según resulta de la lectura de la sentencia: el tanteo y el retracto son dos facetas de un mismo derecho de adquisición preferente; era oponible al comprador el

contrato de 21 de noviembre de 1975, a causa de haber tenido conocimiento de su existencia antes de comprar.

Los motivos deben ser estimados y, con ellos, los recursos de casación.

La afirmación de que tanteo y retracto son dos modalidades de un mismo derecho de adquisición preferente no constituye más que una verdad relativa, ya que, precisamente, al operar uno antes de la venta y el otro después de ella, el que en el segundo haya siempre terceros directamente afectados en sus derechos dota a ambos de sustantividad jurídica, por más que pertenezcan al mismo género.

Esa sustantividad explica que cuando tienen origen legal unas veces consisten sólo en el retracto (arts. 1522 y 1523 CC) y otras en el retracto previo tanteo, ya sea cumulativamente (arts. 1636 a 1638 CC), ya sólo para el caso de que la notificación precisa para el tanteo hubiera faltado (arts. 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y 88 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos).

Tratándose de derechos de adquisición preferente de origen convencional, cual es el caso, es la voluntad de los constituyentes la determinante del alcance de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1255 CC. Precisamente, esta relación entre el contenido del derecho y la potestad normativa creadora de quienes lo crean trasladaría la cuestión litigiosa a la interpretación de la voluntad común de los contratantes de 21 de noviembre de 1975, que, como se dijo antes, corresponde a la soberanía de los Tribunales de instancia. Pero es lo cierto que la sentencia de apelación, al calificar el tanteo nacido de ese contrato como derecho de adquisición preferente de naturaleza personal, no real, ha dejado indirectamente resuelto el tema hermenéutico y, directamente, el de la calificación.

Hay que concluir, por tanto, que el derecho de que se trata sólo se podía ejercitar *inter partes* y no frente a terceros, para quienes era *res inter alios*. Con otras palabras, *Malavella, S. A.*, adquirió derivativamente un derecho de crédito contra doña M. C. C. por virtud del que podía exigirle, como deudora, que le prefiriera en la posición de adquirente en caso de tener la intención de enajenar el *Balneario Prats* y que, para posibilitar su preferencia, le notificara oportunamente el propósito de enajenar.

Como derecho de crédito que es, el tanteo convencional no produce efectos *erga omnes*, de modo que, en caso de incumplimiento de la obligación correlativa (es decir, de omitir la deudora la notificación y celebrar la venta sin respetar la preferencia), la acreedora podía exigir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, pero no convertirse en compradora sustituyendo al tercer adquirente (recuerda la S de 3 de marzo de 1995 que el derecho real, para ser tal, ha de estar constituido por una serie de características como la inmediatiedad física o jurídica, publicidad, seguridad jurídica, etc., que lo proyecten al campo del tráfico jurídico con una serie de garantías frente al tercero que le permitan esa eficacia *erga omnes* que no se comprendería sin aquéllas y que está paladina y taxativamente recogida para el retracto legal en el artículo 37.3.º LH).

Es cierto que la doctrina y la jurisprudencia, sin negar la eficacia meramente relativa del contrato, admiten su oponibilidad a terceros, cuando éstos han conocido su contenido o debido conocerlo de obrar diligentemente, y que han protegido en cierta medida al titular de la preferencia frente al tercer adquirente (al respecto, SS de 24 de octubre de 1990 y 25 de abril de 1992).

Además, la categoría del contrato en daño del tercero (vinculado a una de las partes por una relación jurídica que resulta lesionada con él) se señala

como una excepción al principio general de eficacia relativa de los contratos (arts. 1257 CC), para legitimar al perjudicado por el que celebraron otros, en orden a impugnar la adquisición infractora de su preferencia (art. 1275 CC).

Sin embargo, una cosa es que el contrato que dio vida a la preferencia sea oponible al tercero que lo conoce, otra que el contrato de compraventa se pueda calificar como dañoso para el titular del tanteo (y, por lo tanto, ser impugnado) y otra distinta que el adquirente deba soportar en su esfera jurídica la eficacia directa del primer contrato o, con otras palabras, la preferencia adquisitiva de *Malavella, S. A.* cual si se tratara de un derecho real y no meramente de crédito.

Y ha de recordarse que en la demanda se ejercitó una acción de retracto y no de impugnación de la venta o indemnización de daños. (**STS de 16 diciembre de 2004; ha lugar.**)

HECHOS.—Con fecha 21 de noviembre de 1975, doña M. C., don J. S. y doña M. S. —proprietarios del manantial «La Mina»— celebran un contrato por el que se obligan a suministrar al *Balneario Prats* —propiedad de doña M. C.— la cantidad de 36.000 litros diarios de agua. Pactaron también que en caso de que la dueña del balneario —a la sazón doña M. C.— tratara de venderlo, debería comunicar previamente su propósito a los restantes copropietarios del manantial a fin de que éstos, conjunta o individualmente, pudieran adquirirlo. Asimismo, sometieron el suministro de agua a la condición de que la propiedad del balneario estuviese en manos de doña M. C. o de sus descendientes. El mismo día, los copropietarios mencionados arrendaron a *Malavella S. L.* (después *Malavella, S. A.*) el manantial y, en concordancia con el otro contrato de idéntica fecha, la arrendataria se obligó a no consumir los 36.000 litros diarios de agua que debían ser suministrados al *Balneario Prats*. En 1979, la arrendataria *Malavella* amplió capital emitiendo acciones que fueron suscritas por los tres propietarios del manantial. Éstos aportaron como contravalor la propiedad del manantial «con todos los derechos inherentes», de modo que *Malavella* pasó de simple arrendataria a ser la propietaria del manantial «La Mina». En 1987, la propietaria del *Balneario Prats*, doña C. C. —hija de doña M. C.— que lo tenía arrendado a don R. Q., lo vende a una sociedad constituida por el arrendatario y su hermana (*Balneario Prats, S. A.*). *Malavella* ejercitó judicialmente «su» —ésta es precisamente la cuestión— derecho de retracto sobre el balneario. Subsidiariamente, y por estimar cumplida la condición resolutoria a que se había sometido el contrato de suministro, solicitó al Juzgado declarase la resolución de su obligación. Las sentencias de primera y segunda instancia estimaron la acción de retracto sin pronunciarse sobre la resolución de la obligación de suministro. La sentencia de apelación, concretamente, estimó la pretensión principal de la retrayente pero no por el precio pactado entre vendedora y comprador sino por el superior de mercado. Interponen recurso de casación los demandados en la instancia y el Tribunal Supremo lo acoge, casando la sentencia y estimando parcialmente la demanda al declarar que *Malavella* podía poner fin al suministro de agua. (*R. G. S.*)

4. Reconocimiento de deuda. Doctrina jurisprudencial sobre su naturaleza y significado. Valor probatorio.—El documento de que se trata, de ser válido (que no lo es), se presenta al pleito como un documento de «reconocimiento de deuda», y con valor exclusivamente probatorio respecto al precio del contrato que se discute. Esta institución está escasamente regulada en el Derecho común español, pero ha sido suficientemente explicada por la doctrina científica y recogida en la jurisprudencia. La corriente jurisprudencial de esta Sala entronca este «reconocimiento», con valor jurídico, en el artículo 1277 CC, como «presunción de la existencia de causa» en el contrato, aunque no se fije expresamente en él (SSTS de 30 de mayo de 1992, 27 de julio de 1994, 28 de noviembre de 1998 y 23 de diciembre de 1999), aparte de existir otros criterios doctrinales que, más tímidamente, lo entroncan con el llamado, en su caso, «contrato reproductivo», o con el de «fijación jurídica», conforme al artículo 1224 CC, por su relación con lo acordado en otro contrato anterior, si se le da carácter contractual, como sumo (SSTS de 6 de junio de 1969, para el primer caso, y 19 de noviembre de 1974, 23 de junio de 1983 y 30 de abril de 1999, para el segundo). Pero, en definitiva, la jurisprudencia le da el valor de documento de prueba, como «medio idóneo mediante el que se patentice y advere la existencia efectiva de una deuda pendiente» (SSTS de 30 de mayo de 1992, 30 de septiembre de 1993 y 24 de junio de 2004). Diciéndose además en dichas sentencias que «los estados negociales de reconocimiento de deuda, son válidos y lícitos, tanto en su aspecto de facilitar a la otra parte un medio de prueba, como a dar por existente una situación de débito contra el que la reconoce, quedando vinculado a la misma, que alcanza efectos constitutivos, si se expresa su causa justificativa».

Congruencia de la sentencia. No se infringe cuando se reconduce el debate a la prueba de los hechos discutidos.—Toda la relación de hechos que las partes admiten va dirigida al pago efectivo de los servicios prestados por el demandante. Éste es el objeto del proceso, y a la consecución del pago del precio del arrendamiento de servicios existente va dirigido el mismo. Lo que ocurre es que la actora cree reforzada su postura sobre la percepción de un precio elevado por sus gestiones y trabajo, con la presentación de la demanda de un documento en el que se supone pactado el precio correspondiente, y como ese documento es declarado nulo, hay que revivir el contrato en el que el mismo se ha insertado, y decidir el precio que corresponde pagar, pues en caso contrario se estaría defendiendo un irresponsable enriquecimiento sin causa para la demandada arrendadora, y esto no es justo ni legal.

Valoración de la prueba. La nulidad del documento base no implica la del contrato de donde procede.—La nulidad del documento de «reconocimiento» no arrastra la del contrato del que el mismo debía proceder, por lo que a éste, al sustancial, no le afecta la falta de consentimiento de los artículos 1261 ss. CC, predicada y resuelta del documento probatorio. Por lo tanto, probada la inexistencia o nulidad del documento de «reconocimiento de la deuda» y decidido así judicialmente, es totalmente adecuado a Derecho reconducir el caso planteado al inicio de dicho planteamiento, y exigir la prueba del precio del contrato de arrendamiento de servicios a la parte que reclama, al no estar el mismo pactado ni reconocido, lo que no supone ni «invasión» ni «exceso» alguno sobre los hechos y sobre el tema planteado por las partes. (**STS de 31 de marzo de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante J. P. G. reclama 8.240.000 pesetas a los demandados, la entidad *J. M., S. C. L.* y sus socios, como importe de sus honorarios por la intervención como profesional en la venta del local comercial de la mercantil demandada, entendiendo que le correspondía un 10 por ciento del precio de la venta, para acreditar lo cual aportaba un documento de reconocimiento de deuda firmado por los administradores de la demandada. Por su parte, los reclamados de pago, si bien reconocían la intervención del actor en la operación, negaban la autenticidad del documento de reconocimiento de deuda, aduciendo su elaboración con dolo o con maquinaciones insidiosas, o bien con abuso de firma en blanco, entendiendo que, como máximo, sus honorarios no pasarían de 3.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia reconoció la validez del documento discutido y estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga, sin embargo, valoró las distintas pruebas aportadas y llegó a la conclusión de que el documento en cuestión era nulo por falta de consentimiento de los firmantes, o por haberse empleado medios insidiosos por el demandante para que lo firmasen los demandados. No obstante ello, consideró igualmente probada la relación contractual de arrendamiento de servicios entre las partes litigantes y, tomando en consideración el informe pericial presentado, estimó que los honorarios a satisfacer al actor ascendían a 7.146.700 pesetas. La demandada presenta recurso de casación al entender que, habiendo sido declarado nulo el documento de reconocimiento de deuda en el que basa la reclamación, no debió la Audiencia condenar a algo no pedido por el demandante. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

5. Incumplimiento esencial: resolución.—El Tribunal Supremo manifiesta que la reducción voluntaria de la cabida de la cosa vendida por el vendedor da lugar a la aplicación del artículo 1124 CC al encontrarnos con un incumplimiento esencial del contrato que da lugar a la resolución. (**STS de 19 de enero de 2005; no ha lugar.**)

HECHOS.—Don L. F. C, don A. P. F., don J. M. B. M., don M. A. L., don R. G. B., don J. M. V. M. y don C. J. C. C. interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra *Certosur, S. A.*, solicitando se declarasen resueltos los contratos de compraventa que unían a los demandantes con la citada mercantil por incumplimiento de contrato al haber entregado unos inmuebles con menor cabida de la contratada, con reducción de la calidad de los materiales empleados y en el caso de don C. J. C. C. por entregarle su vivienda con un retraso de un mes y siete días. *Certosur, S. A.*, reconviene.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta salvo los pedimentos formulados por don C. J. C. C., siendo estimada la reconvenCIÓN formulada por *Certosur, S. A.*, en lo que a él respecta.

Don C. J. C. C. y *C. S. A.*, interponen recurso de apelación. El recurso de don C. J. C. C. queda desierto y el recurso de la entidad

mercantil es desestimado en su totalidad siendo confirmada íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Certosur, S. A., interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (A. V. G.)

6. Contrato de cesión de parcela e instalaciones anexas para el cultivo del tabaco concertado entre un Ayuntamiento y un particular: naturaleza civil. Competencia de la jurisdicción civil.—Ha de indicarse que la cuestión que se plantea en el motivo quedó resuelta por esta Sala en la S de 21 de diciembre de 2004, en un litigio en que también era actor el Ayuntamiento aquí demandante. En ella declaramos que la relación litigiosa (idéntica a la que vinculaba a las partes de este proceso) había nacido de un contrato celebrado por la Administración, pero de carácter privado, razón por la que las controversias nacidas de él correspondía resolverlas a los Tribunales del orden judicial civil.

Hay que añadir, con la S de 28 de abril de 2003, que cuando se ejercitan acciones de naturaleza exclusivamente civil derivadas de un contrato de la referida clase, no obstante estar el mismo sometido, en ciertos aspectos, a normas administrativas, y mientras no se trate de declarar la validez o nulidad de un acto administrativo (materia que es de la competencia de las autoridades administrativa y, judicialmente, de los órganos del orden contencioso-administrativo), el conocimiento del litigio compete a los Tribunales del orden civil.

Sólo tienen que acompañarse necesariamente con la demanda y la contestación, los documentos que sirven de fundamento al derecho objeto de la tutela judicial, pudiendo incorporarse los restantes en el período de prueba.—Como puso de manifiesto la S de 14 de junio de 2004, en la interpretación de los artículos 504 y 506 LEC 1881, los documentos que a la demanda y contestación han de acompañarse no son todos los que el litigante tenga a su disposición, sino sólo los que sirvan de fundamento al derecho objeto de la tutela judicial. Razón por la que procede distinguir los documentos fundamentales de aquellos otros que no resultan básicos en principio, aunque lo sean después ante la necesidad de integrar el proceso probatorio y de combatir las alegaciones del contrario, dado que la incorporación de éstos en período de prueba es plenamente válida y eficaz.

Condena a entregar una cuota de cultivo de tabaco a determinar en la fase de ejecución de sentencia.—La sentencia recurrida, al decidir el conflicto contractual *inter partes*, declaró probado que el ahora recurrente, al no entregar a nombre de Ayuntamiento de Aldeanueva de la Vera, sino también en el suyo propio, toda la producción de tabaco obtenida de la finca cedida, había incumplido una de las obligaciones esenciales del contrato y determinado una reducción de la cuota a la que, con arreglo a las normas que se dice en el motivo infringidas (las cuales, como se ha dicho, tomaban en consideración las entregas producidas en las campañas anteriores), tenía derecho la cedente, y condenó al infractor, que se había beneficiado en la misma medida, a entregar a la entidad actora la cuota individual de cultivo de tabaco que le había sido reconocida a causa de tal infracción, tanto para la campaña correspondiente al año 1993, como para las sucesivas que se derivasen de ella.

Y, como dicha cuota no había quedado cuantitativamente determinada en la fase procesal de cognición, dejó la liquidación a la de ejecución, conforme

a las bases resultantes de la superficie de la finca y de la producción en los años anteriores a considerar.

Aplicación jurisprudencial del principio *in illiquidis non fit mora*.—La jurisprudencia, aunque haya atenuado el rigor del principio *in illiquidis non fit mora*, como recuerda la S de 15 de junio de 2004 y, en particular, la de 20 de mayo de 2004 (que cita las de 11 de noviembre de 1993, 29 de noviembre de 1999 y 6 de octubre de 2000), sigue negando la existencia de mora cuando la deuda se ha de determinar todavía y el deudor desconoce razonablemente, hasta ese momento de la liquidación, cuál es la cantidad debida. (**STS de 22 de marzo de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Aldeanueva de la Vera demandó a un particular, que era cesionario de una parcela propiedad del demandante y cedida para el cultivo de tabaco. El actor solicitaba la declaración de resolución del contrato de cesión, el abono de ciertas cantidades y de la indemnización por los daños y perjuicios originados por el incumplimiento de obligaciones esenciales del cesionario. El demandado excepcionó la incompetencia del orden jurisdiccional civil y, subsidiariamente, de entrar a examinar el fondo del asunto, solicitó la desestimación de la demanda. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda considerando que el demandado había incumplido el contrato y condenándole a pagar los cánones establecidos en el contrato de cesión y desestimando la demanda del resto de las pretensiones deducidas de adverso. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el del Ayuntamiento de Aldeanueva de la Vera, condenando al demandado a abonar al actor, además de lo establecido en la primera instancia, la cuota individual de cultivo de tabaco que le fue reconocida por el MAPA para el año 1993 y para las sucesivas campañas, así como la indemnización por los daños y perjuicios. Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, dejando sin efecto la indemnización establecida por infringir el principio *in illiquidis non fit mora*. (L. F. R. S.)

7. Intereses moratorios: *in illiquidis non fit mora*.—Aun cuando es cierto que el motivo carece de consistencia cuando afirma que la actora nunca ha solicitado la condena al pago de intereses moratorios, porque sí los pidió, dado que es idónea al efecto la simple mención de intereses legales, sin embargo tiene razón cuando alega que no debió condenarse al pago de los mismos porque «la cantidad porque se condena no era líquida sino que ha sido establecida y fijada en la propia sentencia». Ello es así porque se reclamó la suma de 11.700.799 pesetas y se condenó al pago de la cantidad de 8.500.000 pesetas, y porque para la fijación de esta cantidad fue decisiva la valoración pericial, y si bien la doctrina de esta Sala viene atenuando la rigurosidad del principio *in illiquidis non fit mora*, tal y como razona el escrito de impugnación, admitiendo la condena al pago de intereses en el caso de que la cantidad concedida sea inferior a la reclamada, sin embargo tal apreciación sólo es posible cuando la diferencia no sea sustancial, y obviamente se da esta circunstancia en una rebaja de más de dos millones de

pesetas de una reclamación que no llega a doce. (**STS de 31 marzo de 2005;** ha lugar.)

HECHOS.—Por *Vise Canarias, S. A.*, se dedujo demanda contra *Canary Lift, S. L.*, don E. C. y doña R. C., en la que se solicitaba se declarase que la actora y la persona jurídica demandada habían suscrito un contrato de ejecución de obra por un precio alzado de 21.000.000 de pesetas. La obra ejecutada —por las variaciones y aumentos introducidos— ascendió a más de veinticuatro millones y medio de pesetas quedando pendiente de pago la suma de casi doce millones de pesetas, a cuyo pago además de a los intereses legales, pidió se condenase a los codemandados. El Juzgado desestimó la demanda pero la Audiencia, acogiendo parcialmente el recurso de apelación de *Vise Canarias, S. A.*, condenó a *Canary Lift, S. L.*, al abono a la primera de 8.500.000 pesetas más los intereses de esa cantidad al tipo legal desde el 22 de julio de 1996 hasta la fecha de su resolución, incrementándolo en dos puntos desde esta misma fecha hasta su total pago. El recurso de casación de *Canary Lift, S. L.*, se apoya en cuatro motivos —tres de ellos de carácter procesal—, siendo el relativo a los intereses moratorios el único relevante desde el punto de vista del derechos sustantivo. El Tribunal Supremo lo acoge y casa parcialmente la sentencia de la Audiencia. (R. G. S.)

8. Responsabilidad por los daños morales derivados de incumplimiento contractual.—Antes de entrar en el análisis pormenorizado del recurso de casación procede que se exponga la posición de esta Sala en este tema, expresión del incumplimiento de contrato que da lugar a responsabilidad (art. 1101 CC) que será responsabilidad por equivalencia, es decir, indemnización (art. 1107 CC) que se concreta en el daño moral que ha sufrido el demandante y recurrente en casación. En esta cuestión, débese partir de que se reitera la doctrina que se vertió en la S de 17 de febrero de 2005 que trataba de un caso semejante, aunque no idéntico: coincide el hecho, es distinto el daño y la pretensión indemnizatoria, menor, fue acogida íntegramente.

Tal como se ha apuntado, no se plantea duda alguna del incumplimiento contractual por el *Banco de Santander Central Hispano* a cuya calificación se aquietó al no haber recurrido en casación. En el contrato de cambio, esta entidad bancaria, mediando el cobro del precio o comisión entregó apariencia de dólares, es decir, unos dólares falsos: incumplimiento claro de su obligación de entrega de la moneda a que se obligaba.

En cuyo incumplimiento se da la culpa, cuya concurrencia se presume en todo caso de incumplimiento, presunción de culpa que se deduce de los dispuesto en el artículo 1183 CC y que en el caso presente se desprende de la actuación de una entidad bancaria con alto prestigio y reputación y extraordinaria solidez económica, que carece de los medios mínimos para comprobar la autenticidad o falsedad de unos billetes de indiscutible difusión en todo el ámbito mundial. Tal como dice la sentencia recurrida, descartando el dolo —que ni siquiera se ha planteado— «por más que las entidades de crédito no tengan obligación legal o administrativa de comprobar la autenticidad de todos y cada uno de los billetes extranjeros que expenden, por lo que su con-

ducta debía encuadrarse en el ámbito de la culpa, pues el cumplimiento del contrato de cambio le exigía la entrega de billetes auténticos, de cuya autenticidad debía cerciorarse por cualesquiera sistemas a su alcance».

Tal incumplimiento da lugar a responsabilidad, tal como dispone el artículo 1101 CC, que no podrá ser el cumplimiento forzoso en forma específica, *in natura*, sino por equivalencia, *id quod interest*, es decir, indemnización de daños y perjuicios, como contempla el artículo 1107 CC, que comprende los daños morales.

La cuestión del daño moral es el extremo esencial del presente recurso de casación. Afecta a intereses espirituales del ser humano y se concreta a la perturbación en el ámbito personal del sujeto, aunque no incida en intereses económicos. Éste es el daño objeto de la acción ejercitada.

[...] Se debe estimar este motivo por entender que se ha infringido el artículo 1107 CC al haber «prescindido respecto a la culpa del banco, de su eventual gravedad a la hora de fijar su consecuencia jurídica: la extensión de los daños indemnizables», según palabras literales del motivo de casación, aunque lo relaciona demasiado con la culpa y la buena fe. En todo caso, se estima infringida tal norma al haber prescindido, la sentencia recurrida, del daño moral a la hora de fijar la consecuencia jurídica del incumplimiento contractual por culpa.

Efectivamente, la sentencia de la Audiencia Provincial objeto del presente recurso declara que «el único perjuicio indemnizable sería el cúmulo de molestias...» y hace caso omiso de los daños morales que se derivan de esas molestias que se declaran probadas.

El recurrente en casación, pues, en este motivo, no se opone a la cuantificación del daño, *quantum* indemnizatorio no revisable en principio en casación, sino a los parámetros jurídicos que le han llevado a ella, que, como se ha dicho, consisten en fijar una cantidad mínima, adecuada a las «molestias» sin apreciar el daño moral que esta Sala, siguiendo una antigua y reiterada jurisprudencia, admite.

[...] De lo expuesto hasta ahora es claro que esta Sala estima la demanda. Parte del incumplimiento contractual y la responsabilidad que se deriva (art. 1101 CC) que comprende la indemnización por los daños morales. El concepto de daño moral ha sido ya desarrollado en líneas anteriores; su indemnizabilidad es una «cuestión agotada y resuelta en sentido afirmativo» (según frase de la doctrina) y admitida jurisprudencialmente, desde la S de diciembre de 1912 que introdujo por primera vez la indemnización del daño moral; su apreciación y cuantificación se ha dicho que puede ser arbitaria, pero también se puede afirmar que toda indemnización –salvo casos muy concretados– puede serlo y, desde luego, la dificultad en la determinación no debe influir en la prosperabilidad de una reclamación justa.

Así, en el presente caso –reiterando la doctrina de la S antes citada de 17 de febrero de 2005– se ha producido un atentado al sagrado derecho a la libertad personal en la detención, conducción y retención en dependencias policiales; al inalienable derecho a la dignidad, en la presentación de los agentes e interrogatorio público y en la difusión de ello en la población de su residencia; al esencial derecho a la seguridad jurídica, en la situación de verse inmersos en una cuestión que en principio parecía delictiva, en país y legislación extrañas; al intransferible derecho al libre desarrollo de la personalidad, por haberse truncado física y emocionalmente una relación sentimental. En definitiva, esta Sala debe determinar discrecional, que no arbitrariamente la cuantía de la indemnización y, a la vista de la reclamación

principal y de los atentados expuestos, se fija prudencialmente (ya que no puede hacerse matemáticamente) en 360.000 euros. (**STS de 28 marzo de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—Don R. celebró con el *Banco de Santander* un contrato de cambio por el que adquirió 600 dólares pues viajaba a los Estados Unidos. Allí convivió con una chica americana y ambos intentaron abrir una cuenta corriente en un banco de la ciudad en que residían. Entregaron los billetes adquiridos por don R. en España y, resultando éstos falsos, fueron detenidos, interrogados, registrados y «fichados» por la policía americana. Al mostrar el ciudadano español el resguardo de la adquisición de los dólares en la entidad mencionada quedó en libertad. Pero el suceso deterioró la relación sentimental que poco tiempo después, con el regreso a España del comprador de los dólares falsos, quedó definitivamente rota. Don R. demandó al *Santander* por incumplimiento de contrato y le reclamó una indemnización de 150.000.000 de pesetas. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al banco al abono de 5.000.000 del total de lo solicitado. Interpusieron recurso de apelación demandante y demandado y la Audiencia estimó parcialmente el del *Banco de Santander* con la consecuencia de reducir a 650.000 pesetas la cantidad a indemnizar. Recurre en casación don R. fundamentando su postura en que al valorar los daños susceptibles de indemnización no se han tenido en cuenta los daños morales sufridos como consecuencia de lo ocurrido. El Tribunal Supremo acoge su tesis y, estimando parcialmente la demanda que interpuso en su día, condena al *Banco de Santander* a satisfacerle la cantidad de 360.000 euros. (R. G. S.)

9. Responsabilidad civil del abogado: daño moral. Cuantía.—Esta Sala tiene declarado que los artículos 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía imponen al abogado una actuación con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia, dados los cánones profesionales recogidos en el Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su proceder (STS de 4 de febrero de 1992); en este caso, en atención a la relación contractual de servicios entre abogado y cliente, el daño moral del actor deriva de la clara insatisfacción producida por la negligente inactividad del Letrado en la defensa de los intereses que le fueron encarnados, que ha frustrado los derechos de defensa de aquél en el proceso, en su contra deducido sobre resolución de contrato de arrendamientos rústicos, así como provocado la pérdida de las correspondientes expectativas procesales, por lo que esta Sala, tras ponderar los datos demostrativos obrantes en las actuaciones acuerda señalar la cantidad de 12.020,24 euros como la correspondiente a la indemnización por daño moral. (**STS de 28 de abril de 2005**; ha lugar.)

NOTA.—Sobre las dificultades de cuantificar este daño moral (tema diverso al de cuantificar la pérdida de una oportunidad procesal), pueden verse las razonables consideraciones que hace M.^a Car-

men Crespo Mora, en su excelente Tesis doctoral sobre *La responsabilidad del Abogado en el Derecho civil* (Madrid 2005), p. 406. En el presente caso, la Audiencia Provincial rebajó la cuantía de la indemnización a poco más de medio millón de las antiguas pesetas, pero la Sala Primera (Pte.: García Varela), además de condenar a la devolución de la provisión (540,91 euros), cifra en 12.020,24 euros la cuantía por el daño moral, sin mayor argumentación. (G. G. C.)

10. Acción rescisoria por fraude de acreedores. La falta de consulta por parte del tercero del Registro de embarcaciones no destruye la presunción de buena fe.—Según reiterada jurisprudencia, el éxito de la acción rescisoria exige, entre otros requisitos, la concurrencia de que los bienes perseguidos no hayan pasado a tercero de buena fe (SSTS de 17 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1989, 27 de febrero de 1992 y 27 de mayo y 26 de noviembre de 1992) (SSTS de 28 de noviembre de 1994). En igual sentido la SSTS de 24 de diciembre de 1996. No tendrá, por ello, lugar la rescisión —dice la jurisprudencia— cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, y es claro que la concurrencia de mala fe no puede predicarse del señor M., comprador, por no consultar el Registro de embarcaciones, en cuanto con la entrega del barco recibe su documentación, y dada la inoperancia de ese Registro a los efectos civiles, sin perjuicio de los reglamentarios pertinentes (SSTS de 5 de mayo de 1983). (**STS de 18 de abril de 2005;** ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad de crédito interpuso demanda ejercitando la acción rescisoria de la aportación de bienes inmuebles a una entidad mercantil por fraude de acreedores, solicitando la cancelación de los asientos registrales derivados de dicho negocio. Los bienes objeto del contrato de compraventa habían sido enajenados a un tercero por la entidad mercantil propietaria. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró rescindidas las aportaciones no dinerarias a la entidad mercantil citada. Interpuesto el recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo al considerar que no se había demostrado la mala fe del subadquirente de los bienes. (*L. F. R. S.*)

11. Rescisión por fraude de acreedores: obligada restitución de los frutos e intereses, aunque no se hubiera solicitado expresamente en la demanda.—La cuestión a decidir se presenta clara en cuanto que aquí se decretó la rescisión de la relación contractual discutida y se cuestiona si ha de prolongarse a la restitución de los frutos e intereses no suplicados expresamente. El artículo 1295 CC resulta bien expresivo ya que dispone que la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. El precepto es imperativo y su aplicación, como declara la S de 11 de noviembre de 1993, es consecuencia obligada de la declaración rescisoria.

Basta con que los bienes del deudor sean insuficientes para satisfacer los derechos de los acreedores o que el reintegro se presente sumamente difícil.—La jurisprudencia de esta Sala más reciente ha declarado que no

es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes de la deudora con resultado infructuoso, ni obtener en juicio previo la declaración de insolvencia, como tampoco se hace necesario concurrir situación de insolvencia total, pues basta que los bienes disponibles no sean suficientes para satisfacer los derechos de los acreedores por haberse disminuido la posibilidad económica efectiva o haberse ocasionado una notable minoración patrimonial –debe entenderse voluntariamente provocada– que impida al acreedor percibir sus derechos y lo mismo cuando el reintegro se presenta sumamente dificultoso (S de 30 de enero de 2004, que cita las de 31 de octubre de 1994, 5 de noviembre de 1995, 31 de diciembre de 1996, 17 de julio de 2000, 20 de febrero, 29 de marzo, 11 de abril, 9 de mayo, 19 de junio y 19 de septiembre de 2001 y 2 de abril, 27 y 28 de junio, 7 de julio, 23 de septiembre y 12 de diciembre de 2002).

Procedencia de la acción rescisoria cuando las deudas fiscales existían con anterioridad al acto rescindible, aunque no se hubieran levantado todavía las actas correspondientes.—Se trata de impuestos a favor de la Hacienda Pública, devengados en anualidades anteriores a la venta llevada a cabo, aunque careciesen de cuantificación definitiva e inmediata exigibilidad, por lo que para calificar la condición fraudulenta del contrato de enajenación basta con someter el conjunto de los hechos probados del artículo 1297 CC para comprender la aplicabilidad de la presunción que contiene. A su vez la S de 11 de octubre de 2001, que cita las de 14 de junio de 1958, 18 de mayo de 1988, 11 de noviembre de 1993 y 26 de junio de 1994, viene a decir sustancialmente que la preexistencia del crédito opera en tesis general y debe prevalecer con intensidad probatoria cuando la intención defraudatoria resulta suficientemente demostrada, sobre todo cuando se presenta segura y próxima la ejecución posterior en forma de exigibilidad inevitable, debiendo también atenerse a que se trate de impuestos devengados anteriores y deudas precedentes al acto rescindible y las actas levantadas sólo actúan a efectos fiscales de cuantificar el importe del débito, debiendo atenderse a que la obligación ya se había instaurado y resultaba determinada.

Demostración de la mala fe del adquirente, sociedad mercantil controlada por administradores afines e interesados en relación a la entidad transmitente.—El Tribunal de Apelación aplicó la doctrina de adentrarse en el interior de la mercantil *Ceralco, S. A.*, para alcanzar la conclusión de que el fraude lo realizaron los socios de la mercantil deudora tributaria utilizando como pantalla una sociedad inactiva como lo era *Ceralco, S. A.*, que se valió de sus aportaciones y estaba controlada por administradores afines e interesados, no tratándose de intervención de tercero adquirente de buena fe.

La fecha de presentación de la demanda es la que se tiene en cuenta para computar el plazo de caducidad, no la fecha en que se subsanaron los defectos de la demanda.—Por lo general las demandas civiles habían de ser siempre admitidas, a tenor del artículo 525 LEC 1881 y cuando, como aquí ocurre, que lo que se suspende es su curso por defecto subsanable, esto no quiere decir que se hubiera decretado efectiva inadmisión o rechazo *a limine*, por lo que la fecha de su presentación se mantiene efectiva a todos sus efectos. (**STS de 21 de enero de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—En nombre de la Hacienda Pública, el Abogado del Estado interpuso acción rescisoria por fraude de acreedores respecto de la compraventa de una finca y la hipoteca unilateral constituida por la entidad adquirente. El Juez de Primera Instancia estimó

íntegramente la demanda. Interpuestos los recursos de apelación y casación, fueron desestimados. (*L. F. R. S.*)

12. Contrato de factoring. El consentimiento del factor no puede entenderse referido a la cesión de cada crédito en particular, sino al negocio marco.—Debe decaer el motivo primero del recurso que se articula como de infracción por la Audiencia en su sentencia del artículo 1262 CC, que regula con carácter general el consentimiento en los contratos, pues es una regla común respecto a los mismos, que afectará, en su caso, al negocio marco, pero no a las cesiones particularizadas que se hacen o se vayan realizando, para las que existe un pacto expreso, que es el que se trata de determinar si se ha cumplido o no, y que la Sala «*a quo*» ha interpretado en relación a los hechos que la misma constata como probados, y que no se han impugnado expresamente.

La interpretación de los términos del contrato de factoring por parte de la Audiencia no es ilógica, irracional, ni arbitraria.—El motivo segundo incurre en el mismo defecto procesal que el anterior, pues se funda en la pretendida infracción de otra norma general de la contratación, como es la del artículo 1281.1.^º CC, determinante de la interpretación de los contratos, cuando sus términos son claros, y que afecta a la «toma de razón», por el factor, de los créditos cedidos, y la Audiencia la considera como de «llegada a conocimiento», para éste, del envío de las mismas, y que ésta se produce con la recepción del «fax», interpretación que no es ilógica, irracional o arbitraría, sino correcta, por lo que hay que respetar en este recurso lo hecho al respecto por el Tribunal *a quo*.

La confesión perjudica a su autor siempre y cuando éste apruebe o acepte hechos personales suyos y no ajenos y personales de la parte contraria que solicita la prueba cuyo resultado, además, no puede dividirse.—Frente a tal pretensión, que se rechaza expresamente, se debe decir, para así hacerlo, lo siguiente: 1.^º que la confesión hace prueba contra su autor, en cuanto éste apruebe o acepte hechos personales suyos (art. 587 LEC, ap. 1.^º, y 1231.2.^º CC), y la respuesta que aquí se indica se refiere a hechos ajenos al mismo, y precisamente siendo personales de la parte contraria, es decir, de la que pide la confesión, y, además, la misma no puede dividirse contra el que la hace (art. 1233 CC), y en el presente caso no puede evadirse la segunda parte de la respuesta, antes recogida, en la que se alega que fue la otra parte la que no quiso hacer la «toma de razón» sobre la que se le pregunta, con lo que carece de fuerza probatoria, como admitida, tal respuesta, en cuanto se hace recaer ese hecho en la decisión unilateral de la otra parte, y además no se dice por el confesante que esta actitud ajena sea razonable, pues agrega que tal postura era contraria a la que era habitual en ella; y 2.^º, precisamente, la expresión «toma de razón» es sobre la que gira la discusión procesal, y no tiene un sentido unívoco, sino más bien confuso, y pertenece al uso mercantil de las entidades bancarias o financieras, y esa posible confusión sobre la misma, hace que sea inútil un reconocimiento respecto a ella, con los efectos de poder la misma suponer el cierre de una aceptación (anotación) conformadora de un consentimiento contractual (respecto a las cesiones en sí, comprendidas dentro de un contrato marco, o más amplio), tal como se pretende.

La cláusula que da lugar al conflicto, y que permite discutir en qué momento se produce por parte del factor la «toma de razón» del crédito

cedido, es oscura, lo que debe perjudicar al contratante que la redactó, sin que quepa interpretarla de un modo que deje a su arbitrio el cumplimiento del contrato.—No obstante el rechazo de todos los motivos del recurso, el tema tratado merece un más amplio y detallado examen, dadas las connotaciones que en el caso se han dado, y para razonar un más completo rechazo de las pretensiones al efecto de la parte demandada, y dejar así totalmente «cerrada» la presente discusión, deben anotarse los siguientes razonamientos:

a) Existe una cláusula, la 6.^a del anexo contractual que se discute, en la que se contiene la forma en que el factor debe de rechazar, desclasificándolo, su obligación de responder de la insolvencia de un cliente, cesionario de los créditos existentes contra él, que le son remitidos, y que el factor asume, y consiste en la notificación al cedente de ese rechazo a mantener la clasificación, pues mientras esta noticia no llegue a dicho cedente, tales créditos, enviados por éste, y que por ese aumento o excesividad de la insolvencia, que ya el factor no asume, suponen un aumento del riesgo, que es expresamente autorizado en el contrato.

b) Las comunicaciones entre las partes, factor y cedente, son objeto de un ordenamiento, o costumbre particular de su respectiva actuación al efecto, entre ellos, y para el cedente consisten, primero, en el envío de un «fax», en el que se relacionan los créditos o facturaciones en que consiste la cesión, segundo, en el envío a su vez, en forma material, de dichas facturaciones originales al Director de la O. P. del Banco BBV en Córdoba, con la precisión de que su envío, desde Priego de Córdoba a la capital, normalmente se hacía por medio de un taxista (lo que supone un cierto distanciamiento temporal, entre un acto y otro, dependiente muchas veces de la distancia a recorrer y de las dificultades circulatorias, lo que no puede suponer un riesgo a asumir sólo por uno de los contratantes), y un tercer movimiento, que es la «anotación» o «rastro de cuenta» por el factor en sus libros o documentación correspondiente, y su comunicado al cedente, punto en el que el recurrente pretende amparar la exigencia de una «autorización» por su parte, que cerraría el círculo de cada cesión, con lo que el cumplimiento del contrato quedaría a su exclusivo arbitrio en cada momento, lo que por ello no cabe aceptar (art. 1256 CC) y ha quedado debidamente rechazado en la discusión del proceso, pues no cabe entenderla como incluida en la cláusula de que se trata (por ello se ha rechazado el motivo 1.^º, ya que no cabe operar, en cada cesión, como ya se ha dicho, la existencia de un contrato u obligación, con conjunción de consentimiento, pues ésta se da ya en el contrato marco, y a ella hay que estar).

c) Limitada, pues, la discusión sobre si la «toma de razón» por el factor de cada cesión individualizada se debe de situar en el envío y recepción del «fax» detallado o en la recepción material de las facturaciones, con ese lapso de tiempo entre los dos actos, que puede variar, dependiendo ello de circunstancias ajenas a los contratantes, hay que razonar sobre el fundamento último de cada uno de estos actos, no pudiendo evitarse que el envío del «fax» circunstanciado es una verdadera notificación para el factor (o el delegado o autorizado para recibirlo), pero que si a ella le sigue la recepción de los originales (deben obrar en poder del factor para poder actuar legalmente frente al obligado cedido, en su caso), esta recepción no puede tener otro valor que el de la ratificación del «fax», pues los efectos pendientes deben ser computados desde la recepción de aquél.

d) La «toma de razón» de la cláusula 6.^a no puede tener el valor, como se ha dicho, de una «anotación», para «dejar rastro» en los libros o documentación del factor, pues ello iría contra lo dispuesto en el artículo 1256 CC, ya que sólo debe de significar «toma de conocimiento», y ésta se lleva a cabo con la recepción de la comunicación («fax»), aunque sus efectos queden suspendidos a expensas de la recepción material de las facturaciones, con la que se ratifica la comunicación inicial, pero principalmente sólo se obtiene la documentación oficial para poderse operar frente a terceros responsables por el factor, pues en ello consiste el *«factoring»* en esta modalidad.

e) La operatividad de la recepción del «fax» en estos casos viene motivada, no sólo por la necesidad de la prontitud o rapidez de las operaciones mercantiles en cada momento, sino también por la reciprocidad que debe darse a la respectiva validez de los actos de ambas partes, pues si el factor exige que su comunicación por «fax» al cedente sobre la desclasificación del cliente, como en este caso ocurrió, es válida desde su recepción, no pueden negarse el mismo valor a las notificaciones al factor por el cedente, hechas por ese medio.

f) Los «vacíos» que, en cualquier forma, ofrece la regulación contractual, suponen unos riesgos para cada una de las partes, pues si el cedente, en la cesión, puede actuar conociendo antes que el factor el aumento del riesgo de insolvencia en el cedido (lo que, en su caso, es asumido en la cláusula 6.^a por el factor), la parte cedida, conociendo la cesión, pero disponiendo de un lapso de tiempo para conocer aquel dato hasta la entrega material de las facturaciones (lo que no ocurriría para cedentes de la misma capital, en este caso Córdoba), el factor siempre dispondría de la posibilidad del «rechazo» o «desclasificación», trasladándose al contrato un dato importante de incertidumbre, que iría en contra de su mayor efectividad («reciprocidad de intereses», art. 1289, ap. 1.^º, inciso 2.^º, CC, en relación con el art. 1284 del mismo cuerpo legal), por lo que, en todo caso, la oscuridad de las cláusulas actuará en contra del que las redactó (art. 1288 CC).

g) En suma, de la debatida cláusula 6.^a del contrato celebrado entre los litigantes, en conjunción con el modo en que se desenvolvieron sus relaciones negociales, se desprende que, una vez clasificado un deudor por el factor dentro de unos límites determinados, el ejercicio por el factor de su facultad de modificar o retirar la clasificación de ese mismo deudor tenía que haber sido anterior, y no posterior, al conocimiento o «toma de razón» de la relación de facturas de tal deudor que se le remitió por fax, máxime cuando ningún dato autoriza a imaginar que la parte demandante gozase de alguna situación de ventaja sobre el factor demandado en orden al conocimiento o posibilidades de conocer la crisis económica del concreto deudor de que se trata. (**STS de 8 de marzo de 2005; no ha lugar.**)

HECHOS.—Las partes litigantes habían celebrado un contrato de *factoring* en cuya virtud el factor asumía en un determinado porcentaje el riesgo manante de las cesiones de crédito que le hacía su contraparte en el contrato. Éste fue modificado para añadirle una cláusula en cuya virtud el factor se reservaba la posibilidad de desclasificar a los clientes cedidos, eximiéndose de responsabilidad con respecto a los créditos pendientes contra éstos que se le remitieran en fecha anterior o posterior a la desclasificación. Así las cosas, la entidad bancaria que actúa como factor procede a desclasificar como cliente a una empresa que acababa de presentar

suspensión de pagos, con el fin de eludir la responsabilidad por el crédito que contra ella le había remitido poco antes la sociedad contratante del *factoring*. La discusión jurídica se centra en si la cesión es anterior o posterior a la desclasificación, lo que, a fin de cuentas, debe determinar el alcance de la responsabilidad del factor. El Juzgado de Primera Instancia acogió sólo parcialmente la demanda de la sociedad cedente del crédito, decisión que fue revocada por la Audiencia Provincial, que estimó íntegramente tal demanda. Sustanciado el recurso de casación, el Alto Tribunal declara no haber lugar al mismo, si bien con el voto particular de uno de los Magistrados integrantes de la Sala. (*M. C. B.*)

13. Resolución de la compraventa. Artículo 1504 CC.—El Tribunal Supremo señala que es necesario la existencia de un incumplimiento de la obligación principal por parte del comprador para que el vendedor pueda ejercitar la facultad resolutoria que le otorga el artículo 1504 CC, junto con que el vendedor comunique al comprador su voluntad resolutoria por medio de requerimiento judicial o notarial. Este requerimiento efectuado por el vendedor no tiene como finalidad el requerimiento del pago sino la resolución del contrato. Por ello, manifiesta el Tribunal Supremo, los requerimientos que contienen una intimidación al cumplimiento del contrato o pago del precio no pueden ser tenidos en cuenta para evitar la aplicación material del artículo 1504 CC, si bien la voluntad resolutoria puede estar condicionada al pago en un plazo breve. (**STS de 2 de febrero de 2005; ha lugar.**)

HECHOS.—Don A. P. M., comprador de unas fincas, interpone demanda contra don F. B. G., vendedor de las mismas, suplicando al Juzgado que éste eleve a escritura pública el contrato privado de compraventa suscrito por ambos. Don F. B. G. contesta oponiéndose a su pretensión.

El Juzgado de Primera Instancia condena a don F. B. G. a que otorgue escritura pública del contrato de compraventa.

Don F. B. G. interpone recurso de apelación que es admitido. La Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y resuelve el contrato privado de compraventa existente entre las partes al considerar que existe un incumplimiento esencial a cargo del demandante comprador.

Don A. P. M. recurre en casación. El Tribunal Supremo estima el recurso casando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y confirmando íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*A. V. G.*)

14. Incumplimiento de contrato de permuta de cosa futura: sociedad de responsabilidad limitada que contrata antes de su constitución e inscripción. Ratificación tácita del contrato. Revocación por la otra parte contratante.—El recurso de casación interpuesto por el demandado en la instancia, don A. G. P. contiene dos motivos, ambos formulados al amparo del núm. 4.^º del artículo 1692 LEC y basados en la misma argumentación; estiman infringido el artículo 1259, párrafo segundo, CC que dispone: «El

contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte».

Se alega, en relación con dicha norma, que esta parte –transmitente en la permuta– revocó su declaración contractual respecto al contrato litigioso de 1 de agosto de 1988 antes de que la otra parte –sociedad de responsabilidad limitada demandante– hubiera ratificado la declaración que había emitido una persona física sin poder de representación y sin ser órgano de tal persona jurídica, ya que ésta no se hallaba todavía constituida.

Este razonamiento, en abstracto, es de una fuerza indiscutible, pero no se puede aceptar en este caso concreto por dos razones [...].

La primera de las razones que hacen rechazable la argumentación y el motivo, es que se produjo la ratificación del contrato celebrado sin poder, ratificación tácita por una larga serie de actuaciones que realizó la sociedad de responsabilidad limitada, que constan acreditadas; ratificación tácita que, en aplicación de esta norma, ha admitido la jurisprudencia; así, SS entre otras anteriores, de 13 de mayo de 1991, 5 de noviembre de 1993 y 26 de octubre de 1999, la cual, esta última, dice, respecto a la ratificación tácita, «la expresión más elemental de ésta es el aprovechamiento de los efectos de lo convenido en el contrato» y esto es lo acaecido en el presente caso.

La segunda de las razones se halla en la aplicación preferente del artículo 6 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, antes transcrita, frente al artículo 1259 CC. En las sociedades, más que de representadas procede hablar de órganos y más que de ratificación de los actos de quienes han actuado como órgano, sin serlo (porque todavía no existe la persona jurídica) de aceptación por la sociedad; la norma transcrita declara la validez subordinada a la inscripción y a la aceptación en un plazo, lo cual no significa *a sensu contrario* que si no se hace en tal plazo sea inválido, sino que impone una responsabilidad a los gestores, sin perjuicio de la validez si se produce, en la fecha que sea, la inscripción y la aceptación, que es verdadera ratificación.

Lucro cesante. Concepto, prueba y doctrina jurisprudencial.—La doctrina jurisprudencial sobre el lucro cesante no tanto mantiene un criterio restrictivo, sino más bien exige –como todo hecho base de la aplicación de una norma– la prueba del mismo, excluyendo los «sueños de fortuna». Tal como dicen las SS de 5 de noviembre de 1998, 2 de marzo de 2001 y 28 de octubre de 2004, recogiendo la doctrina jurisprudencial; «El lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, S de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, SS de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha descartado la prudencia rigorista (así, S de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así, S de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro

cesante- y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, SS de 8 de julio de 1996 y 21 de octubre de 1996)».

Lo cual coincide, en sentido idéntico, con la doctrina que plasman las SS de 15 de julio de 1998 y 29 de diciembre de 2000.

Esta es la cuestión en el presente caso. No se ha probado el lucro cesante. Por más que en el largo desarrollo del motivo único del recurso se intenta convencer de la existencia del mismo, no hay más hecho probado que el que declara la sentencia de instancia y ésta, expresamente, dedica un largo fundamento (el tercero) explicando los motivos («especiales circunstancias» los llama) «que impiden la fijación de una cantidad determinada» en concepto de lucro cesante. Es decir, declara no acreditado el soporte fáctico preciso para acceder a la pretensión de indemnización en concepto de lucro cesante. (**STS de 4 de febrero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. G., celebró un contrato complejo —esencialmente, una permute futura— por el que ponía a disposición de *Asal 88, S. L.*, unas fincas de su propiedad para que la entidad realizará determinadas construcciones a cambio de unos apartamentos y locales. El contrato se celebró antes de que la sociedad quedara formalmente constituida e inscrita en el Registro mercantil. Despues, la secuencia de lo ocurrido es como sigue: *Asal 88, S. L.* realiza diversas actuaciones en ejecución de lo acordado. Don A. G. dirige a la sociedad un requerimiento por el que, sin decir cuáles, le comunica la existencia de «vicios insubsanables» y se considera «desligado» del contrato dándolo por «inexistente». La Junta General de la sociedad acepta expresamente el contrato. Don A. G. vende a un tercero las mismas fincas. *Asal 88, S. L.*, finalmente, demanda a don A. G. y reclama al Juzgado declare la obligación de éste de cumplir lo acordado. Subsidiariamente, pide la resolución del contrato junto con la condena de don A. G. a indemnizar el daño emergente y el lucro cesante. Las sentencias de instancia acceden a lo solicitado en la petición subsidiaria, si bien eliminan de la condena la correspondiente al lucro cesante. Recurren en casación el demandado —por la condena— y la demandante —por la eliminación del lucro cesante—. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de los recursos. (*R. G. S.*)

15. Obligaciones del arrendatario: deber de devolución de la cosa. Es obligación del arrendador asumir la devaluación natural del bien arrendado.—En relación a los derechos y obligaciones que corresponden a las partes en el mantenimiento y conservación del objeto arrendado, se deduce que es correcta la respuesta que se da al tema debatido (cuantificación del valor a resarcir, dentro de la responsabilidad civil que corresponde al arrendatario y lo que sería asumible por el propio arrendador) por el Tribunal de instancia, en aplicación del artículo 1561 CC, ya que en el deber de devolución de la cosa, al finalizar el arriendo, corresponde al arrendador asumir la devaluación del valor de la finca por el transcurso del tiempo de duración del contrato y por el uso al que su objeto fue destinado (causa inevitable, entre otras). (**STS de 2 de febrero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Las hijas del propietario fallecido, que había arrendado a la Dirección General de la Guardia Civil una casa con otros edificios anexos, demandan tras la finalización del contrato —cincuenta años después de su celebración— al Ministerio del Interior y a la Dirección General de la Guardia Civil en razón del extraordinario deterioro de los inmuebles al tiempo de su devolución. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia —después confirmada por la Audiencia— rebajó sensiblemente la indemnización solicitada. El recurso de casación interpuesto por las actoras no fue acogido. (R. G. S.)

16. Denegación de prórroga de arrendamiento rústico por querer actuar el propietario como cultivador directo de la finca arrendada.—El motivo prevalece, porque con independencia de que quiera cuestionar la veracidad de los eventos o circunstancias atribuidos al actor, lo cierto es que para la tutela demandada le basta con asumir formalmente el compromiso de llevanza de la finca arrendada como tal cultivador directo, sin que pueda adelantarse, como hace la recurrida, a que ese compromiso —auténtica obligación de futuro— pueda luego no cumplirse por las citadas cualidades personales del actor, ya que la propia Ley arbitra un remedio para esa hipótesis de eventual infracción de lo antes prometido, siendo aplicable la recta doctrina de, entre otras, la S de 19 de febrero de 1998, que expresa en su FJ 2.^º: «...al estar tal finca encuadrada en su conjunto en el ámbito de la ley arrendaticia, le es de corriente aplicación la disposición contenida en el artículo 26 de tal norma legal. Si el arrendador hizo uso del derecho denegatorio que le concede tal artículo y este uso está revestido de todas las formalidades legales exigidas, resulta indudable la extinción del arrendamiento. El compromiso que al dueño-arrendador le exige la Ley, es una obligación de futuro, que no puede discutirse en este procedimiento, y que en el supuesto de un posible incumplimiento posterior, tendría la sanción que para ese caso señala el artículo 27.2.^º. Por eso entendemos que esa aclaración que en la sentencia recurrida se hace respecto a la posible conducta futura del arrendador en relación con el uso de los pactos, resulta totalmente superflua e incluso perturbadora... Lo que puede ocurrir en un futuro, cuando la arrendadora recupere la posesión efectiva de sus propiedades, no es objeto de este procedimiento, ni cabe hacer juicio sobre las «intenciones» de los demás; la actual realidad declarada es que no se ha justificado debidamente el supuesto de hecho en que se fundamenta el motivo, y que la denegación se efectuó con todas las prevenciones legales para que pueda surtir los efectos que señala la Ley, lo que conlleva el acogimiento del motivo [...].».

Diferencia entre «cultivador directo» y «cultivador personal».—Se comparte el motivo, pues es evidente que el actor, en su caso, habrá de actuar como cultivador directo y no como cultivador personal de la finca, esto es, asumiendo las resultas de la gestión del arrendamiento sin que se exija, pues, que sea como tal cultivador personal, quien con su ocupación o *facere* prestacional —como un auténtico trabajador a la vez que dueño— realice el contenido laboral o faenas agrarias de ese arrendamiento. Y, como ni en la sentencia recurrida, ni tampoco en el escrito de impugnación se cuestiona, ni siquiera se plantea que no se haya cumplido por el recurrente su pertinencia opositora a la prórroga del contrato de arrendamiento en razón a las fechas concurrentes del mismo, y sí, en cambio que se han observado los presupuestos del

citado artículo 26 –compromiso de cultivo directo y notificación fehaciente–, procede por lo razonado, estimar en parte la demanda y declarar ese derecho del recurrente en los términos de la citada normativa tuteladora de su pretensión [...]. (**STS de 16 de diciembre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.–El actor en la instancia –don R.– había solicitado al Juzgado la declaración del término del arrendamiento que tenía concertado con doña C. por denegación de la prórroga prevista en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Rústicos ya que –afirmaba– tenía el propósito de trabajar la finca arrendada como cultivador directo. Se opuso doña C. alegando que el propietario no tenía ni la intención ni la posibilidad de ese cultivo directo. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia desestimaron la demanda apreciando en la conducta del actor un evidente abuso de su derecho. Don R. interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo lo acogió. (*R. G. S.*)

17. Reclamación de honorarios por servicios de especial complejidad realizados durante la vigencia de un contrato de arrendamiento de servicios en régimen de iguala. Improcedencia: dichos servicios se entienden comprendidos dentro del contrato de iguala.–Por la naturaleza de la iguala, los trabajos realizados por el profesional mientras el contrato está vigente, se remuneran por un precio único, sin que se tenga en cuenta la mayor o menor complejidad de los mismos y al margen incluso de si éstos llegan a producirse

Significado de la buena fe contractual: realización de comportamientos adecuados para dar cumplida efectividad al contrato.–La buena fe, como principio general del derecho, ha de informar a todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento. (**STS de 19 de enero de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.–Los demandantes venían prestando servicios de asesoramiento fiscal a la entidad demandada. Dichas prestaciones se efectuaban en régimen de iguala, de tal forma que el trabajo de los asesores consistía en la realización de toda clase de servicios fiscales, sin distinción en razón a su contenido, importancia o complejidad. A cambio, recibían una remuneración de 4.000.000 de pesetas anuales. La relación profesional tenía una antigüedad de veinte años de vigencia, sin que en dicho plazo se hubiera girado minuta alguna por los servicios prestados. En los años 1992 y 1993 se llevó a cabo una inspección de hacienda de la empresa, en la que los asesores colaboraron, como expertos fiscalistas, al igual que lo habían hecho en anteriores inspecciones. Durante todo el tiempo que duró la inspección, los asesores no plantearon indicación alguna sobre el giro de una minuta por trabajos especiales al margen de la iguala. Un año después de concluir la última inspección, los asesores reclaman el pago de los honorarios devengados por la actuación profesional realizada en el desarrollo de las inspecciones fiscales. Tras la negativa de la empresa, presentan demanda en la que

reclaman la suma de 95.811.930 pesetas como importe de los honorarios que han devengado los trabajos profesionales extra-iguala realizados en los años 1992 y 1993 más el importe de dos recibos correspondientes a la iguala por el tercer y cuarto trimestre del año 1993 que ascienden a 432.000 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandados y dictó sentencia en la que condenaba a los recurrentes al pago de 60.000.000 de pesetas y el IVA correspondiente, más 432.000 pesetas en concepto de los dos recibos de la iguala. El Tribunal Supremo casa la sentencia y desestima la reclamación del pago de la cantidad relativa a los trabajos profesionales extra-iguala realizados en los años 1992 y 1993, y sólo admite la condena al pago de los dos recibos por la iguala del tercer y cuarto trimestre de 1993. (C. O. M.)

18. Responsabilidad contractual del médico: lesión deportiva: rehabilitación de rotura de ligamento cruzado, con afectación del menisco: responsabilidad solidaria de Sociedad Médica y Traumatólogo: doctrina general.—La prestación de hacer debida por el médico contratado no era de resultado pues su obtención no estaba incluida en el objeto de la obligación asumida; se trataba de una prestación de medios que se cumplía con la realización de la actividad prometida, aunque no viniera acompañada de la curación de la lesionada, con tal que se hubiera ejecutado con la diligencia exigible en atención a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar concurrentes (arts. 1101 y 1104 CC). La actividad del médico era la de un experto profesional, quedando obligado a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, *lex artis*, o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, y estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin. La impericia es una forma de negligencia, por la que quien asume como experto una obligación de actividad y no la cumple con el rigor técnico exigible, responde como deudor negligente del daño causado. Por ello, la responsabilidad contractual del médico por tal modalidad de incumplimiento depende de una previa valoración de la idoneidad de la conducta por él desplegada; es necesario un juicio de diligencia que implica la comparación entre la prestación ejecutada y la debida, la cual se identifica según el modelo ideal y objetivo de conducta exigible en atención a la cualificación profesional del deudor y a la naturaleza de la actividad por él prometida. La prueba del incumplimiento corresponde a la actora ya que constituye el fundamento de su pretensión indemnizatoria.

Prueba pericial: valoración.—El Tribunal de apelación sometió la pericial a las reglas de la sana crítica (art. 632 LEC. 1881), y llegó a dos conclusiones, mediante una operación discursiva derivada de proposiciones enlazadas lógicamente, que no cabe sino mantener como plenamente correctas: 1.^a) en la fecha en que se decidió la inmovilización de la pierna de la demandante, el tiempo de la misma se consideraba excesivo y carecía de justificación, según los conocimientos al alcance del traumatólogo; 2.^a) éste, que debía prescribir las pautas del tratamiento de rehabilitación y supervisarlo, responde de su actuación como médico, al margen de la cobertura puramente patrimonial de la cobertura del seguro concertado por su paciente. (**STS de 30 de diciembre de 2004;** no ha lugar.)

NOTA.—Una vulgar rotura de ligamentos en actividad deportiva ha originado este proceso en el que la entidad médica aseguradora fue declarada rebelde, y las sentencias de instancia difirieron notablemente en la cuantía indemnizatoria (el Juzgado de Primera Instancia señaló 2,9 millones pesetas, suma que la Audiencia Provincial elevó a 9,6 millones). Sentencia que puede calificarse de *pedagógica* (Pte.: Ferrández Gabriel), que es de aprobar. (G. G. C.)

19. Responsabilidad decenal del artículo 1591 CC. Legitimación pasiva. El promotor: criterios determinantes para incluirlo en el círculo de personas a que se extiende esta responsabilidad.—*a)* Que la obra se realice en su beneficio; *b)* que se encamine al tráfico de la venta a terceros; *c)* que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; *d)* que el promotor sea quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y *e)* que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción (SSTS de 28 de enero de 1994 y 6 de mayo de 2004, entre otras).

Extensión de las responsabilidades por vicios ruinógenos del promotor-vendedor a otras figuras interpuestas.—Tengan estas últimas forma de gestoras inmobiliarias u otras semejantes, y, cuyo propósito, pese a formar parte de una operación diseñada con la finalidad última de vender una casa construida, sea impedir o traspasar las responsabilidades por vicios ruinógenos (SSTS de 3 y 15 de octubre de 1996, 15 de marzo de 2001 y 25 de febrero de 2004).

Responsabilidad decenal y litisconsorcio pasivo necesario.—Esta excepción carece en absoluto de aplicación en estos casos, pues si el proceso ha sido promovido exclusivamente, con base en el artículo 1591 CC, para obtener la reparación de los vicios ruinógenos de una construcción, es evidente que el actor puede dirigir sin ninguna cortapisa la acción contra las personas físicas o jurídicas a las que crea responsables de tales vicios. Si la sentencia declara, por el contrario, que no lo son, *sibe imputet*, por lo que tendrá que demandar de nuevo a otras, pero sin que la sentencia obviamente pueda realizar pronunciamiento de condena ni declaración de culpabilidad de los que no han sido oídos en el proceso (SSTS de 17 de marzo y 4 de diciembre de 1993 y 19 de abril de 1995).

Naturaleza de la responsabilidad decenal solidaria.—En el proceso constructivo no sólo resulta difíciloso, sino imposible en la mayoría de las veces, individualizar y fijar las distintas responsabilidades convergentes, por ello la jurisprudencia ha optado por la responsabilidad decenal solidaria que no tiene origen convencional, sino que es creación jurisprudencial (STS de 22 de noviembre de 1997).

La legitimación pasiva en la responsabilidad decenal no abarca a quien efectúa los cálculos de la estructura de una edificación, al configurarse éste como un mero auxiliar del arquitecto proyectista.—Si bien la jurisprudencia ha llevado a cabo una interpretación extensiva de las personas que con carácter técnico intervienen en el proceso constructivo con la consiguiente responsabilidad de los mismos en el caso de ruina de lo construido, dada la época en la que se promulgó el Código civil, tal extensión no abarca a quien efectúa los cálculos de la estructura de una edificación, que se confi-

gura como un mero auxiliar del arquitecto, autor del proyecto que es quien avala y responde de la validez de esos cálculos. (**STS de 31 de marzo de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un garaje ejerció acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC por vicios ruinógenos, que afectaban a la estructura del mismo, contra ocho personas intervenientes en el proceso constructivo. Quedó demostrado que la causa determinante de la ruina fue la mala ejecución de la obra y no los cálculos incorrectos de la estructura. El Juzgado condenó solidariamente a todos los demandados excepto a uno. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo admite uno de los dos recursos interpuestos y absuelve a la persona que calculó la estructura del inmueble y a una entidad mercantil que adquirió personalidad jurídica cuatro meses después de terminada la obra. (*I. D.-L.*)

20. Contrato de obra. Cualquiera de los subcontratistas puede ejercitar la acción directa del artículo 1597 CC contra el dueño de la obra, contra el contratista y contra un subcontratista anterior, siempre y cuando el dueño de la obra, o el contratista o subcontratista anterior demandados sigan siendo a su vez deudores.—El artículo 1597 CC autoriza una acción directa que actúa como excepción a lo previsto en el artículo 1257 CC y que se reconoce tanto a los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajena, así lo dice literalmente el precepto, como a los subcontratistas, lo mismo primeros como ulteriores (SS de 15 de marzo de 1991, 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 28 de mayo de 1999 y 22 de octubre de 1999). Declara la S de 2 de julio de 1997 que cualquiera de los subcontratistas puede ejercitar esta acción directa contra el dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior y si se hace la reclamación no excluyendo al deudor directo, la responsabilidad del comitente será solidaria.

El presupuesto básico para que la acción directa pueda prosperar es que el dueño de la obra o contratista anterior sea deudor del subcontratista que reclama, ya que la reclamación tiene el límite de la cantidad efectivamente adeudada, por lo que resulta necesaria, siguiendo la S referida de 2 de julio de 1997, que el contratista principal fuera deudor del subcontratista de primer grado y aquí se sentó como probado que *ABB* —contratista principal, asimilable al comitente— S de 29 de abril de 1991 no era deudor de cantidad alguna del primer subcontratista *Indasa*, pues al contrario, resulta ser ésta deudora de aquella por cierta cantidad, con lo que de esta manera se rompe el denominador común de responsabilidades y quiebra la cadena de sucesivos deudores-acredores, al no resultar deudores uno de los otros, y lo que aparece claro es que la definitiva deudora del recurrente es *Indasa* (no demandada), que no satisfizo la deuda generada, no obstante haber cobrado los trabajos subcontratados con *ABB*.

La S de 30 de junio de 1920 declara que el efecto de la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra obliga a éste, limitadamente en la cantidad que adeude cuando se haga la reclamación y no le obliga cuando no sea deudor, lo que aplicado al caso presente autoriza admitir que opera con igual efecto negativo tratándose de relación contratista-subcontratista primero. (**STS de 31 de enero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La celebración de un contrato de obra entre dos empresas da lugar a una cadena de subcontratas. El subcontratista segundo, a quien el subcontratista primero adeuda ciertas cantidades, decide demandar al comitente con base en la acción directa del artículo 1597 CC. Esto genera una cadena de pleitos que, finalmente, desemboca en el pago de la comitente a la contratista principal, pero no en el cobro de lo reclamado por parte del subcontratista demandante. Éste interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que desestima sus pretensiones, recurso al que el Tribunal Supremo declara no haber lugar por no darse los presupuestos básicos esenciales para el triunfo de la acción directa ejercitada. (*M. C. B.*)

21. Diferencias entre el contrato de préstamo y el de apertura de crédito en cuenta corriente.—El artículo 1740 CC regula dos contratos distintos, el comodato o préstamo de uno y el mutuo o simple préstamo consistente en la entrega, por una de las partes a la otra, de dinero u otra cosa fungible con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Como dice la S de esta Sala de 22 de mayo de 2001, «el contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que sólo se da en algunos grupos de contratos. Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario». Este contrato se diferencia sustancialmente del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente; la S de 11 de junio de 1999 recoge la de 27 de junio de 1989 que, con cita, a su vez, de la de 12 de junio de 1976 dice que «el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente aunque aludido en el número 7.º del artículo 175 CCO, no adquirió carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento positivo, hasta que lo introdujeron en él las sentencias de esta Sala que se citan en la de 1 de marzo de 1969 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 28 de febrero de 1933 y 16 de junio de 1936, y que se define por la doctrina como contrato por el cual el banco se obliga dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente».

Contrato celebrado a nombre de tercero sin ostentar su representación legal o voluntaria. Falta de ratificación por el tercero: efectos.—Declara la sentencia de instancia que «en el caso de autos estamos ante la falta de uno de los requisitos de los contratos, falta el consentimiento de la señora ya que el crédito hipotecario se iba a garantizar con un bien del que era propietaria al cincuenta por ciento. Por ello aunque se estipuló en la cláusula séptima letra J que *Sindibank* podría dar por vencido el préstamo: «J. Si esta escritura no fuese inscribible por cualquier causa en el Registro de la Propiedad», realmente no estamos ante un vencimiento anticipado, sino ante un negocio jurídico que no llegó a nacer, al faltar el consentimiento de una de las partes.

En primer lugar han de precisarse dos cosas: una, en la escritura pública de 12 de mayo de 1993 se documentaron dos negocios jurídicos, un contrato de préstamo y la constitución de una garantía hipotecaria que tiene su causa en el préstamo concertado y cuyo carácter accesorio conlleva que le afecten

las vicisitudes que pueda experimentar el contrato de préstamo en su desarrollo, si bien éste no queda afectado por la vida de la garantía hipotecaria; la otra es que como prestatarios figuran dos personas físicas, don C. V. y su esposa, obligados solidariamente, como expresamente se establece.

La utilización por el párrafo segundo del artículo 1259 CC del término «nulo» para calificar al contrato celebrado a nombre de otro por quien no tiene su autorización o representación legal, ha dado lugar a controversia en la doctrina sobre el significado de este término y la clase de ineffectuación a la que se refiere; la S de esta Sala de 7 de julio de 1944 se inclinó por la tesis del negocio incompleto, imperfecto o en vía de formación, al decir: «si bien el apartado segundo del artículo 1259 CC dice que «el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo», y esta nulidad puede, en principio, ser equiparada más que a la anulabilidad del artículo 1300, a la inexistencia –en cuanto al faltar el consentimiento de una de las partes no puede haber contrato, según el artículo 1261– es muy de tener en cuenta que ese mismo artículo 1259 y el 1727, en su apartado 2.º, admite que tales contratos pueden ser ratificados por las personas a cuyo nombre se otorgaron y esta posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio, haciendo de él, no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una *conditio iuris* de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da, se considera al negocio como válido y efectivo desde el principio a favor y en contra del representado, y por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineffectivo para aquél». Mas recientes sentencias de esta Sala se inclinan por estimar que el término «nulo» del párrafo segundo del artículo 1259 hace relación a la «anulabilidad» de los contratos. Así la S de 12 de junio de 1997 dice que «este término de nulidad, empleado legalmente, hay que entenderlo como de anulabilidad, puesto que dicho precepto *a posteriori* admite su convalidación, si ese delito apoderamiento es ratificado posteriormente por la persona “*in nominatiun* (sic)” representada»; y la S de 10 de junio de 2002 afirma que «la sanción del artículo 1259 CC supone, sin más, que ese contrato en la hipótesis –no acreditada como se ha expuesto por la Sala *a quo*– celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación, ni es inexistente, ni es radicalmente nulo, ya que la posibilidad de su efectividad *ex post* merced a la ratificación, es una consecuencia propia de la anulabilidad, pues, jamás la nulidad radical puede sanarse, *numquam potest tractu o ex post convalecere*.

En el presente caso, requerida doña C. para la ratificación de la escritura pública de 12 de mayo de 1993, ésta no ha procedido a su ratificación, omitiendo toda contestación a ese requerimiento, por lo que su silencio ha de interpretarse, habida cuenta del tiempo transcurrido, como una negativa expresa a la ratificación, pues, como dice la S de 29 de febrero de 2000, «el silencio puede equivaler al asentimiento cuando quien calla viniera obligado a manifestar su voluntad contraria según exigencias de la buena fe entre las partes o los usos generales del tráfico (SS de 24 de noviembre de 1943, 24 de enero de 1957, 14 de junio de 1963 y 2 de febrero de 1990, entre otras)». En consecuencia, ante esta falta de ratificación por doña C., el contrato de préstamo –al que se contrae el recurso– es nulo e ineffectivo habida cuenta de que, concertado el contrato de préstamo con carácter solidario, la falta de consentimiento de uno de los prestatarios solidarios afecta al consentimiento prestado *in solidum*. En consecuencia se desestima el motivo. (**STS de 7 de abril de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C., actuando en su propio nombre y derecho y como mandatario verbal de su esposa y *Sindicato de Banqueros de Barcelona, S. A.* comparecieron ante Notario para concertar un contrato en el que la entidad declaraba entregar la cantidad de veintitrés millones de pesetas en concepto de préstamo mediante el ingreso en la cuenta corriente que el prestatario tenía en la casa. El préstamo se concedía con la finalidad de satisfacer el crédito que *Sindibank* tenía frente a *Castellana Autonómica de Estampaciones, S. A.*, sociedad de la que era administrador don C.. El crédito pendiente estaba avalado solidariamente por don C. y su esposa. En garantía de la operación —el segundo préstamo— se constitúa hipoteca sobre una finca presuntivamente ganancial. Dos meses después de la celebración del contrato, *Sindibank* remitió una carta a la esposa del prestatario en la que se le recordaba que tenía pendiente de ratificación la escritura que documentaba el préstamo por lo que, en tanto aquélla no se produjera, el capital resultaría indisponible. En la misma fecha y en comunicación de idéntico contenido se hacía saber lo propio al prestatario. Don C. demandó a *Sindibank* reclamando del Juzgado pronunciamiento por el que se declarase la plena validez de la escritura de préstamo y se condenase a la demandada a la entrega de los veintitrés millones acordados. El Juzgado estimó en parte la demanda y declaró la plena validez de la escritura. La apelación de *Sindibank* fue acogida y la sentencia inferior fue revocada. Don C. interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

22. Diferencias entre el lease back o retroleasing y el préstamo con garantía real a través de pacto comisorio.—Esta Sala ha tenido ocasión en sus SS de 16 de mayo de 2000 y 17 de julio de 2001 de establecer las diferencias existentes entre el *leasing* y el préstamo de dinero, afirmando que la primera de dichas figuras trata de dar solución a la necesidad de un objeto que una persona precisa, pero que por carecer de medios económicos para su adquisición, se limita a convenir que se le ceda en arrendamiento, reservándose la facultad de acceder en un momento posterior a su propiedad, mediante una opción de compra. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad concreta de éste, y la transmisión de su dominio al prestatario, que se obliga a devolver el *tantundem*.

En tal contexto, en tanto que el préstamo tiene a la financiación del prestatario, en el *leasing* se financia la futura adquisición de un objeto.

Se añade que, dado que el *lease-back* es una modalidad del arrendamiento financiero, es evidente que lo trascendente en él ha de ser la necesidad del bien concreto sobre el que se constituye, no pudiendo entenderse que tal necesidad exista, si el bien ya pertenece a quien aparentemente se convierte en arrendatario del mismo con opción de compra.

Esto es lo que sucede en el supuesto regulado por los dos contratos formalizados simultáneamente por los litigantes, ya que *Emison* no precisaba un inmueble para ejercer su actividad empresarial, por contar ya con él, sino la financiación económica necesaria para proseguir en el desarrollo de su industria.

En consecuencia, la relación contractual establecida tenía por única y específica finalidad garantizar a *Proleasing* la devolución de la suma que

prestaba a *Emisor* y el pago de los correspondientes intereses. Y con la finalidad de eludir y vulnerar la prohibición que del pacto comisorio se contiene en los artículos 1859 y 1884 CC, prohibición que inequívocamente se mantiene vigente (SS de esta sala de 15 de junio de 1999, 13 de mayo de 1998 y 18 de febrero de 1997, entre otras) las partes han optado por acudir al artificio de simular que *Emisor* vendía un inmueble si bien conservaba la posesión inmediata del mismo como simple arrendatario, sin que se produjera una verdadera transmisión del dominio, incurriendo en un incuestionable fraude de ley que determina la nulidad radical de la supuesta transmisión patrimonial y, por ende, de todo el negocio jurídico complejo concluido por los interesados. (**STS de 10 de febrero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Proleasing*, S. A. firmó con *Emison* la compraventa de un inmueble propiedad de esta última. Seguidamente, y en escritura separada de la misma fecha, la compradora se lo cedió a *Emison* en arrendamiento financiero con opción de compra. Se pactó en el segundo documento que, en caso de impago de alguna de las cuotas, la arrendadora podría optar entre dar por vencido anticipadamente el plazo establecido, reclamando todas las cuotas hasta el fin del contrato o bien resolver éste, recuperando el inmueble con retención de las cuotas percibidas y derecho a una indemnización del 5% del precio por cada mes que la arrendataria retrasase su devolución. Producido el impago, *Proleasing* solicitó la resolución del contrato más lo previsto para tal eventualidad. El Juzgado de Primera Instancia entendió que el contrato celebrado no había sido un arrendamiento financiero sino un préstamo con garantía real a través de pacto comisorio. Por ello, y dado que la actora no podía reclamar el inmueble cuya propiedad no había perdido la demandada, estimó parcialmente la demanda condenando a *Emison* a abonar las rentas pactadas más los intereses devengados desde la resolución del contrato. La Audiencia se mantuvo en el criterio del Tribunal inferior. Interpuso *Menhir Leasing* (antes *Proleasing*) recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

23. Contrato de mandato: obligación del mandatario de rendir cuentas de su gestión. El principio *in illiquidis non fit mora*: atenuación por la jurisprudencia de este principio cuando la iliquidez es imputable al deudor (aquí, mandatario).—El brocado *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleva a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido suavizada, en su aparente automatismo, por la jurisprudencia en busca de una completa protección del acreedor perjudicado por la morosidad del deudor (SSTS de 29 de noviembre de 1999, 6 de octubre de 2000 y 20 de mayo y 15 de junio de 2004); de este modo, no puede ampararse en la iliquidez de la deuda quien pudo fácilmente haberla eliminado (*turpi-tudinem suam allegans non auditur*). (**STS de 5 de abril de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora, como única heredera de su padre, pretendió con la demanda que se condenase a la hermana del difunto a entregarle una suma de dinero que se hallaba depositada en un

Banco a nombre del causante, y de la que la demandada, haciendo uso de una autorización del titular, había dispuesto, antes y después de la muerte de éste.

La demandada alegó que su hermano le había donado las cantidades depositadas y, subsidiariamente, que había dispuesto del dinero para atender necesidades del mismo y satisfacer determinados créditos propios contra él.

El Juzgado calificó el contrato no como donación, sino como mandato y condenó a la demandada a devolver las cantidades del mandante de las que había dispuesto, previa deducción de lo pagado en cumplimiento de deudas y gastos del difunto. La Audiencia, ante la que habían recurrido las dos partes, negó que la demandada hubiera sido autorizada para cobrar con el dinero del mandante las deudas del mismo a su favor y sólo admitió la deducción de los pagos realizados para atender gastos funerarios y de atención del causante durante su última enfermedad. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (*L. A. P. M.*)

24. Fianza solidaria. Presunción de ganancialidad de los créditos en los que no consta su carácter privativo. Legitimación activa del cónyuge para el ejercicio de la acción de reintegro contra los otros cofiadores solidarios.—Si no existen pruebas de que el dinero con que se pagó la parte de la deuda principal tuviera carácter privativo, ha de estarse a la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 CC. De ahí que el crédito originado por dicho pago tenga carácter ganancial y, por tanto, que la reclamación del mismo constituya un acto de gestión que corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, como previene el artículo 1375 CC, cualquiera de los cuales puede ejercitarse la defensa de los bienes y derechos comunes (art. 1385 CC, párrafo segundo).

Fianza solidaria. Reclamación de intereses por parte del cofiador que ha pagado la deuda. Determinación del día en que empiezan a correr los intereses: inaplicación de los artículos 1100 y 1844 CC. Aplicación del artículo 1145 CC: los intereses comienzan a partir del día en que se realizó el pago.—La regulación de la fianza que contiene el título XIV del libro IV del Código civil se refiere a aquellos supuestos en que el fiador no se ha obligado solidariamente con el deudor. En este sentido, cuando se pacta la solidaridad, el artículo 1822 CC ordena que se observe lo dispuesto para las obligaciones de tal naturaleza (sección IV, capítulo III, título I, del mismo libro IV). Dado que en la póliza en que se documentó el préstamo se ha pactado la solidaridad de los fiadores no puede entenderse que la disposición aplicable a la reclamación de intereses sea la del primer párrafo del artículo 1100 CC, ni tampoco la del artículo 1844 CC (pues éste no contiene el régimen a que están sujetas las fianzas solidarias), sino que ha de acudirse a lo prevenido en el artículo 1145 CC, por lo que los intereses empiezan a devengarse a partir del día en que se realizó el pago. (**STS de 20 de abril de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—Los cónyuges don L. L. y doña M. J. suscribieron, junto con otro matrimonio, una fianza por la que los dos matrimonios se constituyeron en fiadores solidarios de un préstamo de

19.350.000 pesetas otorgado a una empresa mercantil. Al producirse el impago de la primera cuota de las previstas para la devolución de la cantidad objeto del mencionado contrato, la entidad prestamista reclamó judicialmente al deudor principal y a los fiadores solidarios el pago de la cantidad entregada. Sin embargo, por defectos de notificación al otro matrimonio cofiador solidario, fue don L. L. quien terminó abonando la cantidad requerida. Posteriormente, el señor L. L. y su esposa doña M. J. presentan demanda contra el otro matrimonio reclamándole la cantidad de 2.751.711 pesetas más los intereses legales devengados desde la fecha en que se realizó el pago. Los demandados se opusieron argumentando, entre otras cuestiones, la falta de legitimación activa de la esposa (que no había realizado el pago). Respecto al cómputo de los intereses, objetaron que sólo se generan a partir del día en el que se les reclaman (a ellos) el pago y no como solicitan los demandados que sitúan el día de inicio en el momento que el señor L. L. efectuó el abono a la entidad acreedora-prestamista. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Vitoria confirma la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*C. O. M.*)

25. Contrato de caución. El artículo 1843 CC es aplicable al contrato de caución y contiene una acción cautelar.—En esos motivos, y razonando el recurrente en base a una cierta jurisprudencia de esta Sala que distingüía en el caso entre los contratos de seguro y de su afianzamiento, por un lado y el de caución, por el otro, éste en base al artículo 68 LCS, llega a la conclusión el recurrente de que los preceptos que regulan en el Código de comercio (*sic*) la fianza, como el artículo 1843 del mismo, no eran aplicables al contrato de caución, que debía regirse por sus propias normas, siendo su extensión la que esté determinada en la ley o en el contrato correspondiente. No obstante, la reciente S de esta Sala, de 21 de octubre de 2003, dictada en un proceso también entablado ante un Juzgado de Santa Cruz de Tenerife, y resuelto por la Audiencia Provincial de Tenerife, en un caso bastante similar al presente, planteado por la compañía aseguradora de *Crédito y Caución*, frente a una empresa explotadora de máquinas recreativas y su avalista, en relación a las acciones de reembolso de pagos hechos por aquélla a la misma Consejería Autonómica canaria por la Tasa sobre el juego, y si bien la Sala desestima la acción de reembolso por fundarla la aseguradora en el artículo 1843 CC, relativo a la fianza, en cuanto a la acción de relevación de fianza, sí la estimaba por entender aplicable el referido precepto a la misma, pero no respecto a su núm. 1.º, sino al último párrafo de él, citándose al efecto en ella la S de esta Sala, de 17 de octubre de 1990, la que entiende que dicho precepto regula una «acción cautelar».

La inconstitucionalidad sobrevenida de uno de los conceptos pagados por el fiador no le impide ejercitar la acción de reembolso, pues así se pactó en el contrato.—El segundo de los motivos formulados, que se refiere únicamente a la «acción de reembolso» ejercitada, relativa al pago efectuado por la aseguradora al asegurado (Gobierno canario), tilda de ilegal y anti-contractual el mismo, pues, se dice, las dos pólizas se concertaron para el abono de la tasa del juego, y el pago lo fue por el «gravamen complementario», establecido en un Reglamento de 1990, posterior a las fechas en las que se suscribieron las mismas, el año 1989 (hubo una tercera, para establecer el

aval sobre las anteriores), y además, el Tribunal Constitucional, en su S de 31 de octubre de 1996, declaró inconstitucional tal nuevo gravamen. El artículo 68 LCS, delimita el objeto del seguro de caución, que es el aquí suscrito, así como su alcance a los supuestos establecidos en la ley o en el contrato, y se dice (se repite) por el recurrente, que en éste sólo se concertaba el aseguramiento para pagos de la Tasa del Juego, pero hay que acudir a las correspondientes Pólizas, a las que afectan, en su totalidad, también los avales, y en ellas se establece una Cláusula en sus Condiciones Generales, la 10.^a, de una cierta dificultad de comprensión, pero la que, en definitiva, dice que la aseguradora de las mismas (*Crédito y Caución*) quedaba autorizada para efectuar el pago de la indemnización correspondiente, en cuanto fuera pedida por la Administración (asegurada), sin necesidad de autorización del tomador (sociedad explotadora de las máquinas, y por su derivación, sus avalistas), y sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago no estaba justificado o si el tomador había de hacer alguna objeción al respecto (sólo se obligaba a hacer llegar al asegurado tales objeciones, si le eran comunicadas). No obstante, la cláusula 11.^a pone en claro cuál será el resultado de todo ello y a quién afectará la posible reclamación ante el asegurado, por la falta de adecuación a la legalidad por parte de éste, o por haberse excedido el mismo en el requerimiento, y dice, en su apartado 2.^º, que será el tomador el que, una vez efectuado el reembolso a la compañía, quedará en libertad para reclamar a la administración asegurada la restitución de las cantidades que considere indebidamente pagadas. Se trata, pues, de un pacto contractual, amparado en el artículo 68 LCS, que rige y debe de respetarse. Debiendo decirse también que ese pacto tiene vigencia en la adición a la tasa del juego del «gravamen complementario», en cuanto que éste es constitutivo igualmente de la misma, y del que debió responderse conforme a la póliza, pues su establecimiento no supone una variación sustancial del objeto asegurado en ella; y la inconstitucionalidad sobrevenida de tal «complemento», una vez abonado, tras el requerimiento de la Administración, sólo dará lugar a la necesidad del reembolso por el tomador (o sus avalistas), a partir de cuyo momento será éste el que podrá reclamar la devolución a la Administración. El motivo, pues, debe perecer. (**STS de 30 de marzo de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Una compañía aseguradora suscribe con una sociedad dedicada a la explotación de máquinas recreativas un contrato de caución, en cuya virtud se ve obligada a satisfacer a la Administración canaria determinadas cantidades devengadas en concepto de Impuestos y Tasas sobre el juego, incluido un gravamen complementario que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional más tarde. Con posterioridad a dicho pago, la compañía aseguradora ejercita contra la deudora y contra dos avalistas solidarios de la misma las acciones de reembolso y de relevación de la fianza. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación estiman íntegramente las pretensiones de la demandante. Interpuesto por uno de los avalistas recurso de casación, el Alto Tribunal declara no haber lugar al mismo. (*M. C. B.*)

26. Culpa extracontractual: muerte de diputado en accidente de helicóptero de propiedad estatal adscrito a la DGT: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa: derecho transitorio.—El acci-

dente ocurrió el 30 de junio de 1988, en viaje oficial, utilizando un helicóptero del Estado, pilotado por funcionarios públicos y con destino a acudir a un acto oficial, lo que evidencia que el accidente tuvo lugar con ocasión de la prestación de un servicio público, por lo que la actividad desarrollada está sujeta al Derecho administrativo pues implica el funcionamiento anormal determinante posible de responsabilidad patrimonial del Estado, que hace aplicable el artículo 40 de la Ley de 26 de julio de 1957, por lo que ha de declararse la competencia de los Tribunales administrativos, al no ser supuesto encuadrable en el artículo 41, ya que aquí no se trata de actuaciones de derecho privado llevadas a cabo por el Estado demandado. La jurisprudencia de esta Sala, sobre todo anterior a la Ley de 26 de noviembre de 1992, ha venido atribuyendo a la jurisdicción civil aquellos supuestos en los que la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas, existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, lo que aquí no ocurre. La STS de 29 de diciembre de 1995 declara que debiendo prestar la Administración sus servicios públicos a través de diversos elementos materiales y personales, resulta innegable que la negligencia del funcionario a quien se ha encomendado el servicio –en este caso, la precipitación del helicóptero a tierra–, entraña un evidente funcionamiento anormal del mismo a cargo de la propia Administración, y es la vía jurisdiccional contencioso-administrativa la única competente (en parecido sentido SSTS de 14 de mayo de 1991, 2 de febrero de 1996, 2 de diciembre de 2002 y 20 de febrero de 2003). (**STS de 31 de marzo de 2005**; no ha lugar.) (G. G. C.)

27. Culpa extracontractual: muerte de conductor y ocupante de vehículo al irrumpir un mulo en autovía, abierta provisionalmente al tráfico: abertura de 15,90 metros en valla de protección: responsabilidad del Ministerio de Fomento: competencia civil.—Según jurisprudencia invariable a partir de la promulgación de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre (entre otras, SSTS de 26 de marzo y 19 de noviembre de 2001, 30 de abril y 24 de diciembre de 2003), del artículo 9.2 LOPJ que establece la naturaleza residual de la jurisdicción civil que justifica su *vis attractiva*; de la necesidad de evitar fallos contradictorios si se divide la continencia de la causa, atentando al principio de seguridad jurídica que proclama el artículo 9.3 CE; del principio de unidad jurisdiccional que se apoya en el artículo 24.1 de la misma; del derecho al proceso sin dilaciones indebidas; de la constatación que de la citada ley de 1992 no se desprende la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo pues nada dispone sobre ello, ni podía disponer ya que es norma del alcance puramente administrativo; de todo ello se desprende la competencia de la jurisdicción civil en el presente caso. La responsabilidad por culpa del Ministerio de Fomento no se basa en infringir una norma administrativa –lo que es ajeno a la responsabilidad civil– sino por incumplir el deber de diligencia exigible en toda actuación que en este caso es aceptar una abertura en la valla que cierra la autovía, que puede provocar resultados luctuosos, como aconteció. Además la responsabilidad de la Administración es directa y objetiva, y sólo se elimina cuando consta la ruptura del nexo causal.

Nexo causal.—Son evidentes dos extremos: el primero que es una cuestión de hecho que ha declarado acreditada la sentencia de instancia y que no es objeto de casación; el segundo, que la muerte del conductor y su esposa se produjo a consecuencia del choque con un mulo, y éste se hallaba en la auto-

vía precisamente por razón de la abertura de la valla de la autovía, que había sido recibida y aceptada provisionalmente por el Ministerio recurrente.

Responsabilidad de las constructoras.—La abertura de la valla es una negligencia de aquéllas en cuanto permite que cualquier cuerpo extraño —en este caso, un animal— acceda a la autovía con el riesgo que supone y el resultado dañoso que efectivamente se produjo. Además, la existencia de la abertura ha sido hecho admitido por las partes demandadas, por lo que no ha sido objeto de prueba ni cabe cuestionar ahora que existiera desde el principio, y, por otro lado, es cuestión nueva en casación. (**STS de 25 de enero de 2005**; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de aprobar de la que ha sido Pte. O'Callaghan Muñoz, en la que se reitera la conocida doctrina de la Sala Primera de la competencia de la jurisdicción civil cuando concurren las circunstancias aquí descritas de ser demandada la Administración junto a particulares (empresas constructoras de la autovía). Los hechos ocurrieron en noviembre de 1993, es decir, unos doce años antes de dictar sentencia de casación. Aunque el relato fáctico no lo dice —se reproducen íntegramente los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial—, parece deducirse que el conductor, hijo de la actora, estaba casado y no tenía hijos, viajando acompañado por su esposa, también fallecida. Al accionar exclusivamente la madre del conductor, ésta carecía de acción para reclamar por la muerte de su nuera; ello puede explicar también lo moderado de la indemnización otorgada (se piden 20 millones pesetas, y se otorgan 7,47 millones). (*G. G. C.*)

28. Culpa extracontractual: muerte de aprendiz por descarga eléctrica: incumplimiento de medidas de seguridad por la empresa.—La muerte del aprendiz ocurrió cuando desempeñaba sus funciones laborales de acabado de pintura de una máquina dobladora, y en un momento de descanso, y estando en contacto físico con dicha máquina, se apoyó en una soldadora que utilizaba otro trabajador, la cual tenía unos bornes con tensión de salida de 70 voltios (superior a la de seguridad en locales cerrados, que es de 50 voltios), sufriendo una descarga que le provocó la muerte; además de incumplir una medida de seguridad, según la Inspección, se desoyó una recomendación del Reglamento de Baja Tensión, dotando de mayor aislamiento de los bornes de salida, y según el Perito Judicial, debía haber dispuesto la máquina de un efectivo sistema de *puesta a tierra*. La jurisprudencia en materia de culpa extracontractual atiende la *respuesta social* para calificar una conducta como culposa, hay que determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vista a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos, contemplando no sólo el aspecto individual sino también su sentido social.

Causalidad adecuada.—Es causa suficiente del resultado aquélla que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última, estando claro que si se hubieran adoptado las medidas de prevención antes apuntadas, en una actividad arriesgada con peligro acreditado, la electrocución causante del óbito no se hubiera producido. (**STS de 6 de abril de 2005**; no ha lugar.) (*G. G. C.*)

29. Culpa extracontractual: daños por incendio: denegación de pruebas.—En las demandas acumuladas se ejercitaron acciones de responsabilidad extracontractual por los diversos perjudicados del incendio, alegándose por el demandado denegación de pruebas documentales, y aunque es evidente la ausencia de respuesta judicial a la petición sobre prueba documental planteada en apelación, el motivo se desestima porque dichos elementos demostrativos no eran decisivos para la resolución del pleito, habiendo declarado la STC 211/91, de 11 de noviembre, que sólo tiene relevancia constitucional la denegación irrazonable que prive al solicitante de un medio de defensa necesario para probar hechos decisivos para su pretensión.

Doctrina jurisprudencial sobre daños por incendio.—Según STS de 23 de noviembre de 2004, acreditado que el incendio se produjo en la nave en la que desarrollaba su actividad empresarial la recurrente, y por consiguiente sometida a su control y vigilancia, a ella le correspondía probar una incidencia extraña que excluyera la presunción de que el evento fue debido a culpa suya. Añade que no todo incendio es por causa fortuita, y que no basta para llegar a tal conclusión que el siniestro se hubiera producido por causas desconocidas (SSTS de 9 de noviembre de 1993, 29 de enero de 1996, 13 de junio de 1998, 11 de febrero de 2000, y 12 de febrero de 2001), de modo que generando un incendio dentro del ámbito del control del poseedor de la cosa —propietario o quien esté en contacto con ella—, hay que presumir que le es imputable, salvo que pruebe que obró con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso (SS de 27 de abril de 2001, 24 de enero y 20 de abril de 2002, 27 de febrero y 26 de junio de 2003).

Negligencia del arrendatario del local incendiado.—En el presente caso concurrieron factores positivos, con valor de causalidad para la producción del siniestro, y, sobre todo, para la extensión de sus consecuencias, como son el defecto de su vigilancia, pues el inicio del fuego fue anterior en unas ocho o diez horas al momento en que se detectó por explosión de los cristales de una ventana, de lo que se deduce que carecía de vigilancia humana permanente y que no existía, o no funcionaron, sistemas automáticos de detección; asimismo, las condiciones de almacenamiento dificultaron la extinción, pues el almacén estaba abarrotado con un depósito de materiales casi hasta los techos, sin dejar bastante espacio libre que sirviera de pasillos, y la rampa de su único acceso estaba taponada con gran cantidad de electrodomésticos. (STS de 3 de febrero de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

30. Culpa médica: asistencia en urgencias: fallecimiento días más tarde por edema cerebral: actuación conforme a *lex artis ad hoc*: ausencia de negligencia: prueba pericial.—La prueba practicada permite concluir que la doctora demandada ha actuado con sujeción a las técnicas médicas exigibles para el supuesto del debate, ajustándose a la *lex artis* pues cuando la enferma fue examinada en el servicio de Urgencias del Hospital Universitario de V. no presentaba un cuadro alarmante de cefaleas que aconsejara la realización de otras comprobaciones distintas a las que le fueron practicadas; lo que guarda relación con la circunstancia de que, al día siguiente de la exploración referida, el médico de cabecera, al que acudió la paciente, prescribió que fuera explorada en un servicio de neurología sin carácter de urgencia; además, el dictamen pericial ha sido valorado en la instancia según las reglas de la sana crítica y de su análisis aparece que, aun en el caso de que la omisión de la realización de una Topografía Axial Computerizada constitu-

yera un actuar negligente, no es posible afirmar categóricamente que su práctica hubiera evitado la muerte de la paciente, pues no se hubiera podido realizar la intervención quirúrgica referida por la parte actora, faltando, en consecuencia, el nexo causal entre la actuación médica y el fallecimiento de la enferma. (**STS de 24 de marzo de 2005**; no ha lugar.)

NOTA.—La enferma ingresa en urgencias con unas cefaleas y después de un diagnóstico de la doctora demandada del que se dice en sentencia de apelación que no fue ni precipitado, ni incompleto, ni rutinario, ni apresurado, sino que de acuerdo con la exploración que consta en autos fue pausada, completa, y sin ningún género de apresuramiento, llegando a reflejarse por escrito a pesar de encontrarse en un servicio de urgencias donde se huye con frecuencia de formularios administrativos; se realizó una exploración física completa, apreciándose que la paciente estaba consciente y orientada, mostrando sus constantes tensión arterial y frecuencia cardíaca en valores normales, afebril, exploración neurológica normal, pares craneales, motores oculares y reflejos pupilares normales, fuerza en extremidades superiores e inferiores y sensibilidad normal; y advertida en el Servicio de Atención Primaria una posible rigidez en la nuca, se hizo una exploración de ella con resultado negativo; como prueba complementaria se realizó una analítica de sangre con resultado negativo y lo mismo el examen de fondo de ojo, siendo ambas pupilas de coloración y límites normales. La enferma fallece nueve días más tarde por consecuencia de edema cerebral refractario a aneurisma de carótida interna izquierda y hemorragia subaracnoidea. La prueba básica es el informe pericial realizado en los autos, del que cabía deducir que la doctora demandada pudo actuar negligentemente al no ordenar ciertas pruebas (punción lumbar, TAC y electroencefalograma). El Tribunal Supremo se apoya y reproduce íntegramente la valoración de esta prueba hecha por el Juzgado de Primera Instancia para confirmar la exculpación de la demandada realizada ya en ambas instancias. Actuación procesal que cabe calificar de modélica en todas las instancias. (G. G. C.)

31. Culpa médica: ingreso en Urgencias de un niño de cuatro años con dificultad respiratoria intensa: fallecimiento a las tres horas de ingreso: responsabilidad de la experta pediatra que le asistió: doctrina general sobre deberes de especialista.—La obligación de la médico es de medios y no de resultado, y al haber sido reclamados sus servicios por poseer determinados conocimientos técnicos, la actividad exigible se identifica con la de una experta pediatra en un servicio de urgencias de un hospital de gran ciudad; esa prestación la hubiera cumplido de haber aplicado los medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, *lex artis* o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, estaban objetivamente a su alcance para la curación del enfermo. La impericia se manifiesta como una forma de negligencia, por lo que quien asume como experto una obligación de actividad y no la cumple con el rigor técnico exigible, responde del daño causado, en la condición de deudor negligente. Según la STS de 30 de diciembre de 2004, la responsabilidad contractual del médico, por tal modalidad de incumplimiento, depende una previa valoración de la idoneidad de la con-

ducta desplegada, lo que hace necesario un juicio de diligencia con la comparación entre la prestación ejecutada y la debida, la cual se identifica según el modelo ideal y objetivo de conducta exigible en atención a la cualificación profesional del deudor y a la naturaleza de la actividad. Constituye causa toda condición del resultado, de acuerdo con las reglas de la experiencia, siempre que sea jurídicamente relevante de conformidad con criterios normativos. La relación causal tampoco se presume y debe probarse por quien ejercita la acción.

Impericia de la pediatra y ausencia de otra concausa.—Se afirma la impericia de la pediatra por no haber tomado una decisión que le era exigible, conforme a la *lex artis*, comprobada la extrema gravedad del niño por insuficiencia respiratoria; esto es, por no haber iniciado a tiempo los trámites para el ingreso del mismo en la UCI del Hospital, con respiración asistida; a lo que hay que añadir, ante las deficiencias de tal unidad (que no estaba en funcionamiento y se ponía en marcha previa petición del médico que la reclamara) y la urgencia del caso, su inmediato traslado a otro centro hospitalario en el que pudiera recibir el tratamiento requerido; con otras palabras, la pediatra no graduó la gravedad del caso y no le dio el tratamiento excepcional que reclamaba. La ausencia de cualquier otro indicio de la concurrencia de otra concausa que interrumpiera el curso normal de los acontecimientos, puesto en marcha con la enfermedad del niño, permite imputar el resultado a la demandada conforme a las reglas de la experiencia, como hizo la AP, ya que resulta evidente que la acción omitida hubiera eliminado o, cuando menos, reducido el riesgo de producción del resultado en una medida tal que justifica la plena imputación objetiva del mismo a quien de este modo se comportó.

Responsabilidad del especialista en reanimación.—No procede la condena de la AP por cuanto este especialista fue requerido, no como responsable de la UCI, que no funcionaba, sino como especialista en reanimación, para tratar a un enfermo que se encontraba en una habitación en planta; en tal condición compareció, y no consta que hubiera aplicado técnicas inapropiadas a su situación, antes bien, se puede afirmar que cuando lo hizo, el resultado ya no era evitable.

Responsabilidad de la entidad hospitalaria: por actos propios, y no por los de sus dependientes.—Debe ser mantenido el deficiente funcionamiento de la entidad hospitalaria en que ocurrieron los hechos, en el momento en que necesitaba de ella el niño asistido, dada la carencia de una UCI abierta permanentemente, o en disposición de ser abierta de forma inmediata, falta de un intensivista, ausencia de contratación de un facultativo adscrito regularmente a la UCI, limitado tal extremo a la eventualidad de llamar con urgencia al domicilio del especialista en reanimación, y, por último, la sorprendente e injustificada existencia de un cerrojo exterior en la puerta del ascensor de la planta en donde estaba el niño. (**STS de 29 de marzo de 2005;** ha lugar en parte.)

NOTA.—La estimación parcial de alguno de los recursos interpuestos reviste de alguna complejidad la sentencia extractada (Pte.: Ferrández Gabriel). El hecho básico consiste en el fallecimiento de un niño de cuatro años de edad a las tres horas de ingresar en un centro hospitalario de Madrid. En el FD 7 se dice que según la regulación administrativa aplicable, la UCI no era exigible en hospitales como el de autos, pese a lo cual la sentencia extractada confirma la sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto condena

a la pediatra que asistió al enfermo, y solidariamente al centro hospitalario. En cuanto a aquélla porque lo adecuado hubiera sido ordenar el traslado urgente a otro centro con UCI (el tiempo que se emplearía en ponerla en funcionamiento en el que estaba asistido, desaconsejaba hacerlo así), y en cuanto al centro hospitalario en atención a que «no es lo mismo aparecer ante los potenciales usuarios como carente (de UCI), que figurar como dotado de la misma y de hecho no tenerla operativa». La sentencia menciona la STS de 30 de diciembre de 2004, de la que fue Ponente el mismo, reitera la doctrina sobre la impericia del especialista. La matización que se hace para imputar al centro me parece discutible. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

32. Presupuestos para el ejercicio de la acción declarativa de dominio.—En el artículo 348 CC se encuentra la cobertura legal de la acción declarativa de dominio. El primer requisito exigible para el éxito en el ejercicio de tal acción es la existencia de título suficiente. Además se requiere la perfecta identificación del bien en cuestión; tratándose de fincas tanto en su superficie como en su contenido.

Servidumbre de paso.—Aunque no esté determinada su extensión de paso, porque exista disentimiento al respecto, para declarar la existencia de la servidumbre de paso basta con reconocerla a través de propios actos. (**STS de 30 de diciembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. desea que se declare su propiedad y pleno dominio de una casa en virtud de una escritura que se otorgó y conforme a un plano que aporta. Por otra parte solicita que se declare su derecho de paso a favor de su finca enclavada en medio de otra de doña D.

A este fin don A. interpone demanda, a la que doña D. contesta con la formulación de una demanda reconvencional contra él, solicitando que se declare que la finca es de propiedad de doña D. y que se ordene la cancelación de la inscripción registral vigente a favor de don A. El Juzgado de Primera Instancia desestima tanto la demanda interpuesta por don A. como la demanda reconvencional planteada por doña D. Esta decisión se recurre en apelación por ambas partes. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por don A. y desestima el de doña D., con la consiguiente revocación parcial de la sentencia dictada en primera instancia. Ante esta decisión, doña D. acude en casación ante el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal señala que la acción declarativa ejercitada por ambas partes, mediante demanda y reconvenCIÓN, recae sobre un objeto en el que las partes coinciden en líneas generales, puesto que están de acuerdo en que doña D. es propietaria de una finca enclavada alrededor de la de propiedad de don A., y que además existe una servidumbre de paso que grava la finca de doña D.. El requisito de la perfecta identificación y contenido de las fincas en cuestión se concreta a partir de un informe pericial, que también sirve de base para determinar la extensión de paso de la

servidumbre. Por ello se desestima el recurso de casación y las pretensiones de don A. devienen firmes. (*C. L. N.*)

33. Requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria.—El Tribunal Supremo supliendo la vaguedad con que se pronuncia el artículo 348 CC, puntualiza que es necesario el dominio del actor, la posesión de la cosa por el demandado y la identificación de la cosa reivindicada. La necesaria identificación de lo reclamado ha de concurrir de forma totalmente evidenciada para que no ofrezca duda alguna de lo reivindicado, debiendo fijarse con la debida precisión, en el supuesto de fincas, su cabida, situación y linderos. Por tanto, tal identificación exige un juicio comparativo entre la finca real y la titular, determinándose de modo preciso sobre el terreno y por sus linderos. Esta exigencia es siempre una cuestión de hecho, que no queda probada cuando no existe coincidencia en la cabida ni en los linderos suponiendo una notoria contradicción entre lo que reflejan las inscripciones registrales y el plano elaborado a instancia de los demandantes.

La presunción de exactitud registral del artículo 38 LH.—Las situaciones o titularidades jurídicas de trascendencia real publicadas por el Registro gozan de una presunción de exactitud de tipo *iuris tantum* que alcanza a la existencia del derecho real inscrito y a la titularidad a favor de quien figura inscrito como tal, pero que no se extiende a los datos físicos de la finca, como la cabida y los linderos. Por tanto no se trata de una legitimación registral totalmente plena, ya que las inscripciones registrales no dan fe de las características físicas, datos y circunstancias de hecho, de los inmuebles que comprenden. (**STS de 17 de marzo de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—Se promueve demanda sobre acción reivindicatoria con el objeto de la restitución de una serie de fincas, que como resultado de un procedimiento sumario hipotecario del artículo 131 LH seguido contra un tercero ejecutado habían sido entregadas al Banco ejecutante, por adjudicación en subasta, alegando ser propiedad de los demandantes y no tratarse de las fincas hipotecadas que eran propiedad del ejecutado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, interponiéndose recurso de apelación por la parte actora. El recurso es desestimado por la Audiencia Provincial. Frente a esta sentencia de apelación se acude en casación ante el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal confirma el sentido del fallo de las dos instancias al entender, igualmente, que existe una evidente discrepancia registral entre las fincas reivindicadas y las que fueron objeto de adjudicación judicial a la entidad bancaria ejecutante.

NOTA.—El artículo 131 LH referido al procedimiento sumario hipotecario ha sido modificado por la DF 9.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, quedando el nuevo artículo 131 LH con un contenido no procedural. La Ley de Enjuiciamiento Civil introduce novedades significativas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, ya que el régimen establecido en la Ley Hipotecaria —y en concreto la regulación del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH y siguientes— se sustituye por las disposiciones que contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos artículos 681 a 698 recogen las particularidades de la ejecución

sobre bienes hipotecados o pignorados. Estas disposiciones deben completarse, por remisión expresa de la Ley, con las normas relativas a la subasta de bienes inmuebles (arts. 655 a 675) a las que también son aplicables, salvo las especialidades que se establecen en dichos artículos, las normas de la subasta de bienes muebles (arts. 643 a 654). (*C. L. N.*)

34. Presupuestos para el ejercicio de la tercería de dominio.—Esta Sala tiene sentado que son requisitos ineludibles para que la postulación del tercerista pueda prosperar la acreditación de su dominio y que su adquisición fue 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); lo que hay que tener en cuenta en orden a la tercería de dominio es la situación de éste existente al tiempo en que el embargo se efectuó y no las situaciones dominicales que puedan surgir con posterioridad (SSTS de 1 de febrero y 4 de abril de 1995); la viabilidad de la pretensión ejercitada mediante la tercería de dominio requiere que la justificación documental del tercerista sea referida a la fecha en que se realizó el embargo causante de la privación posesoria de la propiedad del bien embargado, por ser en tal momento cuando se produce la perturbación, habida cuenta de que la anotación preventiva del embargo no tiene rango preferente sobre los actos dispositivos anteriores a la fecha de la anotación, ni el favorecido goza de la protección de la fe pública registral porque aquellos actos anteriores no estén inscritos, ya que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento (STS de 24 de febrero de 1995). (**STS de 31 de diciembre de 2004;** ha lugar.)

HECHOS.—La demandante promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre tercería de dominio contra el deudor ejecutado y el acreedor ejecutante con el fin de que se alce el embargo sobre tres fincas. En el momento del embargo de las tres fincas, la tercerista no tiene la propiedad exclusiva de las mismas sino que, junto a su hijo, era propietaria de una mitad indivisa de una cuota parte, también indivisa, de dichas fincas. Casi un mes después del embargo es cuando se procede a la escritura de adjudicación de las fincas. Tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia estiman su pretensión y ordenan el levantamiento del embargo sobre la totalidad de las fincas porque, al no poderse acreditar en qué medida participan de la propiedad los comuneros, no es posible determinar tampoco en qué medida ha de conservarse el embargo. El Tribunal Supremo, no obstante, considera que la estimación de la tercería de dominio ha de limitarse a los derechos que tiene la demandante sobre las fincas en el momento de la traba y, por consiguiente, alza el embargo exclusivamente respecto a dichos derechos.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha repetido en numerosas ocasiones que para la estimación de la tercería de dominio es necesario que el demandante pruebe que concurre en él «el dominio exclusivo y excluyente» sobre los bienes embargados. Llevada esta afirmación a sus últimas consecuencias podría conducir a resultados

no deseados, ya que en una comunidad de bienes –como es el caso de esta sentencia– cada uno de los comuneros no ostenta el dominio exclusivo y excluyente del bien sobre el que recae su derecho y, sin embargo, no cabe dudar de que cada uno de los comuneros, por separado, tiene legitimación activa para promover una tercería de dominio. De hecho así lo mantienen las SSTS de 20 de noviembre de 1971 (RJ 1971, 4971), 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8564) o la presente resolución. Si se embarga la totalidad del bien –y no la cuota ideal que en la copropiedad tiene el comunero, que sería más adecuado– la tercería de dominio interpuesta por los otros copropietarios debería ser estimada porque el embargo ha sido trabado de forma incorrecta. Como dice Fernández López, M. A.: *La tercería de dominio*, Montecorvo, 1980, p. 353, el antiguo artículo 1532 LEC 1881 sólo exige al tercerista que acredite el dominio actual del bien embargado, es decir, que posee el derecho de propiedad con anterioridad al acto del embargo, sea o no exclusivo tal dominio. A mi juicio la redacción del actual artículo 595 LEC 2000 ayuda a eliminar cualquier tipo de duda sobre la posibilidad de que un comunero ejerza una tercería de dominio, ya que la finalidad del vigente precepto es proporcionar una legitimación más amplia para la tercería de dominio, de manera que considera legitimado activamente no sólo a quien es propietario sino incluso a quien es titular de un derecho distinto al de propiedad. (A. R. G.)

35. Comunidad de bienes. División de la cosa común: concepto de indivisibilidad jurídica.—El Tribunal Supremo reitera de nuevo el concepto de indivisibilidad jurídica. La jurisprudencia viene admitiendo de forma pacífica que la indivisibilidad jurídica se produce cuando la cosa que se pretende dividir devendría inservible para el uso a la que se destina, cuando la división provocaría un gran desmerecimiento o cuando implicaría la generación de un gasto considerable a los partícipes implicados en la división.

Artículo 401 CC.—Establece el Tribunal Supremo que para que se pueda aplicar el artículo 401 CC –dividiendo la cosa común mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el art. 396 LEC– es necesario que las características del edificio permitan la división mediante la adjudicación de pisos o locales independientes con sus elementos anejos. (**STS de 3 de febrero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. G. V. y doña S. S. B. interponen demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña A. S. F. y doña E. F. A. solicitando se declare la indivisibilidad de una finca de la que tanto demandantes como demandados son propietarios. Suplican se ordene que la misma sea sacada a subasta pública, siendo el precio que se obtenga del remate distribuido entre los condeños y solicitando subsidiariamente que, si finalmente, se demuestra la divisibilidad de la finca, se respete el dominio de las dos terceras partes de los que los demandantes tienen el dominio respecto al tercer tercio del que los demandados son propietarios. La parte demandada formula reconvenCIÓN con el fin de que por el Juzgado se declarase la división de la finca litigiosa conforme a las cuotas que expresa el

artículo 396 CC, régimen de propiedad horizontal, con reintegro a las partes del valor de las obras de mejora realizadas en cada una de ellas.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando la demanda interpuesta, declarando la indivisibilidad de la finca y ordenando su división mediante venta en subasta pública con admisión de licitadores extraños.

La parte demandada recurre en apelación siendo desestimado el recurso por la Audiencia Provincial confirmando íntegramente el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia.

La parte demandada recurre en casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (A. V. G.)

36. Inexistencia del régimen de propiedad horizontal.—Las edificaciones con medianería horizontal, en donde la configuración del terreno hace posible muchas veces el acceso directo desde la calle a las distintas plantas de un mismo edificio, no se halla sujeto al régimen de propiedad horizontal, por tratarse de edificaciones totalmente diferentes, cuyo único elemento común es que el suelo de una construcción constituye el vuelo de la otra. No se puede pretender someter obligatoriamente al complejo régimen de la propiedad horizontal, cuando sólo pueden invocarse las relaciones propias de buena vecindad.

Condición de elemento común o privativo de un sótano.—Después de la reforma de 1960, los sótanos no tienen la consideración de elemento común *per se* y sí la de «anejo» de las partes privativas. Ello no implica imposibilidad de que los mismos puedan merecer la consideración de «elemento común», dado que ni el artículo 396 CC, ni el 3 LPH, hacen una descripción cerrada y por lo tanto *numeris clausus* de ellos, en el régimen de la propiedad horizontal, y sí meramente *ad exemplum*, por lo cual puede perfectamente ser modificada por los propietarios de cada inmueble, siempre que el acuerdo se adopte por unanimidad. (**STS de 14 de abril de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La vivienda de los demandados situada en la calle Lafuente, número 8, consta de dos plantas, dando a la calle referida. Esta casa se extiende, haciendo forma de L, por encima de la edificación del actor al nivel de la calle Cedro. La planta baja de la calle Cedro número 3 es propiedad del actor así como la planta superior del mismo número colindante con la propiedad del demandado. La planta baja del edificio número 3, así como su planta alta se encuentran comunicadas entre sí. Don V. interpone demanda contra don A. y su esposa, doña R., donde se solicita que se dictara sentencia en la que se declarara que la bodega de la planta baja del edificio y la edificación que existía en su planta superior, coincidente con dicha bodega, constituyen una propiedad horizontal de hecho, pues la planta baja y la parte alta tienen salida a diferentes vías públicas (por tanto, sometimiento al régimen de la LPH de 1960).

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron íntegramente las pretensiones deducidas en la demanda, declarando la existencia de tal medianería y con la consecuencia de que el propietario del suelo y del inmueble sobre el

mismo construido no podrá desconocerla ni desprotegerla, para su adecuado uso por el propietario del subsuelo.

En casación, el actor alega la infracción del artículo 396 CC, el mantenimiento de la circunstancia de que ambas construcciones son aprovechamiento común del solar, cimientos, muros y cubierta, y niega la existencia de medianería horizontal entre la bodega del demandante y la casa de los demandados. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, desestimando igualmente las pretensiones del actor. (*S. L. M.*)

37. Aplicación del régimen de la Ley de Propiedad Horizontal.—Entiende el Tribunal Supremo que el artículo 2 LPH 1960 ha sido interpretado por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que cuando se dan las circunstancias del artículo 396 CC, hay comunidad sometida al régimen de la propiedad horizontal.

Régimen de mayorías de los acuerdos adoptados en Junta de Propietarios.—El Tribunal Supremo diferencia aquí los acuerdos de unanimidad o de quórum calificado de los acuerdos que requieren únicamente la mayoría simple. Respecto de los segundos, sólo cuenta la mayoría simple de cuotas y número de los asistentes, no del total del inmueble (así se exige respecto de la primera convocatoria, no de la segunda, el artículo 16.2.2.º LPH 1988). Ahora bien, en ambas convocatorias se exige una doble mayoría, no sólo de número, sino también de cuotas de participación, de tal manera que hay que conseguir el quórum doble. (**STS de 17 de marzo de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. y otros interponen demanda contra la comunidad de propietarios del Edificio El Flamenco, solicitando que se declare nulo y sin valor ni efecto alguno los acuerdos adoptados en la Junta de Propietarios celebrada el día 1 de junio de ese año, por cuanto dichos acuerdos fueron adoptados sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 16 LPH para la formación de mayorías. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda.

En apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda interpuesta por los actores, y únicamente declara la nulidad, por contraria a la ley, de la aprobación del primer punto del día de la reunión de 1 de junio de 1996 de la Junta de Propietarios del edificio El Flamenco, por no contar con la aprobación de la mayoría de los propietarios asistentes.

La comunidad de propietarios recurre en casación, alegando la infracción del artículo 16.2 LPH y de la DT 1.^a párrafo 3 de la citada Ley. El Alto Tribunal, tras afirmar la aplicación del régimen de la LPH, se refiere a la acción de nulidad del acuerdo adoptado. Según el TS, el artículo 22.3 de los estatutos establece que para los acuerdos no comprendidos en la modificación de estatutos, bastará con el voto que represente la mayoría de participaciones en la comunidad; y si esta no se pudiera obtener por falta de asistencia, se celebrará otra junta, debidamente convocada y en la que los acuerdos que se tomen serán obligatorios para todos con la simple mayoría de los asistentes a dicha junta. Se reproduce aquí el contenido del párrafo 2º del artículo 16.2 Ley de Propiedad Horizontal de 1988 y la DT 1.^a de la Ley de 1960. Concluye el Tribunal Supre-

mo indicando que como el acuerdo sólo obtuvo la mayoría de asistentes, sin que ello implicara la mayoría de cuotas, ha sido anulado razonablemente por la sentencia impugnada. (S. L. M.)

38. Doctrina jurisprudencial sobre la caducidad en relación con la impugnación de acuerdos de propiedad horizontal.—El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones que sólo causas de nulidad, fundadas en normas, tanto imperativas como prohibitivas de la Ley de Propiedad Horizontal, pueden propiciar la distinción entre los acuerdos contrarios a la ley en el sentido del artículo 6.3 CC y los acuerdos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal o a los estatutos. Siempre que se trate de impugnaciones basadas en infracciones normativas del régimen de la propiedad horizontal, la jurisprudencia sostiene que para enervar acuerdos se requiere haberlos impugnado dentro de los treinta días siguientes al que se adoptó o a la notificación conforme previene el artículo 16 Ley de Propiedad Horizontal y, aún así, el acuerdo tiene carácter provisionalmente ejecutivo, salvo que judicialmente se ordene la suspensión (STS de 17 de abril de 1990).

Diferencia entre nulidad y anulabilidad de acuerdos de propiedad horizontal.—A la hora de explicar las diferencias entre nulidad y anulabilidad sujeta a caducidad, el Tribunal Supremo señala que el texto anterior a la reforma de la Ley 8/99 consideraba meramente anulables los acuerdos que entrañasen infracción de algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la respectiva comunidad; la nulidad radical o absoluta estaba reservada solamente a aquellos otros acuerdos que, 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 el orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al artículo 6.3 CC. (**STS de 25 de enero de 2005;** ha lugar.)

HECHOS.—Don M., don F., don E. y las entidades *Josef Rejser S. L.*, *Cubrhi S.A.* y *Cefam S. L.* interponen demanda contra la comunidad de propietarios de Pueblo Lucía, solicitando que se declare: 1) Que el acuerdo adoptado por la comunidad en la Junta del día 23 de febrero de 1995 es nulo de pleno derecho; 2) Que la norma estatutaria que establece el sistema de participación de los distintos propietarios en los gastos comunes es nula de pleno derecho y sin valor ni efecto alguno; 3) Que es nula de pleno derecho la exención de pago contenida en la norma 3.^a, apartado B, de los estatutos. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda.

Los actores interponen recurso de apelación, en el que la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda y declara que la norma estatutaria 3.^a B, que establece el sistema de participación de los distintos propietarios de la comunidad en los gastos comunes, y la exención de pago contenida en la misma es nula de pleno derecho y sin valor ni efecto alguno.

Los demandados recurren en casación, alegando la no aplicación de los artículos 9.5 y 16.4 LPH, así como la aplicación indebida del artículo 6.3 CC. El Tribunal Supremo estima el recurso, declarando caducada la acción ejercitada. (S. L. M.)

39. Concepto de hipoteca solidaria.—Se dice de aquella hipoteca en la que quedan sujetas simultáneamente varias fincas ciertas y determinadas en garantía de un mismo crédito, sin que se determine la cantidad o parte de gravamen de que cada una debe responder. Por ello, el acreedor puede repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas gravadas o contra todas ellas.

Indivisibilidad de la hipoteca.—Uno de los elementos característicos de la hipoteca como derecho real de garantía es su indivisibilidad. La misma significa que mientras el crédito asegurado con la hipoteca no se satisfaga íntegramente, la misma sigue gravando la totalidad de la finca hipotecada. Por ello, los pagos parciales del crédito van disminuyendo la deuda pero no alteran ni la función ni la extensión de la hipoteca hasta la extinción completa del crédito (STS de 25 de febrero de 1986). (**STS de 4 de febrero de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—*Lemurias, S. L. y Pauce, S. L.* interpusieron demanda contra el *Banco Central Hispano Americano, S. A.*, *Banco de Fomento, S. A.*, *Banco Bilbao Vizcaya, S. A.*, *Banco Exterior de España, S. A.*, *Banco de Alicante, S. A.*, *Banco Popular Español, S. A.*, *Bankinter, S. A.*, *Banco de Sabadell, S. A.*, *Banco Zaragozano, S. A.*, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, S. A.*, *Barclays, S. A.*, *Banco de Urquijo, S. A.* y *Grupo U & U, S. A.* En la demanda se solicitaba obligar a las demandadas a otorgar carta de pago a favor de las demandantes y a otorgar escrituras de cancelación parcial de la hipoteca que existía entre las partes. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a todas las demandadas de los pedimentos deducidos contra ellas. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestima igualmente el mismo. Las demandantes formulan entonces recurso de casación, si bien el Tribunal Supremo confirma las sentencias anteriores declarando no haber lugar al recurso. (*J. D. S. C.*)

40. Préstamos hipotecarios exigibles en vía judicial extraordinaria.—Tienen sus propias normas de exigibilidad, que se recogen en las estipulaciones pactadas y que hay que acomodar a las exigencias impuestas para ese proceso en el artículo 131 LH, vigente en el momento en que ocurren los hechos. Se trata de un juicio sumario de ejecución que impone unas garantías de intervención de los afectados a los que se les debe notificar debidamente el proceso en la forma reglamentada. (**STS de 3 de febrero de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—El 23 de enero de 1993 se concertó un préstamo hipotecario entre el prestamista hipotecante *Banco Santander* y la compañía mercantil *Orsueco*, siendo el capital prestado de 250 millones de pesetas. En dicho contrato destacan las siguientes cláusulas: *a) la estipulación sobre vencimiento anticipado por causas relativas a intereses y a amortizaciones de capital; b) la determinación del domicilio de la deudora en el que se debían realizar los oportunos requerimientos y hacerse las notificaciones correspondientes al contrato, y que sería el domicilio social de Orsueco; c) el derecho del banco de ceder a cualquier otra persona o entidad todos*

o cualquiera de los derechos acciones u obligaciones dimanantes del contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia a la parte prestataria, que renunciaba al derecho que al efecto le concedía el artículo 149 LH.

Mediante escritura pública de 23 de mayo de 1994 el *Banco Santander* y la compañía mercantil *Súper-Eco Teide* acuerdan la cesión y transmisión del contrato de préstamo citado, en cuyo precio se incluía la asunción por la cessionaria del crédito resultante de los adeudos de *Orsueco* por los impagos de las amortizaciones e intereses correspondientes que vencieron el 26 de marzo y de abril de 1994 y sin que tal contrato supusiera novación o prórroga del principal.

El nuevo acreedor hipotecario acuerda en Junta General el vencimiento anticipado del préstamo. Mediante requerimientos notariales de 23 de mayo, 27 de mayo y 1 de junio de 1994 respectivamente, se notifican a *Orsueco* los siguientes extremos: la cesión de contrato, el vencimiento anticipado del crédito y el requerimiento de pago y notificación del saldo deudor.

Mediante escritura pública de 7 de junio de 1994 la deudora hipotecaria vende las fincas hipotecadas a la sociedad *Jonuel*, subrogándose la compradora en la hipoteca. En el expositivo del contrato referido a cargas se hace constar que las fincas respondían mediante su hipoteca del préstamo hipotecario, haciéndose mención del plazo de vigencia y de los intereses pactados; el Notario autorizante hizo la advertencia de que la descripción de los inmuebles, su titularidad y la referencia de las cargas resultaban de las manifestaciones de la vendedora y de los títulos de propiedad presentados pero que no se estaba en el caso de pedir la información registral previa ya que la parte adquirente manifestaba en el acto su voluntad de prescindir de la misma por su conocimiento de la situación registral-jurídica de las fincas, obrando en su poder una nota simple del Registro obtenida el 30 de mayo anterior. El Notario advertía, además, que la situación registral existente antes de la presentación de esa escritura en el Registro prevalecería sobre las manifestaciones anteriores.

A través de requerimiento notarial de 11 de enero de 1995 se ofreció por *Jonuel* a *Súper-Eco Teide* el pago de las cantidades que adeudaban por amortizaciones del capital e intereses, a lo que se negó esta.

Seguido el procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH frente a *Orsueco*, se personó *Jonuel* planteando la nulidad del juicio, lo que no se aceptó. En dicho proceso se le había intentado notificar su existencia por medio de un escrito remitido a los juzgados de Tenerife. No obstante lo anterior, no participó en la subasta celebrada y los bienes se adjudicaron a la acreedora que cedió el remate a *Comercial Guzmán*.

Jonuel interpone demanda frente a *Súper-Ecop Teide* suplicando se dicte sentencia en la que se declare: a) que el préstamo garantizado con hipoteca no ha vencido; b) que no se ha practicado el requerimiento al tercer poseedor en la forma legalmente establecida; c) que al no cumplirse los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria se declare la nulidad de todo el juicio de ejecución de préstamo hipotecario.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda afirmando, en cuanto a si existió o no vencimiento anticipado, que «no se cumple con la obligación principal de pago de los intereses y devolución de la parte de principal correspondiente durante dos meses [...] este incumplimiento existe en el tiempo y no cabe retrotraer el tiempo o hacer una entrega acumulada de las prestaciones atrasadas de otros meses en contra de la voluntad del prestamista para evitar que opere el vencimiento anticipado, como si de una rehabilitación del contrato se tratase». Por lo que se refiere a la causa de nulidad alegada por la demandante por falta de notificación de requerimiento de pago, el Juzgado afirma que se notifica a quien en ese momento era deudor (*Orsueco*), por lo que se había cumplido con los requisitos legales antes de que *Jonuel* comprase las fincas del deudor hipotecario.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandante y confirma en todos sus extremos la sentencia de la instancia.

La demandante recurre en casación alegando incongruencia de la sentencia, falta de notificación a los avalistas, que se rechazan, y otros motivos que igualmente se rechazan por constituir cuestión nueva. (*B. F. G.*)

41. El tercero hipotecario protegido por el Registro (art. 34 LH).

La jurisprudencia admite de forma pacífica que el artículo 34 LH sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, pero no del propio. Para que el artículo 34 sea aplicable, debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido; si fuera inexistente, radicalmente nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará una función convalidante o sanatoria de los vicios de que adolezca, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto se apoya en el contenido del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero (protección de la apariencia de realidad generada por el Registro de la Propiedad). En caso de nulidad del acto adquisitivo entre el tercero adquirente y el transmitente, entrará en juego el artículo 33 LH, que señala que la inscripción no convalida la nulidad del acto, configurándose el artículo 34 como una excepción al anterior artículo 33.

Naturaleza jurídica de la cesión de remate.—La adjudicación del remate para cederlo a un tercero se configura como una cesión del contrato que supone la transferencia de un sujeto (cedente) a otro (tercero) de los elementos activos y pasivos derivados del contrato, de manera que aunque se produzca sustitución de parte, la nulidad o ineficacia del contrato cedido alcanza a todos los sujetos. Por tanto, ese tercero al que se cede el remate pasa a ocupar la misma posición que tenía su cedente en la ejecución hipotecaria, siéndole oponibles las mismas causas de nulidad del procedimiento, sin que la adquisición por medio de la cesión de remate resulte independiente y ajena a la nulidad del procedimiento judicial sumario del que la cesión de remate trae causa. (**STS de 8 de febrero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. J. y doña B. interponen demanda de nulidad de un determinado procedimiento hipotecario sumario frente a don M. doña E. y doña I. por haberse seguido ese procedimiento con

causa en cuatro obligaciones con garantía hipotecaria sin que don M. aportase los títulos originales que las reflejaban.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y no declara la nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria ni de la adjudicación de la vivienda litigiosa, realizada a las codemandadas doña E. y doña I. por cesión de remate. Don F. J. y doña B. recurren la sentencia en apelación. La Audiencia entiende que la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria no deviene únicamente de la generación de indefensión en sentido técnico sino que dependerá de la función y alcance que quepa atribuir a la exigencia procedural omitida o infringida. En el caso de la exigencia de incorporar los títulos originales, dicha función es la de garantizar la seguridad del tráfico jurídico y económico. La importancia esencial de dicha función en la materia lleva a la Audiencia a estimar la demanda formulada y declarar la nulidad del procedimiento hipotecario. Doña E. y doña I. acuden en casación ante el Tribunal Supremo, que entiende que la adquisición por medio de la cesión de remate no supone una segunda transmisión distinta y válida que es la protegida por el artículo 34 LH, no quedando, por tanto, ajena a la nulidad del procedimiento judicial sumario del que la cesión de remate trae causa. Por este motivo el Tribunal Supremo desestima el recurso. (C. L. N.)

42. Protección de la fe pública registral del artículo 34 LH.—Para obtener tal protección es imprescindible que la causa por la que se resuelve el título del otorgante no conste en el Registro de la Propiedad en el momento en que el tercero adquiere a título oneroso. Si tal causa constaba en el Registro y aun así el tercero adquiere la cosa lo hace a riesgo y ventura de lo que suceda ulteriormente en base a dicha causa, es decir, la adquiere sin la protección registral del artículo 34 LH. (**STS de 21 de abril de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad de Fomento de Turismo de Nuévalos S. L. vendió dos fincas a *Medstar, S. L.* Comoquiera que la vendedora solicitó la resolución judicial del contrato de compraventa, la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso de apelación interpuesto y declaró no sólo la resolución del contrato sino también la cancelación de las inscripciones existentes en el correspondiente Registro de la Propiedad derivadas de la compraventa.

Mientras se desarrollaba el citado proceso, la mercantil *Ausalza, S. A.* había adquirido las mismas fincas en la subasta derivada de la ejecución de una sentencia recaída en otro proceso contra la compradora. *Ausalza, S. A.* consideraba que al haber cambiado la titularidad registral de las fincas antes de que se resolviese el contrato de su otorgante, la sentencia debería declarar expresamente la nulidad de tales inscripciones (cosa que no hacía).

Fracasado el intento de *Ausalza, S. A.* de recurrir en casación la precitada sentencia de la Audiencia Provincial que resolvía el contrato de compraventa, presentó al Juzgado un escrito interesando que se librara exhorto. El Juzgado denegó su petición mediante providencia por no ser necesaria para la ejecución de la sentencia. *Ausalza, S. A.* presentó entonces recurso de reposición contra dicha

providencia, el cual fue desestimado mediante auto. De nuevo presentó recurso de apelación contra el auto que esta vez fue estimado en parte por la Audiencia Provincial en el sentido de que la ejecución de la sentencia dictada debía precisar la anulación de las titularidades alcanzadas por *Ausalza, S. A.*, así como los asientos registrales derivados de aquéllas.

Ese auto del Tribunal Provincial fue recurrido en casación por *Ausalza, S. A.* ante el Tribunal Supremo quien declaró no haber lugar al mismo. El Tribunal Supremo mostró su sorpresa por el hecho de que *Ausalza, S. A.* apelase a la protección derivada de la fe pública registral del artículo 34 LH cuando no sólo existía anotación preventiva de la demanda de resolución interpuesta por la demandante *Sociedad de Fomento de Turismo de Nuévalos S. L.* en el momento en el que la recurrente en casación había adquirido las fincas en la subasta sino que además había sido ya emplazada y había incluso contestado a la demanda. (*J. D. S. C.*)

DERECHO DE FAMILIA

43. Matrimonio canónico: efectos civiles de sentencia canónica de nulidad: doctrina general.—Hay que partir de la aconfesionalidad del Estado español, principio establecido en el artículo 16.2 CE que no hace otra cosa que recoger lo proclamado por el artículo 18 de la Declaración Universal de 1948 que proclama la libertad religiosa de manera absoluta; una cosa es reconocer a la Iglesia católica las atribuciones propias de una jurisdicción en materia matrimonial, como se establece en el Acuerdo de 1979, y otra muy distinta, dar eficacia incuestionable en el orden civil a las resoluciones dictadas por los Tribunales canónicos sobre nulidad de matrimonio canónico, pues para este último será preciso, sin excepción alguna, que dicha resolución canónica sea conforme a las condiciones a que se refiere el artículo 954 LEC 1881, ya que la cooperación del Estado con la Iglesia católica no implica automatismo en el reconocimiento de tales resoluciones (STC 66/1982, de 12 diciembre). El respeto, o no contradicción con el orden público de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende, solamente se extiende «constatar si las declaraciones de la sentencia dictada conforme al Derecho canónico, no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal (SSTS de 1 julio 1994 y 5 marzo 2001), esto es, si no contradicen el orden público interno integrado por principios no solo jurídicos públicos y privados, sino también por políticos, económicos, morales, o incluso religiosos y hasta supranacionales (STS de 23 noviembre 1995), en definitiva, por los principios constitucionales del matrimonio según el derecho interno del foro».

Nulidad por reserva mental sobre indisolubilidad del matrimonio canónico.—Si se entiende que el control de homologación no se proyecta sobre el derecho sustantivo (y en igual sentido el Reglamento de la CE 137/2000, del Consejo, de 29 mayo, cuyo ámbito alcanza también a las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos cuando median Acuerdos o Tratados particulares), no cabría cuestionar la causa de nulidad aplicada —reserva mental sobre la indisolubilidad canónica—, que incide en un elemento esencial coincidente como es el consentimiento; y si el problema se enfoca, como es necesario, en

el plano del orden público matrimonial, es más que dudoso que se dé la contradicción que declara el Tribunal de instancia, pues no se advierte en qué medida resulta así «perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español» (STS de 8 marzo 2001). En el plano del derecho interno, el compromiso o aceptación de la indisolubilidad del matrimonio no le impide promover su disolución ejercitando la acción personal de divorcio que tendrá, si prospera, plenos efectos civiles. Todo lo cual conduce a dar la eficacia civil procedente de la sentencia del Tribunal Eclesiástico de Getafe, ya que lo contrario supondría negar virtualidad al artículo VI del Acuerdo Jurídico de 3 de enero de 1979.

Matrimonio canónico disuelto por precedente sentencia de divorcio.—La jurisprudencia de esta Sala no ha negado eficacia civil a sentencias canónicas de nulidad posteriores a sentencias de divorcio (así en los casos resueltos por SSTS de 23 de noviembre de 1995 y 5 de marzo de 2001), pues no se trata de resoluciones inconciliables, no tanto por faltar la identidad objetiva cuanto porque sus consecuencias jurídicas no se excluyen jurídicamente en la medida en que los efectos civiles del divorcio no resultan alterados o modificados por la posterior declaración canónica de nulidad. (**STS de 23 de marzo de 2005;** ha lugar.)

NOTA.—Tema ampliamente debatido en la doctrina civilista y canonista (últimamente Roncesvalles Barber Cárcamo, *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio* Valencia 2005), cuyo origen radica en la diversidad de efectos civiles que producen, respectivamente, la declaración de nulidad (art. 98) y de divorcio (art. 97); como dice la autora citada se produce en algunos casos una instrumentalización del reconocimiento civil de las sentencias canónicas de nulidad, y coloca a los Tribunales civiles en una postura que, en cierto modo, puede calificarse de *esquizofrénica*, como en el presente caso (y otras anteriores SSTS de 24 de septiembre de 1991, 23 de noviembre de 1995, 5 y 8 de marzo de 2001) pues aquéllos admiten los efectos civiles de la sentencia canónica posterior sin modificar la anterior civil de divorcio. Hace más de medio siglo Carbonnier prologó una curiosa tesis de Borricand titulada *Les effets du mariage après sa dissolution*, y aunque el autor no contemplaba específicamente este supuesto ¿Habrá que releer sus conclusiones? (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

44. Determinación del contenido de un legado: interpretación del término «casas».—La denuncia que contiene el motivo primero de haberse infringido el artículo 675 CC, centra lo que es el verdadero objeto del debate casacional.

El causante don D. A. J., de estado soltero, otorgó testamento en fecha 4 de septiembre de 1990, en el que instituyó heredera universal a la actora doña M. P. A. J. y estableció un legado a favor de las recurrentes (demandadas) con la siguiente literalidad: «Legó a sus sobrinas G. y M. C. J. A. por partes iguales y proindiviso las casas situadas entre las calles José Morales a República Argentina en Carrizal de Ingenio».

Se establece como hecho probado que entre las referidas calles existe un complejo inmobiliario que fue propiedad del testador, integrado por tres bienes que la sentencia del Juzgado detalla debidamente, es decir edificio destinado a cine, vivienda con más de cuarenta años de antigüedad y solar edificable (donde se encuentra un garaje).

El Tribunal de apelación excluyó del legado el cine y el garaje y dice «pensar» (pero no piensa bien) que el garaje y el cine no son propiamente casas, pues ha de entenderse por tales no sólo lo que representa como vivienda y se sigue pensando con desacuerdo al considerar, sin base fáctica alguna, que el testador sufrió un error de expresión, es decir que debió decir casa y no casas.

La conclusión decisoria a que llega la sentencia recurrida no se sostiene y no cabe aceptarla, pues necesariamente no toda casa tiene el significado absoluto de vivienda y en el concepto cabe incluir la edificación que configura vivienda como la que tiene otros usos distintos, es decir todo edificio tanto para habilitar (*sic*) como no.

Aquí sucede que el testador empleó el plural «casas», y su intención resulta notoriamente manifiesta para comprender en el legado todos los inmuebles sitos en las calles que señala, ya que su plena identificación no ofrece duda alguna.

De seguir la tesis de la Sala se llegaría a la conclusión que se ha producido una minoración arbitraria del objeto del legado al no dar al vocablo «casas» la interpretación y dimensión testadora que le corresponde.

A modo ilustrativo la Ley de 24 de mayo de 1995 de Derecho Civil de Galicia menciona la casa no refiriéndola exclusivamente a vivienda (art. 9) y el Código penal contempla la figura delictiva de robo en casa habitada, dejando fuera por tanto, pero no del término casa, lo que no cabe considerar espacio que sirve de habitación o morada a las personas.

La S de 8 de marzo de 1956, en un supuesto con cierta similitud al presente, declaró que la palabra «casa» equivale a edificio construido y si el testador hubiera querido restringir sólo el legado a la vivienda, no hubiera con toda lógica empleado el vocablo «casas», pues resulta difícil en lenguaje común confundir el singular con el plural o emplear éste en lugar de aquél y aquí sucede que no se segregó expresamente del legado el cine y el garaje que la demandante reivindica ser de su propiedad exclusiva por vía sucesoria.

El Tribunal de apelación al haber dado a la cláusula del legado la interpretación que se combate en casación, lo hizo con patente error, razones todas que determinan la acogida del motivo.

Acta notarial de aceptación de herencia: concepto y función. Es irrelevante como elemento integrador de la voluntad testamentaria.—La aceptación de herencia es un acto de voluntad no recepticia, que no impide la concurrencia de otros coherederos, mediante la cual el designado como heredero universal confirma tal condición. La función jurídica es la de adherirse al llamamiento efectuado por el testador, lo que forzosamente ha de ser respetado y no actuando como instrumento, aunque sea público, para modificarla o alterarla y por tanto su valor jurídico en este aspecto es totalmente ineficaz, ya que lo que predomina y ha de respetarse es la voluntad del causante de disponer de sus bienes por testamento, en la forma en que se exprese y dentro de la legalidad. (STS de 21 marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—En lo esencial el conflicto recogido en la sentencia se circunscribe a la reivindicación por parte de la heredera universal de determinados bienes, legados por el testador a sus sobrinas, partiendo de una interpretación estricta del término «casas» conducente a excluir como objeto de la atribución un cine y un garaje. El Juzgado desestimó la demanda mientras que la Audiencia acogió la apelación de la actora. Interponen recurso de casación las demandadas y el Tribunal Supremo declara haber lugar. (*R. G. S.*)

DERECHO MERCANTIL

45. Competencia desleal. Supuesto en el que cabe apreciarla.—El Alto Tribunal considera que el grado de imitación de las máquinas recreativas fabricadas por la demandada con la fabricadas por la demandante era tan alto que podía crear confusión con la actividad de esta última, incluso en el sector especializado. El comportamiento de la demandada en el mercado, aprovechándose de una autorización contractual para fabricar máquinas de creación ajena en un número muy determinado, en un plazo limitado y bajo unas muy rigurosas condiciones de identificación, con el correspondiente trasvase de tecnología, para después lanzar como de creación propia una máquina prácticamente idéntica, animando a sus clientes a adquirirla con preferencia a sus competidoras, es objetivamente contrario a la buena fe, resulta idóneo para crear confusión y riesgo de asociación por parte de los consumidores y comporta un aprovechamiento de las ventajas de la reputación industrial y comercial ajenas.

Competencia desleal. Indemnización de daños y perjuicios.—La existencia de daños y perjuicios resulta del propio comportamiento ilícito enjuiciado, ya que difícilmente puede concebirse un aprovechamiento no provechoso o una deslealtad en el mercado para con un competidor que no perjudique económicamente a éste. Si por regla general las conductas ilícitas en materia de competencia desleal o marcas buscan el beneficio económico de quien incurre en ellas, su efectiva realización comportará normalmente un perjuicio para la víctima de la ilicitud, que verá disminuir sus ventas tanto como aumentan las del competidor desleal.

Conviene matizar lo declarado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias sobre la imperiosa exigencia de acreditar los daños y perjuicios en el proceso de declaración (STS de 20 de febrero de 2001) o sobre la falta de consolidación de la doctrina de los daños *in re ipsa* en estas materias (SSTS de 29 de septiembre de 2003 y 3 de marzo de 2004) mediante lo resuelto por aquellas otras que consideran los daños y perjuicios una consecuencia necesaria de la infracción (SSTS de 23 de febrero de 1998, 17 de noviembre de 1999, 7 de diciembre de 2001 y 19 de junio de 2003), pues raramente podrá darse la infracción que ningún beneficio reporte al infractor o ningún perjuicio cause al demandante interesado en que cese la ilicitud, si se tiene en cuenta el interés económico que preside estos ámbitos, generalmente vinculados a actividades empresariales, e incluso la posibilidad de daño moral admitida por esta Sala en su S de 18 de febrero de 1999 al resolver un recurso de casación en materia de marcas, siendo demandante una persona física.

Infracción del artículo 1281 CC. Requisitos para su alegación en casación.—La jurisprudencia ha sido especialmente rigurosa al exigir en los motivos de casación dirigidos a impugnar la interpretación contractual por el tribunal sentenciador que se especifique cuál de los dos párrafos del precepto se consideran infringidos (SSTS de 10 de mayo de 1991, 28 de julio de 1995, 30 de junio de 1996, 23 de junio de 1997, 4 de julio de 1997, 26 de julio de 1997 y 3 de noviembre de 1998), pues la interpretación literal excluye la intencional.

La jurisprudencia exige, además, la puesta en relación del citado precepto con el artículo 1282 CC. (STS de 23 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de septiembre de 1994, la sociedad española que en exclusiva comercializaba en España una máquina recreativa creada por una compañía británica (demandantes), y otra sociedad española (Demandada) celebran un contrato cuyo objeto está constituido por «la habilitación para fabricar 5.000 máquinas tipo B» obligándose la demandada a fabricar en el plazo de un año desde la firma del documento y no pudiendo fabricar ninguna máquina de este modelo transcurrido dicho plazo. Además de esta estipulación, interesa destacar las siguientes: *a)* la actora contratante entregaba en el propio acto a la demandada copia de la ficha de homologación debidamente diligenciada y copia de la documentación técnica de la aludida máquina; *b)* el precio de la cesión se fijaba en 150 millones de pesetas más el IVA correspondiente; *c)* la demandada se comprometía a numerar e identificar debidamente todas las máquinas emitiendo los correspondientes certificados y guías de distribución y a serigrafiar en el frontal una descripción en la que constase que las mismas habían sido fabricadas con autorización de la otra contratante.

El 20 de febrero de 1995 la demandada envía una Circular a sus clientes comunicándoles que su acuerdo con la importadora exclusiva demandante no había cumplido sus objetivos y no había sido renovado; acto seguido, daba cuenta de que su departamento de investigación, diseño y desarrollo había creado dos modelos de máquinas recreativas con todos los requisitos precisos para su fabricación y comercialización. Y a continuación indicaba adjunta folletos de esos dos modelos «cuyo lanzamiento os comunicamos con la seguridad de que superarán en aceptación y rentabilidad a los otros modelos similares existentes en el mercado». La demandada, por tanto, aprovechándose del contrato arriba mencionado por el que se le autorizaba a fabricar dicha máquina, había continuado haciéndolo después del tiempo pactado al margen ya de los términos de la autorización bajo términos distintos y merced a los conocimientos obtenidos y a la reputación alcanzada en el mercado por la misma máquina.

En la demanda se pedía la declaración de que la fabricación, distribución y venta de dos tipos de máquina por la demandada constituían, en primer lugar, un acto de competencia desleal y, en segundo lugar, una infracción de los derechos de propiedad intelectual derivados de la máquina.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en cuanto a la infracción de los derechos de propiedad intelectual pero

la estimó en cuanto a la declaración de competencia desleal. Al fijar la cuantía debida por indemnización de daños y perjuicios, acordó que comprendiera el beneficio dejado de percibir por las codemandantes y el beneficio obtenido por la demandada.

La audiencia desestimó los recursos de apelación interpuestos por ambas partes. La demandada interpone recurso de casación. (*B. F. G.*)

46. Competencia desleal. Significado.—La competencia no es leal cuando, sin más, contraviene la buena fe del mercado concurrente, o se actúe vulnerando los elementales principios de respeto a lo ajeno, o se obtengan logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de lo así conseguido por los demás (STS de 14 de julio de 2003).

Supuesto de imitación parcial de la obra ajena.—No hay una imitación de la obra en su totalidad con aprovechamiento del esfuerzo ajeno, sino una imitación parcial de tal obra que conlleva ese resultado. Este supuesto es incardinable en la norma contenida en el párrafo primero del artículo 11.2 LCD, en el que se consagra un supuesto de competencia desleal que la doctrina y la jurisprudencia alemana configuran como de aprovechamiento directo del esfuerzo ajeno o del trabajo de otro, en el que hay una «copia» sin que exista un esfuerzo personal en su obtención como lo hay en la imitación de productos. No se trata de que la demandada haya imitado el directorio de la actora en su diseño, estructura y disposición de la información, ni tan siquiera en su denominación, pues tal actividad no constituye un acto de competencia desleal, sino simplemente de apropiarse y valerse de la información que sobre 301 empresas contenía el directorio de la actora del año 1993, incluyéndola en el suyo propio, lo que supone, aproximadamente, el treinta por ciento de la información contenida en dicho directorio.

Irrelevancia de la falta de originalidad de la obra ajena para integrar el supuesto de competencia desleal.—Resulta irrelevante que la idea del directorio no sea original, y tampoco exista sobre ella un derecho en exclusiva protegido por la Ley, pues tal circunstancia no impide que se verifique el acto de competencia desleal consistente en la imitación de las prestaciones de un tercero, que integra el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno y, en consecuencia, es contrario a la buena fe. (**STS de 3 de febrero de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *D.F. S. L.* había elaborado y publicado en 1993 un «Directorio de Recursos Humanos». Esta obra fue utilizada el año siguiente por la empresa *G. E.J.J. S. A.*, que reprodujo en un directorio publicado en una revista de su propiedad en torno a un tercio de la información recabada y procesada por la actora. Dicha reproducción se había hecho de forma literal, reiterando incluso la transcripción, el mismo modo de abreviar e incluso determinadas erratas, lo que probaba que se trataba de una copia literal de la información facilitada por la demandante. La actora demandó pidiendo que se declarara el acto de competencia desleal, solicitando la entrega de los ejemplares para su destrucción, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados y la publicación de la sentencia. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid estimó par-

cialmente el recurso de apelación planteado por la actora y declaró que se había producido un acto de competencia desleal, con condena a la indemnización de los daños y perjuicios, absolviendo a la demandada del resto de los pedimentos. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (*L. A. G. D.*)

47. Elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual.—El prestigio de fama comercial adquirido por un empresario, persona física o jurídica, es digno de protección y respeto, como una persona física en el marco del derecho al honor. Dicha protección jurídica tiene lugar en base a la acción de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 y ss. CC) en la medida en que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista. La acción de responsabilidad exige por parte de quien la plantea la acreditación de la acción que se imputa al agente, su culpabilidad y la relación causa-efecto entre la acción y el daño que se dice causado. En relación con la culpabilidad, no cabe deducir su existencia cuando la información que aparece en una revista es veraz, en el sentido de que se aprecia una diligente búsqueda de la verdad y una seriedad del esfuerzo informativo.

Actos de competencia desleal.—Señala el Tribunal Supremo que tienen su origen en prácticas desleales, susceptibles de perturbar el funcionamiento de la competencia del mercado. De manera que es esencial la existencia de fines concurrenceales. Intención que no es posible derivar de la publicación en una revista destinada a los consumidores de una noticia relativa al análisis comparativo de marcas comerciales de un producto lácteo, del que la cooperativa que publica el artículo no es fabricante. (**STS de 3 de febrero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Una cooperativa de consumidores (*Eroski*) publica en su revista destinada al consumidor vasco un artículo sobre la calidad de los quesos frescos de diversas marcas comerciales basado en el resultado de un análisis realizado en una muestra puntual. En el artículo se hace constar que en la muestra tomada en el queso fresco fabricado por *Mantequerías las Nieves, S. A.*, se ha encontrado el germen de la listeria y se observa la ausencia de indicación de fecha de caducidad en su envase. El artículo es recogido por otros medios de prensa de tal ámbito y de sus zonas limítrofes como Burgos, sin que esta difusión, al margen de la revista, haya sido propiciada por *Eroski*.

La sociedad *Mantequerías las Nieves* entiende que tales actos son constitutivos de competencia desleal y han producido daños y perjuicios morales y materiales, por lo que interpone demanda. El Juzgado de Primera Instancia entiende no aplicable la Ley de Competencia Desleal, Ley 3/1991, de 10 de enero, por no constituir un acto de competencia desleal y rechaza la acción de responsabilidad civil por considerar que no se han dado los presupuestos de la misma. Esta decisión es recurrida en apelación por la sociedad. La Audiencia Provincial estima que no puede considerarse que tal publicación se realizara con fines concurrenceales y que el artículo es correcto desde el punto de vista periodístico y científico por lo

que la actuación de *Eroski* se ve amparada por su derecho a defender esa información que se estima veraz. La parte demandante interpone recurso de casación, y el Tribunal Supremo, en el sentido de las sentencias de instancia, lo desestima subrayando la inexistencia de una acción ilícita negligente por parte de la sociedad y la ausencia del nexo de causalidad entre la publicación (acción) y el descenso de venta de queso (efecto), por cuanto sólo descendió la de mantequilla. (*C. L. N.*)

48. Caducidad de marca por falta de uso. Inexistencia de justificación de la causa de la inactividad.—No cabe aceptar como justificadas aquellas causas que dependen del propio control de los interesados. La licenciataria *Cidesport* actuó en ejercicio del principio de autonomía privada contractual —aparte de que pudo haber usado la marca 88.222 respecto de productos a los que no se extendía el compromiso de comercialización celebrado con *Nike International LTD*—, y por su parte los señores A. y B. no sólo conocían la situación, sino que la admitieron (como se deduce de sus propias alegaciones), y en todo caso, al no estar vinculados por los contratos suscritos por *Cidesport* con *Nike Int Ltd* pudieron haber controlado y actuado en consecuencia, evitando la incuestionable inactividad de la marca núm. 88.222.

No incurre en comportamiento de mala fe la parte que no ejercita la acción de caducidad de marca mientras mantiene relaciones contractuales con la licenciataria y lo hace cuando esas relaciones se rompen.—No hay fundamento para apreciar una renuncia por parte de *Nike International* al ejercicio de la acción, ni ningún retraso, ni comportamiento alguno del que quepa deducir semejantes conclusiones. Es más, las propias relaciones contractuales hacen impensable que pudiera tener lugar tal ejercicio; y éste se produjo una vez rotas las mismas, e incluso una vez que se dedujo por los recurrentes la acción de nulidad de las marcas registradas a nombre de *Nike International*. Además, el que la marca núm. 88.222 no se haya utilizado hasta los años 1990/1991 (luego veremos con qué alcance) es imputable a los recurrentes —nudo propietario y usufructuaria— y a la licenciataria, los cuales, obviamente por su beneficio económico, prefirieron utilizar la denominación *Nike* de modo diferente a la que tenían registrada (se reconoce en el motivo), y por consiguiente no podían desconocer que colocaban en situación práctica de inactividad su propia marca.

No prevalece el elemento denominativo de la marca.—Aunque, por lo general, prevalece el elemento denominativo, en el caso de la marca núm. 88.222 resulta a todas luces inconsistente considerar, como hacen sus titulares (titular registral y licenciataria), más significativo —distintivo— el elemento mero-denominativo, máxime si se advierte que la figura que la integra no es una mera evocación abstracta, sino de una escultura muy famosa y muy visible —impactante.

La versión de la marca configurada en la etiqueta en forma de cuadernillo de doble hoja no constituye una utilización idónea para enervar la acción de caducidad por falta de uso.—La versión de la marca número 88.222 configurada en la etiqueta en forma de cuadernillo de doble hoja con las características ya repetidas no constituye una utilización idónea para enervar la acción de caducidad por falta de uso. Se trata de una actuación ficticia, impregnada de mala fe (como apreciaron las sentencias de instancia),

de modo que la segunda hoja del cuadernillo es un recurso –ardid ingenioso– para aparentar –simular– la utilización del signo registrado y eludir o enervar la caducidad, en tanto que la primera hoja –la más visible–, mediante una singular similitud en la presentación se crea una asociación con la marca competidora prestigiosa (que antes la licenciataria había distribuido) que se imita. Con tal comportamiento, con distorsión de la verdadera marca y aproximación a la ajena –en la nueva versión se da prevalencia al elemento denominativo respecto del gráfico, y se presenta aquél con gran asimilación al ajeno– se crea el riesgo de error en los consumidores –en el sentido al que se ha referido este Tribunal como el consumidor normal (no el especializado), el cual está alejado de la «minuciosa» comparación de las marcas y diseños.

La marca derivada o versión modernizada no pueden sobreponerse a los rasgos esenciales de la marca registrada para considerarse como uso de dicha marca.–No puede justificarse la utilización efectuada, al amparo de la posibilidad de marca derivada o de una versión modernizada, con protección normativa de ésta en el artículo 4.2.a) de la Ley de Marcas de 1988 con arreglo al que «para la aplicación del apartado 1 tendrá la consideración de uso el empleo de la marca en una forma que difiera en elementos que no alteren de manera significativa la forma bajo la cual se halla registrada», porque, –aparte de que la «marca derivada» en la regulación de 1988 (no la recoge la LM de 2001) debía estar registrada de conformidad con el art. 9.1–, como indica la sentencia recurrida, siguiendo a la doctrina científica, y en concreto sobre el denominado elemento extrínseco de la variación de la forma de la marca, el uso no será de la marca registrada cuando, además de sobreponerse los rasgos esenciales de su identidad (lo que en el caso es indudable por lo que se razóñó), se invaden o bordean los que son propios de otra distinta, con el efecto añadido de originar riesgo de confusión en el mercado sobre la procedencia de los productos así identificados. (**STS de 28 de marzo de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.–Los demandantes solicitaron en 1991 que se declarase judicialmente la caducidad de diversas marcas de los demandados por falta de uso, además de otros pronunciamientos complementarios. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda declarando que la marca 88.222 había caducado. La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación interpusos por los demandados, pero el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de septiembre de 1999, estimó parcialmente el recurso de casación al declarar que la marca 88.222 no estaba caducada. La demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que en fecha 9 de febrero de 2004 dictó sentencia otorgando amparo y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de dictarse sentencia por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Definitivamente, el Tribunal Supremo dictó esta sentencia, que desestimaba los recursos de casación en el sentido de considerar que la marca 88.222 había caducado por falta de uso. (*L. F. R. S.*)

49. Patentes de invención. Protección. Límite: la innecesariedad, como invento.–La inscripción del sistema y mecanismo del invento, como patente de invención, le protege al mismo frente a terceros usuarios, que son los que tienen que probar la innecesariedad, como invento, de dicha patente,

por ser de un uso común alcanzado. Si existe una patente registrada que protege un sistema y la forma y elementos de llevarlo a cabo, no puede ser utilizado por terceros, sin el consentimiento del titular de la patente. (**STS de 22 de abril de 2005; ha lugar.**)

HECHOS.—Una entidad mercantil que tenía patentada una determinada máquina demandó a otra sociedad, también mercantil, por la fabricación y comercialización por parte de ésta, sin consentimiento de la primera, de una máquina que la actora consideraba sustancialmente igual a la fabricada y protegida mediante patente por ella.

El dictamen del perito designado en el juicio concluía que las diferencias entre las dos máquinas no eran fundamentales.

El juzgado da lugar parcialmente a la demanda y declara que la demandada carece de derecho a fabricar y comercializar las máquinas «modelo 500» por invadir los derechos de exclusiva que la patente mencionada otorgaba a la actora; también, se le impuso a la demandada una indemnización por los daños y perjuicios irrogados que fue bastante inferior a la solicitada por la actora. La Audiencia da lugar al recurso de la demandada y, en consecuencia, revoca la sentencia de primera instancia y absuelve a la demandada. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por la actora, al entender que la interpretación pericial dada por la audiencia supone una valoración incorrecta en cuanto a la determinación en sí de los hechos, y confirma la sentencia dictada por el juzgado. (*I. D.-L.*)

50. Contrato de apertura de crédito en cuenta.—Se define como aquella relación por la que el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a su disposición y a medida de sus requerimientos sumas de dinero o a realizar otras prestaciones.

Este contrato, si bien se menciona en el número 7 del artículo 175 CCO, no adquirió carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento hasta que lo introdujeron en él las SS de la Sala Primera que citadas en la de 1 de marzo de 1969 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 25 de febrero de 1933 y 16 de junio de 1966.

Autocontratación.—Se trata de la situación en la que una persona actúa con doble condición, contratando en una doble faceta: en nombre propio y por representación en nombre de otro.

Ratificación en forma tácita.—Se considera que ha existido cuando, como sucedió en el presente caso, la sociedad estuvo recibiendo del banco comunicaciones por extractos periódicos sobre los cargos que se anotaban en la cuenta social como consecuencia de las operaciones realizadas con una tarjeta contratada por su representante, sin que la sociedad hubiera protestado o rechazado en ningún momento los asientos. Todo ello es indicativo de su aceptación y ratificación en forma tácita que actúa con función saneadora y hace válidos y plenamente existentes estos negocios desde el principio.

Procedimiento hipotecario. Artículo 131 LH. Relación con un proceso declarativo ordinario.—Este procedimiento no termina por sentencia y no implica cosa juzgada. La litispendencia sólo es aplicable en aquellos casos en

los que el juicio precedente prejuzgue e interfiera en el posterior, de similar naturaleza, presentándose como interdependientes en los respectivos suplicados de cada uno de los pleitos.

El juicio declarativo ordinario es posible plantearlo con posterioridad o simultáneamente ya que el artículo 132 LH autoriza tanto al deudor, a los terceros poseedores como a los demás interesados a promoverlo para reclamar los derechos que les correspondan, pues la tutela judicial efectiva comprende el derecho del interesado a acceder a la jurisdicción ordinaria por los procedimientos legalmente establecidos.

Procesos sumarios hipotecarios y juicios ordinarios declarativos.—En los primeros lo que se persigue y ejecuta es la garantía hipotecaria contra los inmuebles especificados y afectados al pago de una deuda concreta. En los segundos, se exige la responsabilidad por los débitos contraídos al margen de los garantizados con hipoteca. (**STS de 20 de enero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El administrador único de la mercantil recurrente en casación solicitó al Banco el 28 de septiembre de 1990 tarjeta de crédito, que le fue concedida, cargando abonos y deudas en la cuenta bancaria abierta por la mercantil el 23 de junio de 1989. El solicitante tenía las facultades necesarias para que la tarjeta de crédito que solicitó lo fuera con cargo a la cuenta de la sociedad. Era además titular de otra tarjeta contra su cuenta particular. En sus actuaciones como gestor social se había producido en ocasiones confusión con las disposiciones realizadas en nombre propio, en cuanto afectaba a bienes e intereses de la sociedad.

La sociedad estuvo recibiendo del banco comunicaciones por extractos periódicos sobre los cargos que se anotaban en la cuenta social como consecuencia de las operaciones realizadas con la tarjeta, sin que hubiese dado muestras de protesta o de rechazo en ningún momento.

En la cuenta aludida se anotaban diversas operaciones bancarias de cargo y disposición, entre ellas las relacionadas con las pólizas de crédito suscritas por la mercantil y los pagos realizados utilizando la tarjeta de crédito, presentando la cuenta el saldo negativo de 529.119.944 pesetas a fecha de 1 de enero de 1992.

La recurrente combate la inclusión en el total de la deuda, que la sentencia de instancia impone pagar a la mercantil, la cantidad correspondiente a los abonos de deudas contraídas por la mencionada tarjeta de crédito. Alega también que el proceso hipotecario está pendiente de ejecución. (*B. F. G.*)

51. Fianza mercantil. No es incongruente la sentencia cuyo fallo refleja peticiones del demandante.—Se alega infracción del principio de congruencia recogido en el artículo 359 LEC. Se funda en que no se pide en el suplico de la demanda lo que sí se incluye en el fallo de la sentencia, que es la declaración del reconocimiento de deuda; literalmente dice: «*reconocida la deuda de....*» lo que no se pedía. El motivo se desestima por dos razones: implícitamente esta, más que declaración, frase-punto de partida de la parte dispositiva —declarativa y de condena— se hallaba en el suplico de la demanda; explícitamente se expresa en el escrito de la parte demandante de 12 de

enero de 1984 que en este sentido aclara la demanda, a requerimiento del Juzgado por providencia del anterior día 9.

El fiador mercantil es un obligado solidario que no goza del beneficio de excusión.—Los restantes motivos se formulan al amparo del número 4.^º del artículo 1692 LEC. El primero de ellos plantea la cuestión esencial; se alega infracción del artículo 1137 CC en relación con el 1822 porque la fianza no se constituyó como solidaria, por lo que el avalista —por ende, sus herederos— gozan del beneficio de excusión y no se ha reclamado ni demandado a la sociedad deudora que reconoció la deuda. El motivo se desestima por dos razones. La primera, porque se trata de una fianza mercantil; en ésta se ha mantenido —aunque no en forma pacífica— que la obligación del fiador tiene carácter solidario, por lo que no goza del beneficio de excusión (art. 1831.2.^º CC); así la sigue la S recurrida y, pese a ser discutible, lo mantiene la jurisprudencia; la Sentencia de 16 de octubre de 1989 lo dice breve e incidentalmente, la de 7 de marzo de 1992 claramente lo expresa.

El ejercicio del beneficio de excusión exige al fiador señalar al acreedor bienes suficientes del deudor en territorio nacional.—La segunda, porque tampoco los demandados cumplieron la exigencia del artículo 1832 CC de señalar bienes del deudor al acreedor, en territorio español suficientes para cubrir el importe de la deuda, que al no haber sido requeridos de pago, lo debieron hacer en la contestación a la demanda, exigencia reiterada por la jurisprudencia en SS de 31 de enero de 1986, 29 de octubre de 1991 y 21 de febrero de 2003.

Cuando la obligación es solidaria no cabe alegar la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario.—Si se ha dicho que los fiadores lo son con carácter solidario por tratarse de una fianza mercantil, en observancia de lo dispuesto en el artículo 1822, párrafo segundo, CC, se aplican los artículos 1140 y siguientes del mismo cuerpo legal y, en especial, el artículo 1144 que, al permitir al acreedor dirigirse contra cualquier deudor solidario, evita que se pueda dar la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Con la doctrina del levantamiento del velo se trata de evitar un fin fraudulento.—El tercero de los motivos alega la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo de la persona jurídica. La sentencia de la Audiencia Provincial estimó la demanda esencialmente por tener el fiador (y sus herederos demandados) el carácter de deudores solidarios con la deudora, sociedad anónima, principal. Y, además, apreció la doctrina del levantamiento del velo, que ahora se combate en este motivo. Se desestima este motivo porque, partiendo de los hechos que considera acreditados la sentencia de instancia, la persona jurídica deudora principal no demandada era un simple instrumento de funcionamiento dentro del tráfico mercantil, cuyo patrimonio no puede quedar separado del propio fiador para evitar el cumplimiento de la obligación que fue reconocida y garantizada; en definitiva, con esta doctrina, que se mantiene en el presente caso, se trata de evitar un fin fraudulento: así, SS, entre otras muchas, de 31 de enero, 11 de octubre, 22 de noviembre de 2000, 5 de abril, 18 de abril y 16 de octubre de 2001.

La jurisprudencia ha flexibilizado el principio *in illiquidis non fit mora*.—El motivo se estima porque la jurisprudencia, tiempo ha, flexibilizó adecuadamente este principio en el sentido de que se declara una obligación dineraria, ésta produce intereses desde que el deudor se constituye en mora —normalmente por la intimación que representa la demanda— aunque la cuantía no sea exacta e idéntica a la inicial reclamada; es decir, la prestación de los intereses moratorios se constituye cuando la obligación pecuniaria es

substantialmente igual a la reclamada inicialmente. Todo ello, en el presente caso, se ve reforzado porque en la réplica se fijó la cantidad que era la que finalmente ha sido declarada en la sentencia.

El criterio objetivo del vencimiento obliga a imponer las costas procesales al demandado totalmente vencido.—En este motivo del recurso se alega la infracción del artículo 523 LEC en cuanto establece el criterio objetivo del vencimiento y debe ser estimado porque la parte demandante fijó definitivamente su pretensión en el escrito de réplica, por lo que la estimación de la demanda fue total y las pretensiones de la parte demandada fueron totalmente rechazadas. Así, quedó infringido el citado artículo. (**STS de 15 de abril de 2005; ha lugar.**)

HECHOS.—La sociedad anónima *Alfonso Correa, S.A.* reconoce a otra en documento privado una deuda, de la que se constituye en fiador don A. C. (persona física). A la muerte de éste, la sociedad acreedora demanda a los hijos y herederos del fiador. La sentencia de primera instancia apreció la falta de litis consorcio pasivo necesario alegada por los demandados, por lo que no entró en el fondo del asunto. La sentencia de apelación revocó la del Juzgado, estimando parcialmente la demanda. Ambas partes litigantes interpusieron sendos recursos de casación: la demandante por la parte no estimada de la demanda (intereses y costas) y los demandados por la estimación sustancial de la misma. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto por estos últimos y sí al interpuesto por la demandante. (*M. C. B.*)

52. Donación de acciones futuras. Los litigios a que se refiere el artículo 904 CC son aquellos que tienen por objeto exclusivamente la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones.—Los litigios a que se refiere el artículo 904 CC han de tener necesariamente como objeto la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones, y no otra cuestión distinta.

La donación de acciones se rige por la normativa reguladora de la transmisión de acciones y participaciones, sin que la existencia de bienes inmuebles propios de la sociedad cuyas acciones se donan, obligue a seguir otras normas específicas.—Se desestima porque se efectúa una interpretación inadecuada de los citados artículos 633 y 1280.6 CC, toda vez que, si bien la transmisión de acciones o participaciones integra la de una parte alícuota del activo y pasivo de la sociedad, no puede alcanzarse la conclusión de que si en la sociedad hay inmuebles, se ajustará a la normativa reguladora de la transferencia de estos bienes, sino que corresponde aplicar la concerniente a la de acciones y participaciones.

El artículo 108.2.1.^º de la Ley de Mercado de Valores tiene efectos meramente fiscales.—Por otra parte, el artículo 108.2.1.^º de la Ley de Mercado de Valores tiene efectos fiscales, y únicamente regula la sujeción de determinadas operaciones al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, sin que se extienda al ordenamiento de cuestiones civiles o mercantiles, con la particularidad de que uno de los requisitos exigidos por este precepto hace mención a que el activo de las sociedades cuyas acciones se transmiten «esté constituido al menos en su 50% por inmuebles situados en territorio nacional», cuya circunstancia no consta acreditada en el caso.

La incongruencia o no de la sentencia recurrida resulta de la comparación entre el fallo de la misma y las peticiones de las partes contenidas en los escritos rectores del proceso.—Esta Sala tiene declarado, entre otras, en S de 2 de febrero de 1998, que, si se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida, ha de ponerse en relación el fallo de ésta con las peticiones de los escritos rectores del proceso para comprobar si concede más, menos o algo distinto de lo pedido; si recae sobre un debate diferente del promovido por los litigantes; o si contiene puntos contradictorios entre sí, o está en discrepancia con los fundamentos de derecho constitutivos de su *ratio*, no con los que contienen meros *obiter dicta*.

Desde la óptica expresada en el párrafo precedente, se evidencia que la sentencia recurrida incurre en incongruencia.

La falta de inscripción en el Registro Mercantil de una sociedad o del aumento de capital de la misma no invalida los negocios transmisivos sobre los derechos incorporados a las futuras acciones, sino que únicamente impide la emisión y entrega material de los correspondientes títulos-valores.—Por otra parte, el artículo 62 LSA establece que «hasta la inscripción de la sociedad o, en su caso, del acuerdo de aumento del capital social en el Registro Mercantil no podrán entregarse ni transmitirse las acciones»; el precepto indicado ha sido interpretado por un relevante sector de la doctrina científica en el sentido de que la imposibilidad material de confecionar la acción antes de la inscripción puede ser un obstáculo para la entrega, pero no para la transmisión de los derechos del socio o futuro socio, de modo que la prohibición de transmisión se refiere sólo al título valor, que evidentemente no puede ser transferido si no existe como tal, por incorporarse a un soporte de papel o a ese otro de la anotación en cuenta, pero no a la acción concebida como conjunto de derechos o, más exactamente, a los derechos derivados de la cualidad de socio o de futuro socio.

Según esta posición doctrinal, no existe una imposibilidad dogmática o conceptual para la transmisión de que se trata, y la prueba de su factibilidad se produce en el caso del fallecimiento del socio antes de la inscripción, y como, según el artículo 661 CC, «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones», los del socio sucederán en los derechos y obligaciones entre él y los demás socios, si se trata de constitución de sociedad, o entre él y la sociedad, si es un aumento de capital social, aunque a este conjunto patrimonial no se le llame aún «acciones». Es decir, la prohibición del artículo 62 tal vez pueda derogar la regla general del artículo 1271 CC, de que «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras», pero no a la del artículo 1112 de este ordenamiento, de que «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario», de manera que podrá transmitirse por actos entre vivos, lo mismo que, sin que la ley pueda prohibirlo, cabe su transferencia por causa de muerte.

La doctrina jurisprudencial se ha pronunciado sobre esta materia en varias ocasiones.

Algunas SSTS, como las de 8 de mayo de 1987, que cita las de 22 de octubre de 1984 y 28 de septiembre de 1985, en que se apoya la sentencia del Juzgado, señala que la prohibición de transmisión de acciones mientras no esté inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, que establece el artículo 14 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas, es tajante y la consecuencia del incumplimiento acarrea la nulidad radical prevista en el artículo 6.3 CC, que

hace totalmente ineficaz el contrato en cualquier concepto, no sólo el de compraventa, sin que pueda ser de aplicación la doctrina de los actos propios, ni de la buena fe, al tratarse de un negocio jurídico contra ley.

Otras sentencias del Tribunal Supremo mantienen una respuesta diferente.

Así, la STS de 14 de febrero de 1967 atribuye validez a un pacto de adjudicación en pago de acciones de una sociedad antes de su inscripción.

La STS de 4 de febrero de 1971 ha sentado que «la compraventa de valores mobiliarios presenta dos momentos perfectamente diferenciados: uno, el de la celebración del contrato, cuya efectividad para quienes lo concertaron no depende de la presencia del funcionario o mediador de ninguna clase; y otro, el de su ejecución o transmisión de las acciones enajenadas, que si bien en principio se produjo por la simple tradición del documento, más adelante precisó para lograrlo la intervención de Agente de Cambio o Corredor de Comercio, al extremo de que la ausencia de este requisito *“ad solemnitatem”* no sólo priva a esta operación de la irreivindicabilidad, sino que la convierte en radicalmente nula, (...), si bien semejante sanción por su carácter excepcional, no se extiende a la del convenio que sirvió de antecedente a la transmisión (...), que produce todos sus efectos entre quienes lo suscribieron y sus herederos, que recíprocamente pueden compelirse a formalizarlo».

La STS de 16 de julio de 1992, afirma que «el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 prohíbe transmitir a ningún accionista sus acciones mientras la sociedad no esté inscrita en el Registro Mercantil, pero no imposibilita que previamente, en etapa presocial, se puedan concertar pactos de enajenación de acciones entre los accionistas y terceros, como sucede en el caso de autos», y también que «así las cosas la venta de referencia resulta eficaz y vinculante para los interesados directos en la misma, en cuanto representa un convenio válido para la transmisión de los títulos y es antecedente a su debida formalización, pero exige, conforme fue previsto en el convenio, la intervención de Agente de Cambio y Bolsa. De esta manera no es aplicable la pretendida sanción de nulidad a un contrato surgido de las libres voluntades concertadas de los intervenientes en el mismo que cabe completar para su plena y debida efectividad, con el cumplimiento y realización de las formalidades esenciales exigidas para su total operatividad en el tráfico mercantil. La necesidad de forma en los convenios como el controvertido no representa una solemnidad absoluta, determinante de su nulidad, sino más bien viene a ser precisión que las partes han de observar para la plena transmisión de las acciones enajenadas, pudiendo compelirse a su cumplimiento, en el caso de que una de ellas no preste debida colaboración al efecto (art. 1279 CC)», y finalmente, con referencia expresa a la Ley de 1989, y cita de numerosas sentencias del Tribunal Supremo, sienta que «la Ley de Sociedades Anónimas del año 1951, no regula de manera específica y suficientemente amplia, la transmisión de acciones sociales, lo que ha corregido el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo de 22-72-1989 (sic). La doctrina de esta Sala, mantiene una línea definida de respeto a las voluntades contratantes, cuando no exista sospecha o concurrencia de fraude, que no es el caso de autos, moderando las exigencias formalistas, susceptibles de cumplirse y poder acceder a las mismas, de manera que no hacen de imposible cumplimiento los negocios de transmisión de acciones (SSTS 13 de octubre de 1959, 4 de febrero de 1971, 21 de febrero de 1986 y 8 de febrero de 1988)».

Posteriormente, las SSTS de 8 de junio de 1995 y 12 de diciembre de 2002, han seguido la línea jurisprudencial de la STS de 16 de julio de 1992.

En definitiva, con seguimiento de la doctrina científica antes aludida y de las posiciones jurisprudenciales recién expuestas, consideramos que la prohibición del artículo 62 LSA afecta sólo a la emisión y entrega de las acciones antes de la inscripción de la sociedad o del aumento de capital, pero no prohíbe la celebración de negocios sobre estas acciones, dejando para momento posterior la consumación de los mismos mediante la transmisión de los títulos una vez creados. (**STS de 18 de marzo de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—El día anterior a su fallecimiento, un señor dona a otro parte de su patrimonio y concretamente, las acciones que le correspondían en una sociedad cuyo capital se había acordado aumentar seis meses antes. En el testamento del donante, se instituye como heredera universal a una fundación que demanda al donatario arguyendo, entre otras cosas, que es nula la donación de acciones futuras, que en ningún caso pueden ser objeto de transmisión antes de procederse a la inscripción del correspondiente aumento de capital social. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad radical de tales acciones, siendo su sentencia confirmada íntegramente por la de apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la fundación demandante y, en cambio, declara haber lugar al interpuesto por el demandado, basándose en la incongruencia de la sentencia de instancia y en el argumento de que la falta de inscripción del aumento de capital social sólo impide la emisión y entrega previa de las acciones, pero no la válida celebración de negocios transmisivos de los derechos incorporados a las mismas. (*M. C. B.*)

53. El artículo 130 LSA.—El artículo 130 LSA, en su párrafo primero, se limita a disponer que la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos y a establecer las cautelas de necesaria observancia cuando tal retribución consista en una participación en las ganancias.

Aplicación del artículo 116.2 LSA.—El plazo de caducidad del artículo 116.2 LSA se aplica a la impugnación de actos contrarios a los estatutos de la sociedad, como puede ser la omisión de la retribución estatutaria. No se aplicará, por tanto, cuando la impugnación se refiera a actos contrarios a la ley. (**STS de 7 de abril de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. presenta demanda contra don A. don J. don F. y la mercantil *Industrias y Finanzas S.A.* en liquidación, solicitando que se declare nula de pleno derecho la liquidación de la sociedad, los asientos registrales de cancelación de la compañía, las operaciones de división y adjudicación, y se ordene la apertura de un nuevo período liquidatorio que permita hacer efectivas las deudas sociales y se practique la correspondiente liquidación con arreglo a la ley. Alega el actor que durante el período comprendido durante el año 1993 y hasta septiembre de 1994 no había recibido su retribución, y señala, como fundamentos de derecho, el artículo 116.1 LSA, en cuanto al

plazo de un año para el ejercicio de la acción, y el artículo 130 LSA, en cuanto a las condiciones para retribuir a los administradores mediante una participación. Los demandados se oponen a la demanda, alegando la caducidad de la acción conforme al artículo 116.2 LSA, por haber transcurrido con exceso el plazo de cuarenta días incluso aunque como fecha de cómputo inicial más favorable para el actor se tomase el 25 de enero de 1995 (fecha en la que, según el demandante, solicitó por escrito sus retribuciones). Y, respecto del fondo, señalan los demandados que los administradores nunca habían ejercido su derecho a la retribución y que el actor no había reclamado nada con ocasión de su cese en septiembre de 1994.

La sentencia de primera instancia apreció la caducidad de la acción, razonando que el plazo de cuarenta días del artículo 116.2 LSA era aplicable a los acuerdos adoptados por la Junta de 2 de noviembre de 1994. Incluso aunque se tomara como fecha inicial del cómputo la de la carta mencionada de 25 de enero de 1995, también habría caducado la acción, puesto que la demanda se había presentado el 11 de mayo siguiente.

Se interpone recurso de apelación, que la Audiencia desestimó razonando que el derecho a la retribución reconocida en el artículo 39 de los estatutos sociales no era un crédito de los administradores de nacimiento automático, pues de algún modo estaría precisado de previa reclamación o reserva expresa de acciones; que los administradores nunca habían hecho uso de tal derecho; y que la actuación de los liquidadores a lo sumo podría ser calificada como infractora del artículo 39 de los estatutos sociales, de modo que el acuerdo adoptado en la Junta de noviembre de 1994 sería como mucho anulable y la acción correspondiente, por tanto, sometida al plazo de caducidad de cuarenta días.

Esto lleva al actor a recurrir en casación, motivando el recurso en la infracción de los artículos 130 y 116.2 LSA, entre otros. Según el recurrente, el reparto del haber social por los liquidadores sin previamente haber pagado a los acreedores es un acto nulo y por tanto impugnable en el plazo de un año, ya que lo infringido no es el artículo 39 de los estatutos sociales sino el artículo 130 LSA, siendo indiferente la previa reclamación de su remuneración por el actor o la reserva de acciones.

Según el Tribunal Supremo, este planteamiento no es aceptable por varios motivos: 1) la pasividad del recurrente cuando, como miembro del Consejo de Administración, nada objetó a la formulación de las cuentas anuales de 1993 que prescindían de la retribución de los administradores; 2) es un hecho probado que la falta de retribución de los administradores fue algo pacífico a lo largo de la vida social. De ahí que el Tribunal Supremo acoja la solución de la sentencia recurrida, aplicando el plazo de caducidad del artículo 116.2 LSA, pues lo que en realidad impugnaba la demanda era la omisión de la retribución de los administradores prevista en el artículo 39 de los estatutos, y no ningún acuerdo social fijando una retribución contraria a la ley ni prescindiendo de un acreedor social. Así, el verdadero objeto de la impugnación sería un acto contrario

no a la ley sino a los estatutos. En conclusión, el Alto Tribunal termina desestimando el recurso de casación planteado por el actor. (*S. L. M.*)

54. Sociedad anónima. La acción de responsabilidad de los administradores no se interrumpe, a efecto de prescripción, por la declaración de quiebra de la sociedad.—La solicitud de declaración de quiebra no puede suponer una actuación judicial que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1973 CC pueda servir para interrumpir el plazo de prescripción, en este caso, para el ejercicio de acciones de responsabilidad societaria, ya que dicho proceso universal, dada su naturaleza y finalidad liquidativa, no puede incidir en el ejercicio futuro de estas acciones societarias. Es más, la tramitación de la quiebra no puede determinar la finalidad de las acciones de responsabilidad societaria. (**STS de 30 de marzo de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—El 28 de febrero de 1991, dos de los tres consejeros delegados de una sociedad anónima vendieron los inmuebles que constituyan el único activo de la sociedad, desviando el producto de la venta a saldar la deuda de otra sociedad que a su vez era accionista de la primera, pero que no mantenía crédito alguno frente a ésta. El 5 de julio de 1993 se inició el proceso universal en el que recayó sentencia declarando la quiebra fraudulenta de la primera sociedad el 20 de febrero de 1997. Posteriormente, el 3 de abril de 1997 se presenta la demanda objeto del presente pleito por la sindicatura de la sociedad anónima, en la que se exigía responsabilidad a los tres consejeros delegados como administradores de la sociedad. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y estimó las pretensiones de la actora. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por uno de los tres administradores y, en consecuencia, anuló la sentencia de la Audiencia y declaró prescritas las acciones de responsabilidad societaria esgrimidas por la actora. (*I. D.-L.*)

55. Suspensión de pagos. Responsabilidad de los interventores. Plazo de prescripción de la acción.—A diferencia de lo que ocurre con la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (art. 36.5), la legislación anterior en la materia no contenía una disposición específica sobre el tiempo que ha de transcurrir para que la inactividad del titular del derecho dé lugar a su prescripción extintiva. Por ello, resulta aplicable al caso el plazo anual que establece el artículo 1968.2.^º CC, por su coincidencia con la categoría general de las acciones dirigidas a exigir responsabilidad extracontractual, dada la inexistencia de contrato entre la suspensa y los interventores, designados por el Juez para el desempeño de funciones de fiscalización de las operaciones comerciales del suspenso.

Cómputo del plazo de prescripción. Fijación del día inicial o *dies a quo*. Diferencias entre los artículos 1968.2.^º y 1969 CC.—El artículo 1969 CC refleja la regla de la *actio nata*. La norma impone estar a la fecha en que pudo ser objeto de ejercicio, no el derecho sino la acción, al considerar el legislador que, cuando aquél ha sido desconocido, lesionado o insatisfecho por el comportamiento positivo o negativo del tercero, su titular se encuentra en una

situación que exige accionar para considerarlo ejercitado. Por su parte, el artículo 1968.2.º CC, que tiene su inmediato precedente en el artículo 1976.1.º del Proyecto de 1851, sustituye la referencia a la posibilidad abstracta de ejercicio, contenida en el artículo 1969 CC, por una posibilidad en concreto, de modo que señala como día inicial de la prescripción de las acciones para exigir responsabilidad por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 CC, aquél en que lo supo el agraviado.

Corrección jurisprudencial de la rigidez del criterio del artículo 1968.2.º cuando se trata de daños continuados o permanentes.—La jurisprudencia ha matizado la regla del artículo 1968.2.º CC en el caso de que los daños hayan sido causados por comportamientos continuados o permanentes (SSTS de 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1986 y 24 de junio de 1993) y, en particular en el de lesiones cuya curación o cuyas secuelas no se conozcan plenamente hasta pasado un tiempo (SSTS de 22 de marzo de 1985, 3 de abril de 1991 y 14 de febrero de 1994), exigiendo en tales supuestos y para el inicio del plazo, una verificación total de los daños producidos (con la alta médica si se trata de lesiones), al entender que sólo en ese momento el perjudicado está en condiciones de valorar en su conjunto las consecuencias dañosas y de cifrar el importe de las indemnizaciones que puede reclamar.

Inicio del cómputo del plazo para exigir responsabilidad a los interventores de la suspensión de pagos.—El plazo de prescripción anual había empezado a correr, lo más tarde, el día en que se produjo el cese de los interventores demandados. Los hipotéticos resultados dañinos derivados de las acciones y omisiones que se imputan a las interventoras demandadas tenían sustantividad propia, individual y conjuntamente, para posibilitar el ejercicio de la acción de responsabilidad, cuanto menos, en el momento en que el repetido cese tuvo lugar. (**STS de 21 de marzo de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La aseguradora demandante, en estado de liquidación, había solicitado ser declarada en suspensión de pagos y, admitida a trámite su solicitud, fueron nombradas interventoras las acreedoras RTVE y CLEA, a través de las personas físicas que éstas designaron. Posteriormente, por auto del Juzgado de la suspensión pasó a ejercer exclusivamente estas funciones la CLEA. Tiempo después, la actora demanda a las entidades interventoras y a las personas físicas que les representaban pretendiendo la condena solidaria de las mismas a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por distintas acciones y omisiones en que aquéllos habrían incurrido durante el ejercicio de sus funciones, y que habrían supuesto una merma de los activos y recursos de la suspensa. El Juzgado de Primera Instancia, sin entrar a valorar si la conducta de los interventores era o no generadora de responsabilidad, acogió la excepción de prescripción de la acción, planteada por las demandadas y desestimó la pretensión de condena. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación de la actora y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante. (*L. A. G. D.*)

56. Retroacción de la quiebra. Nulidad absoluta y automática de todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado con posterioridad a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra.—En consecuencia esta nulidad produce sus efectos sin que sea precisa su declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas al quebrado, en cuyo caso corresponderá a los síndicos formular la oportuna petición (SSTS de 29 de noviembre de 1991, 20 de junio de 1996 y 12 de junio de 2000, entre otras).

Excepción a la regla anterior: la Ley 2/1981, de 25 marzo, reguladora del mercado hipotecario, establece que sólo la actuación fraudulenta es requisito imprescindible para que una hipoteca pueda ser afectada por la retroacción de la quiebra de la prestataria.—Su artículo 10 establece que las hipotecas inscritas a favor de las entidades financieras relacionadas en su artículo 2 (en el que se encuentran, entre otras, las Cajas de Ahorro), siempre que sean accesorias de préstamos cuya finalidad consista en la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social y otras obras o actividades semejantes, sólo podrán ser impugnadas por los síndicos de la quiebra probando el fraude en la constitución del gravamen.

Interpretación restrictiva de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del mercado hipotecario.—Dado el carácter excepcional de la misma, pues es norma general que el quebrado quede inhabilitado para la administración de sus bienes y que por ello sean nulos todos los actos del mismo (SSTS de 23 de enero de 1997, 12 de junio de 2000 y 11 de abril de 2002).

Contrato de préstamo: carácter real.—La entrega es uno de los requisitos esenciales de este tipo de contrato, el cual no nace por el mero consentimiento de los otorgantes, sino por la recepción de la cosa que constituye su objeto (SSTS de 7 y 27 de octubre de 1994, 22 de mayo de 2001 y 11 de julio de 2002). (**STS de 29 de marzo de 2005;** ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de una sociedad anónima promotora demandó a Caja Madrid y a la mencionada sociedad promotora, interesando la revocación o, en su caso, la nulidad de la hipoteca sobre dieciséis viviendas de dicha promotora, constituida a favor de Caja Madrid, en garantía de un préstamo de 78.880.000 pesetas. Como la finalidad del préstamo era la financiación de la construcción de las citadas viviendas, se estableció como garantía la no entrega de la totalidad del importe del préstamo, sino la facilitación de cantidades parciales, según se acreditase que la edificación se iba llevando a cabo. Situación ésta que se consideró fraudulenta. El Juzgado estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad del préstamo hipotecario por otorgamiento dentro del período de retroacción de la quiebra y por inexistencia de la hipoteca. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo admitió el recurso de casación sólo en cuanto a las costas de la demandada, que quedaron sin efecto. (*I. D.-L.*)

57. Legitimación activa para el ejercicio de las acciones de retroacción de la quiebra.—Los acreedores aisladamente no pueden ejercitar la acción de revocatoria concursal porque su ejercicio corresponde a la Sindicatura de la quiebra, a iniciativa propia, por imposición del Comisario o del Juez o a instancia de cualquier acreedor (SSTS de 8 de febrero y 13 de abril de 1988). Los acreedores son, en su conjunto, los titulares de los derechos

que tratan de recuperarse a través de las acciones de retroacción mientras que la Sindicatura es sólo un representante legal y «exclusivo» desde que es nombrada hasta que cesa (SSTS de 30 de junio de 1978, 26 de mayo de 1998, 20 de diciembre de 1999 y 5 de diciembre de 2002, entre otras).

Sin embargo, en determinados casos y aunque no existe una doctrina específica sobre el particular, pueden ser cesados los órganos de la quiebra por Convenio aprobado judicialmente y quedar sustituidos por la Comisión Liquidadora, de manera que ésta estaría legitimada para procurar la reintegración a la masa de aquellos bienes que habían salido indebidamente de ella, incluyendo el ejercicio de la acción de retroacción.

Pignoración a favor de un tercero de las acciones de un ente meramente instrumental durante el período de retroacción.—Si durante dicho período las acciones de un ente meramente instrumental (con relación a la quebrada) se pignoran en favor de un tercero perteneciendo realmente dichas acciones a la quebrada, el acto de pignoración es radicalmente nulo sin que importe la identificación de los hechos o su calificación como fiducia, testaferro, simulación, etc. (**STS de 29 de noviembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La Comisión Liquidadora de *Mateu & Mateu, S. A.*, don R. M. C. y la *Compañía Mateu & Mateu, S. A.* interpuso demanda de Juicio Declarativo de Mayor Cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia contra la entidad mercantil *Inmobiliaria Fidi, S. A.*, el *Banco Exterior de España, Banco de Comercio del Grupo BBV, S. A.* (antes conocido como *Induban, S. A.*), don C. F. C., don T. L. A., don R. V. G., don C. F. A. (en su propio nombre y como representante legal de la entidad *Transportes y Servicios Rápidos, S. A.*), don D. D. V., la entidad *Promotora Industrial y Comercial Subel, S. A.*, don A. M. V. o sus sucesores o causahabientes, don J. M. M. y los herederos de don M. M. C.

El Juzgado, en base a las peticiones solicitadas, estimó parcialmente la demanda declarando lo siguiente: 1) que don R. M. C. y la *Compañía Mateu & Mateu, S. A.* carecen de legitimación activa para el ejercicio de las acciones emprendidas; 2) que absuelve al *Banco de Comercio del Grupo BBV, S. A.* (antes conocido como *Induban, S. A.*) por falta de legitimación pasiva; 3) que el ciento por ciento de las acciones de *Inmobiliaria Fidi, S. A.* eran propiedad exclusiva de la compañía *Mateu y Mateu, S. A.*; 4) que debido a la retroacción absoluta, todos los actos y negocios jurídicos realizados sobre tales acciones eran radicalmente nulos y sin posibilidad de subsanación; 5) que la finca sita en Barcelona inscrita a nombre de *Inmobiliaria Fidi, S. A.* y descrita en la demanda pertenece en pleno dominio a la *Compañía Mateu y Mateu, S. A.*; 6) que todas las inscripciones obrantes en los respectivos Registros de la Propiedad relativas a los actos y contratos nulos, eran asimismo nulas, quedando todas ellas canceladas, así como cualesquiera asientos o inscripciones derivados de aquellos actos.

Como consecuencia de todo lo expuesto, el Juez condenó: 1) a todos los demandados a estar y a pasar por las anteriores declaraciones; 2) a *Inmobiliaria Fidi, S. A., Nadeal, S. A.*, don C. F. A., don D. D. V., y *Promotora Industrial y Comercial Subel, S. A.* a restituir a la masa activa de la *Compañía Mateu & Mateu, S. A.* la finca sita en Barcelona descrita en el párrafo anterior; 3) a los demandados

que hubiesen sido administradores de *Inmobiliaria Fidi, S. A.* a reintegrar a la masa activa de la *Compañía Mateu & Mateu, S. A.* todas las cantidades que hubiesen percibido en concepto de alquileres, frutos y rentas por razón de la finca referida. Algunos de los demandados presentaron recurso de apelación contra la sentencia del Juez de Primera Instancia, el cual fue desestimado.

Posteriormente, la entidad *Banco Exterior de España, S. A.* (después sucedida procesalmente por *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.*) por un lado; y don C. F. A., doña J. B. H., la entidad *Transportes y Servicios Rápidos, S. A.*, don D. D. V., la entidad *Subel, S. A.* y la entidad *Nadeal, S. A.*, por otro, interpusieron sendos recursos de casación ante el Tribunal Supremo. Ambos fueron desestimados en su integridad.

NOTA.—La reintegración de la masa activa puede ser definida, en materia concursal, como el conjunto de operaciones destinadas a facilitar la reivindicación de aquellos bienes del deudor que salieron indebidamente del patrimonio del quebrado. En las distintas tradiciones jurídicas existen *tres sistemas distintos de reintegración de la quiebra*: a) «retroacción absoluta», b) «retroacción relativa» y c) acciones impugnatorias que pueden ser ejercitadas contra algunos actos del deudor anteriores a la declaración de la quiebra.

a) La «retroacción absoluta» de la quiebra implica la nulidad absoluta, radical y de pleno derecho de todos aquellos actos, contratos o negocios jurídicos realizados por el deudor en el plazo de retroacción anterior a la declaración concursal.

b) Por su parte, la «retroacción relativa» permite anular determinados actos realizados por el deudor en un plazo anterior a la declaración. El plazo puede ser fijado legal o judicialmente.

c) Las «acciones impugnatorias» contra determinados actos del deudor son otro modo de reintegrar bienes a la masa de la quiebra. Son acciones con las cuales se pueden *rescindir* concretos negocios jurídicos realizados entre el deudor y terceros, en beneficio de la masa.

En España, nuestro Código de comercio de 1885 estableció un sistema mixto de reintegración basado en la *retroacción absoluta* de los efectos de la quiebra (art. 878.2 CCO y en las *acciones revocatorias* contenidas en los artículos 879 a 882 CCO). Sin embargo y como señaló en su momento la doctrina, el sistema derivó en la excesiva protección de los acreedores concursales en detrimento de los adquirentes de los bienes del deudor en ese período de retroacción. Ello unido a la inseguridad jurídica derivada de la fijación de la fecha de retroacción por parte del Juez, ha llevado al legislador a derogar el citado sistema de reintegración mediante la reciente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En efecto, el capítulo IV titulado «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», dentro del Título III de la Ley, introduce una serie de acciones de reintegración eliminando así la reintegración absoluta. El artículo 71.1 LC establece que en el plazo de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso pueden ser impugnados aquellos actos sospechosos de ser perjudiciales a la masa activa sin perjuicio de la intención fraudulenta de quien los realizó. Es importante destacar que los actos realizados en ese período no pueden ser considerados perjudiciales.

rados nulos de pleno derecho porque no opera ya la retroacción absoluta. Se trata tan sólo de un período en el que pueden impugnarse esos posibles actos perjudiciales a la masa activa. (*J. D. S. C.*)

58. Letra de cambio. Ejercicio de la acción de enriquecimiento del artículo 65. Carácter subsidiario.—La acción de enriquecimiento injusto prevista en el art. 65 LCCh tiene una naturaleza subsidiaria, de suerte que sólo puede utilizarse cuando no quepa el ejercicio de acciones cambiarias ni las causales contra los sujetos mencionados en la Ley.

Pago de lo indebido. Enriquecimiento injusto. Cuestión nueva.—La alegación en casación de haberse producido un enriquecimiento injusto cuya reparación debe someterse a la norma general del artículo 1901 CC, sobre pago de lo indebido, introduce una cuestión nueva en el litigio, no aducida por las partes en sus escritos alegatorios, la cual no es susceptible, conforme a una inveterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 20 de septiembre de 1994, 4 de octubre de 1996, 2 de junio de 1999 y 20 de septiembre de 2000, entre muchas), de conocimiento en casación, y debe rechazarse sin entrar en su análisis, pues altera el objeto de la controversia, atenta a los principios de preclusión e igualdad entre las partes y ocasiona indefensión al otro sujeto del pleito. (**STS de 14 de abril de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—Con ocasión de las relaciones existentes entre *CC,S.L. y E.E.,S.A.*, aquélla libró varias letras de cambio domiciliadas en la cuenta de la entidad bancaria *B.C.H., S.A.*, que fueron aceptadas por *E.E.,S.A.*, con un montante superior a 11.000.000 de pesetas. La libradora percibió la cantidad correspondiente a cada una de las letras en virtud del contrato de descuento que tenía con determinadas entidades bancarias, con lo que, llegado el día de la presentación, los tenedores se hicieron pago de las letras a través de la Cámara de Compensación Bancaria, que trasladó las cambiales al banco domiciliatario, el cual dejó transcurrir el plazo de dos días previsto normativamente por dicha Cámara sin devolverlas y sin poder hacerse pago de las mismas frente al aceptante, cuya reclamación de las cantidades correspondientes a las cambiales la fundamenta la parte actora en el artículo 65 LCCh. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que no se cumplían las condiciones de subsidiariedad exigidas en el artículo 65 LCCh para el ejercicio de la acción de enriquecimiento. La Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuso por el banco demandante. (*L. A. P. M.*)

DERECHO PROCESAL

59. Efecto que produce en el proceso civil la sentencia penal absolutoria. Las reservas judiciales no crean ni quitan derechos.—La sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Badajoz absolió al acusado don M.M.O. de los delitos de apropiación indebida y de malversación impro-

pia que se le imputaban, por falta del elemento de culpabilidad con base en el hecho probado de «no constar acreditado que al ser designado depositario el acusado se le informara realmente de las obligaciones inherentes a dicho cargo y de las responsabilidades en que podría incurrir caso de incumplimiento del mismo».

Del contenido de la resolución claramente se deduce que la absolución del acusado se fundamentó en la ausencia del dolo penal y no en la inexistencia del hecho que es el supuesto contemplado en el art. 116 LECr para que se produzca la exclusión de la acción civil por efecto de la cosa juzgada producida en la jurisdicción penal.

La doctrina jurisprudencial viene declarando que la sentencia penal absolutoria no produce el efecto de cosa juzgada en el proceso civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer (SS, entre otras, de 4 de noviembre de 1996, 23 de marzo y 24 de octubre de 1998, 16 de octubre de 2000, 15 de septiembre de 2003); o cuando se declare probado que una persona no fue autor del hecho (SS de 28 de noviembre de 1992 y 12 de abril y 16 de octubre de 2000), porque repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica aceptar la firmeza de distintas resoluciones jurídicas en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una persona fue su autor y no lo fue. Asimismo tiene dicho que no prejuza la valoración de los hechos que puede hacerse en el proceso civil (SS de 26 mayo y 1 de diciembre de 1994, 16 de noviembre de 1995, 14 de abril de 1998 y 29 de mayo de 2001), y que no impide apreciar imprudencia civil (SS de 18 de octubre de 1999 y 16 de octubre de 2000 –no empece a que se pueda entablar la acción civil por culpa extracontractual–), pues no significa más que la conducta no es sancionable de acuerdo con la ley penal, no que la misma no pueda ser estimada como fuente de responsabilidad por la ley civil, en su caso (S de 31 de enero de 2000).

Por otra parte debe también indicarse que resulta irrelevante que la sentencia penal absolutoria contenga o no reserva de acciones civiles a favor del perjudicado porque el derecho de éste al ejercicio de la acción civil nace de la ley, y lo ostenta con independencia de dicha reserva.

Una sentencia penal puede utilizarse como elemento de convicción respecto de los no condenados penalmente.—Y, finalmente, en cualquier caso, aunque la sentencia del Juzgado contiene alusiones a la cosa juzgada penal, y si bien la sentencia de la Audiencia dice, que tras valorar las pruebas llega a las mismas conclusiones que la apelada, sin embargo, las tres cuestiones fácticas que pudieran resultar polémicas –a saber, pertenencia del ganado al actor señor S.M., venta con conocimiento de tal derecho de propiedad e identidad de los cerdos vendidos con los que pertenecían al mencionado demandante–, se fijan –declaran probadas– con base en las pruebas practicadas, entre ellas la declaración del codemandado y del testigo que había actuado como corredor en la operación de compra por el señor S. por lo que no es el efecto de la cosa juzgada penal lo que se toma en cuenta, sino el acervo probatorio libremente valorado por el tribunal de instancia en ejercicio de su función soberana; y sin que nada obste a que forme parte de la valoración, como un elemento más para formar la convicción sobre la base fáctica, el testimonio de una sentencia penal, sea condenatoria o absolutoria. (**STS de 30 de marzo de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. S. M. dedujo demanda de reclamación de cantidad contra don I. G. G., don M. M. O. y don M. M. M.. Solici-

taba se les condenase a pagarle solidariamente los daños y perjuicios ocasionados por la venta de ciento noventa cerdos de su propiedad. Los señores M. (padre e hijo), a sabiendas de que el señor G. no era más que un poseedor inmediato de la piara con el compromiso contractual de su ceba y engorde y en connivencia con éste, habían promovido el embargo del ganado y posteriormente –alzada la traba– su venta a un tercero con el propósito de aplicar el precio obtenido al pago de un crédito que ostentaban contra el señor G. En un proceso penal inmediatamente anterior, el señor M.O. había sido absuelto de los delitos de apropiación indebida y malversación impropia en relación con su actividad como depositario tras el embargo de los cerdos. El Juzgado de Primera Instancia accedió parcialmente a lo pedido. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por los señores M. que pretendían hacer valer en su favor y en la jurisdicción civil las sentencias penales absolutarias. (R. G. S.)

60. Arbitraje. Cláusula de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Interpretación de la estipulación. Ineficacia de la estipulación al resultar afectados todos los posibles árbitros por el litigio a resolver.—Acordado en la cláusula que la decisión arbitral debía adoptarse por mayoría de los tres componentes designados por sorteo de entre los firmantes del contrato que no fuesen parte en la controversia, y siendo todos los firmantes de dicho acuerdo partes de este litigio y, por tanto, interesados en la controversia suscitada, es correcta, por ajustada a la letra e intención de los suscriptores de aquel convenio, la interpretación que hace la sentencia recurrida de dicha estipulación, al no quedar fuera del litigio ninguna de las partes que pudiera emitir el arbitraje, que deviene así de imposible realización.

Sentencia. La no indicación de los recursos que caben contra la misma no supone infracción de las normas reguladoras de la sentencia.—La omisión de los recursos que caben contra la sentencia no tiene ninguna eficacia casacional, pues como tiene declarado el Tribunal Constitucional, la advertencia de recursos no es un elemento esencial de la sentencia, ni forma parte de la estructura de la decisión judicial, propiamente dicha, y su omisión no es por sí misma causante de indefensión de relevancia constitucional (STC de 13 de noviembre de 1989), doctrina aplicable a toda clase de resoluciones judiciales (STS de 16 de marzo de 1999).

Nulidad relativa o anulabilidad. Debe ser pedida por vía de acción.—Es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala la que si bien la nulidad relativa o anulabilidad ha de ser pedida necesariamente por vía de acción (ejercitada en la demanda principal o en la demanda reconvencional), la nulidad radical o de pleno derecho se puede hacer valer por vía de acción o por vía de excepción (SSTS de 16 de octubre de 1999 y 26 de noviembre de 2001). Es decir, para hacer valer la nulidad de un acto o contrato es preciso usar de las vías adecuadas a su naturaleza. De acuerdo con los artículos 1300 y 1301 CC, los vicios invalidantes del consentimiento, intimidación, error o dolo son causas de nulidad relativa o anulabilidad del contrato cuya alegación ha de hacerse mediante el ejercicio de la oportuna acción. (**STS de 31 de marzo de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos G. P. suscribieron varios convenios para poner término al estado de indivisión existente entre ellos respecto de los bienes recibidos por herencia de su padre, mediante la atribución a cada uno de lotes de bienes concretos y determinados. Entre los diversos acuerdos se celebró una compraventa entre uno de los hermanos y el resto de ellos, por el que aquél adquiría diversas fincas. En todos los convenios se hizo figurar una cláusula de sumisión a arbitraje de los eventuales litigios que pudieran surgir, ordenando en la misma que la cuestión fuese resuelta por tres de los hermanos, designados por sorteo entre todos los que no fuesen parte en el conflicto a dirimir. Tiempo después todos los hermanos vendedores demandaron al que había comprado para que se elevara a público ciertos documentos y se declarara la validez de la compraventa. El demandado opuso la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. El Juzgado de Primera Instancia no acogió la excepción y, con estimación parcial de la demanda, declaró la validez de la compraventa solicitada en la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (*L. A. P. M.*)

61. Arbitraje. Cláusula de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Su alegación como excepción no es incompatible con la contestación a la demanda. Interpretación jurisprudencial del artículo 11.2.^º de la Ley de Arbitraje de 1988.—La redacción desafortunada y polémica del artículo 11.2.^º de la Ley de Arbitraje de 1988, en su interpretación jurisprudencial ha dado lugar a una jurisprudencia no uniforme, y en los últimos tiempos ha sido objeto de revisión para llegar a decisiones judiciales concordantes y reiteradas, que sientan la doctrina de que toda vez que el artículo 687 LEC 1881 autorizaba al demandado a plantear en contestación las excepciones que tuviese a su favor, tanto perentorias como dilatorias, que se resolverían en la sentencia y el hecho de alegar la excepción de arbitraje y contestar a la demanda, incluso reconvenir, no significa sumisión, ni tampoco la renuncia que prevé el artículo 11.2 LA, y entenderlo de modo distinto atentaría contra la tutela judicial efectiva y produciría indefensión a la parte demandada si sólo estuviera obligada a excepcionar y no a contestar la cuestión de fondo, pues de no prosperar la excepción su situación frente al objeto del pleito instauraría un notorio desamparo, análogo al declarado rebelde (STS de 18 de marzo de 2000). Esta doctrina se mantiene y actualiza en sentencias posteriores, puntualizando que la sumisión a arbitraje ha de ser decisiva, exclusiva y excluyente, no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones (SSTS de 20 de junio 29 de noviembre de 2002 y 31 de mayo de 2003). A mayores razones, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en su DF 8.^a dio nueva redacción al artículo 11 de la Ley 36/1988, en el sentido de que la renuncia al convenio arbitral se entenderá se produce cuando la parte demandada realice, después de personados en el juicio, cualquier gestión procesal que no sea proponer en forma la declinatoria, autorizando su artículo 63 a plantear la declinatoria para denunciar la falta de jurisdicción del Tribunal ante el que se interpuso la demanda cuando el conocimiento de la misma corresponde tanto a Tribunales extranjeros, a órganos de otra jurisdicción, como a árbitros. (**STS de 31 de marzo de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad actora *L.S. S.P.A.* demandó a la mercantil *D.L.H.F.S.E. S. A.* solicitando se le condenase a entregar o transferir a la actora la cantidad depositada en determinada cuenta corriente del banco *B.N.L.* más intereses. La demandada se personó y además de oponer la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, dedujo demanda reconvencional solicitando la condena de la actora principal al pago de determinadas cantidades en concepto de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la demanda reconvencional. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación planteado por la demandada reconviniente y acogió la excepción de arbitraje deducida por la demandada en su contestación a la demanda principal, con absolución en la instancia y previniendo a las partes para que formalizaran el arbitraje y cumplieran el laudo resultante en los términos pactados. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora.

NOTA.—El artículo 11 de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ha sustituido la antigua redacción de la ya derogada Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 por otra más acorde con la interpretación sostenida por la doctrina jurisprudencial descrita. De manera que, pese al cambio legislativo, sigue siendo plenamente aplicable dicha doctrina bajo la eficacia de la nueva Ley. (*L. A. G. D.*)

62. Imposibilidad de dictar sentencia en la que se suspende la decisión hasta que no recaiga sentencia en otro pleito.—No es posible en el íter jurídico procesal previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicable al caso suspender en una sentencia definitiva la decisión de fondo o absolutoria en la instancia que proceda, a la espera de otra sentencia que recaiga en otro pleito, pues ello equivale, prácticamente a un *non liquet*, prohibido por el orden público judicial (art. 11.3 LOPJ, art. 1.7).

Cuando se estima procedente una excepción de litispendencia, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de resolver en cuanto al fondo.—Es clara la existencia de litispendencia que las partes no han discutido ni puesto en duda y es indiscutible la previsión que hace la ley, que no es la que adopta la sentencia objeto del presente recurso de casación. El único motivo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don H.G.B. alega infracción del artículo 687 LEC (que lo pone en relación, innecesaria, con el artículo 359) y efectivamente se ha producido, puesto que tal norma impone que el órgano jurisdiccional, en el proceso de menor cuantía, resuelva en la sentencia todas las excepciones y si estima procedente una dilatoria, como la litispendencia, se abstenga de hacerlo en cuanto al fondo. La sentencia de la Audiencia Provincial no ha cumplido tal norma, sino que se ha apartado de juzgar, cayendo en el concepto romano del *non liquet* y se ha suspendido el dictar sentencia, lo que no está previsto en la normativa procesal. (**STS de 19 de abril de 2005;** ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta por una entidad de crédito una demanda de juicio declarativo en la que se pretendía la declaración de ineeficacia de una compraventa de inmuebles, los demandados excepcionaron la litispendencia. El Juez de Primera Instancia desestimó la

demandó al acoger la excepción de litispendencia. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y acordó la suspensión del procedimiento hasta tanto que no recaiga sentencia firme en el juicio de menor cuantía núm. 691/94 del Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Madrid. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo dio lugar al mismo. (*L. F. R. S.*)

63. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.—Las sentencias de los órganos judiciales colegiados deben ser dictadas por los mismos Magistrados que estuvieron presentes en la vista. Ellos son los únicos que tienen el deber de deliberar y votar incluso en aquellos casos en que después de la vista y antes del fallo hayan sido jubilados o trasladados. El incumplimiento de tal exigencia procesal vulnera el artículo 24 y supone, por tanto, una situación de indefensión para alguna de las partes (STS de 14 de noviembre de 1992, 30 de abril de 1993, 20 de diciembre de 1996 y STC de 1 de marzo de 1993). (**STS de 14 de abril de 2005;** ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Entre Naranjos, S. L.* interpuso demanda contra don S. N. S. y doña C. P. R. con relación al cumplimiento de un contrato de arrendamiento y derecho de traspaso pactado por las partes. Los demandados reconvinieron solicitando al Tribunal la declaración de haber cumplido totalmente las obligaciones que les incumbían. El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda y desestimó la reconvenCIÓN. También fue desestimado por el Tribunal provincial el recurso de apelación presentado por los demandados reconvinientes. Sin embargo, al observar los demandados recurrentes que la sentencia que resolvía el recurso de apelación había sido dictada por Magistrados distintos de los que habían asistido a la vista (tan sólo coincidía uno de ellos), interpusieron recurso de casación basado en este motivo. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. (*J. D. S. C.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LIX, 2006

FASCÍCULO I

enero-marzo

Pág.

In memoriam

Amadeo de Fuenmayor Champín, por Luis I. Arechederra Aranzadi	5
---	---

Estudios monográficos

Luis DÍEZ-PICAZO: «Contratos de consumo y derecho de contratos» ...	11
Reiner SCHULZE: «Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo»	29
José Luis MOREU BALLONGA: «Un comentario desde Aragón sobre el artículo 1331 del Código civil»	59
Luis MARTINEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: «Hipoteca por bienes reservados en el Código civil»	95
Isabel RAMOS HERRANZ: «El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario»	195

Crónica de Derecho Privado Europeo

A cargo de: Esther ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran Gianmaria AJANI, Miriam ANDERSON, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, Lidia ARNAU RAVENTÓS, Esther ARROYO I AMAYUELAS, Reyes BARRADA ORELLANA, Giovanni BISALIA, David BONDÍA GARCÍA, Alexandra BRAUN, Martín EBERS, María FONT I MAS, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, Elena IORATTI FERRARI, Valentina JACOMETTI, Susana NAVAS NAVARRO, Sergio NASARRE AZNAR, Jordi NIEVA FENOLL, Cyril NOURISSAT, Barbara PASA, Elisa POILLOT, Helena TORROJA MATEU, Belén TRIGO GARCÍA, Stefano TROYANO	227
--	-----

Bibliografía

LIBROS

CRESPO MORA, M. ^a Carmen: «La responsabilidad del abogado en el Derecho civil», por Alma María Rodríguez Gutián	349
--	-----

SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados», por Carlos Javier Vattier Lagarrigue	355
---	-----

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	367
-------------------------------------	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Margarita CASTILLA BABEA, M.' Carmen CRESPO MORA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACLA MORILLO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL

403

FASCÍCULO II abril-junio

Pág.

Estudios monográficos

Antonio GORDILLO CAÑAS: «El principio de fe pública registra) (I)»	509
Harm Peter WESTERMANN: «Una primera aproximación a los problemas de aplicación de la reforma del Derecho de la compraventa en el BGB»	657
José Manuel DE TORRES PEREA: «Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán»	675
Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ: «La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes»	743

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

Por Marta REQUEJO ISIDRO	793
--------------------------------	-----

Bibliografía

LIBROS

AJANI, G./EBERS, M. (editores): «Uniform Terminology for European Contract Law», por Beatriz Fernández Gregoraci	809
GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «La calificación del concurso», por José-Ramón García Vicente	812
GARCÍA CANTERO, Gabriel (coordinador): «Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía», por Carlos Vattier Fuenzalida	821
RODRIGUEZ MARTÍNEZ., María Eugenia: «El subarriendo en la Ley de Arrendamientos Urbanos», por Máximo Juan Pérez García	824
VAQUERO PINTO, María José: «El arrendamiento de servicios (Propuesta de modelo general para la contratación de servicios)», por María Teresa Alonso Pérez	830
VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «Los elementos definitorios de las arras en el Derecho Patrimonial», por Araceli Donado Vara	834

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma María RODRÍGUEZ GUITIAN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU	841
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Eva CANO VILA, María del Carmen CRESPO MORA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Andrea MACLA MORILLO, Sara MARTIN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Alfons SURROCA COSTA, Monserrat VERGÉS VALLLLOVERA

891

FASCÍCULO III julio-septiembre

Pág.

Estudios monográficos

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ: «Responsabilidad del <i>falsus procurator</i> por no ratificación del contrato celebrado sin poder»	989
Fernando BONDÍA ROMÁN: «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones»	1065
Antonia NIETO ALONSO: «Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)»	1115
María del Rosario DÍAZ ROMERO: (d.a reserva viudal. Vigencia Actual)	1199
Miriam ANDERSON: «Una aproximación al derecho de sucesiones ingles»	1243

Vida Jurídica

Alejandro GUZMÁN BRITO: «El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago (de Chile)»	1283
M. ^a Isabel DE LA IGLESIAS MONJE: «La Fundación Coloquio Jurídico Europeo»	1303

Crónica de Derecho Privado Europeo

A cargo de: Esther ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: Miriam ANDERSON, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, Lidia ARNAU RAVENTÓS, Esther ARROYO AMAYUELAS, Giovanni BISAZZA, David BONDIA GARCÍA, Alexandra BRAUN, Sergio CÁMARA LAPUENTE, Carlos Manuel DÍEZ SOTO, Martín EBERS, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, Susana NAVAS NAVARRO, Sergio NASARRE AZNAR, Jordi NIEVA FENOLL, Cyril NOURISSAT, Barbara PASA, Elisa POILLOT, Pietro SIRENA, Helena TORROJA MATEU, Stefano TROIANO, Belén TRIGO GARCÍA, Antoni VAQUER ALOY	1307
--	------

Bibliografía

LIBROS

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «La Capacidad de Testar: Especial Referencia al Testador Anciano», por Carmen Jerez Delgado	1449
--	------

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA PUENTE 1453

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO. Sebastián LÓPEZ MAZA, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Sara MARTÍN SALAMANCA, Carlos ORTEGA MEILÁN. Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO. África VICIANA GARCÍA, Laura ZUMAQUERO GIL

1469

FASCÍCULO IV octubre-diciembre

Pág.

Estudios monográficos

Stefan, LEIBLE: «Vías para la unificación del Derecho privado europeo» ..	1589
Christian, BALDUS: «Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado europeo. Sobre la concretización de la “falta de conformidad de escasa entidad»	1611
Gianluca, SICCHIERO: «La cláusula contractual»	1641
Guillermo, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: «El hipotecante no deudor: ¿un fiador real cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?»	1659
M. ^a Carmen, NUÑEZ ZORRILLA: «La responsabilidad civil del menor derivada del ilícito penal. Análisis del artículo 61.º de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor»	1767

Crónica de Legislación y jurisprudencia Comunitarias

A cargo de: Marta REQUEJO ISIDRO	1859
--	------

Bibliografía

NOTA CRÍTICA

DE VERDA Y BEAMONTE (Coord.): «Daños en el Derecho de Familia», por Jordi Ribot Igualada	1883
--	------

LIBROS

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «El pago de la legítima al cónyuge viudo», por Tomás Rubio Garrido	1895
GÓMEZ MONTORO, Ángel L.: «Asociación, Constitución, Ley: sobre el contenido constitucional del derecho de asociación», por José Antonio Doral García	1900
JEREZ DELGADO, Carmen: «Tradición y Registro», por Alma María Rodríguez Gutián	1908
MARTÍN RODRÍGUEZ, María Ángeles: «La unificación civil y mercantil en la contratación privada», por Carlos Lérida Navarro	1912
PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: «Realidad social y jurisprudencia, Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas», por José Antonio Doral García	1921

REVISTAS EXTRANJERAS

A cargo de: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA,
--

Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA 1929

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS (año 2005)

A cargo de: Encarna ROCA TRÍAS, Ramón CASAS VALLÉS, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Asunción ESTEVE PARDO, Olga ROVIRA, Carles VENDRELL CERVANTES, Elisabet GRATTI, Mariana DE LORENZI 1977

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Beatriz, FERNÁNDEZ GREGORACI: «Representación indirecta. Artículo 1717 II CC: “cosas propias del mandante”. Ámbito objetivo de aplicación y ¿responsabilidad del representante? (A propósito de las SSTS de 3 de enero de 2006 y 22 de abril de 2005)» 2035

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carlos LÉRIDA NAVARRO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Africa VICIANA GARCÍA 2051

